

UNIVERSIDAD DE EL SALVADOR
FACULTAD DE JURISPRUDENCIA Y CIENCIAS SOCIALES
SEMINARIO DE GRADUACION EN CIENCIAS JURIDICAS AÑO
2005.
PLAN DE ESTUDIO 1993.



OBLIGACIONES PROFESIONALES DE LOS
COMERCIANTES, ESPECIAL REFERENCIA A LA
MATRICULA DE COMERCIO.

TRABAJO DE GRADUACION PARA OPTAR AL TITULO DE:
LICENCIADO EN CIENCIAS JURÍDICAS.

PRESENTA:

MIGUEL ALBERTO RODAS ESPINOZA.

DIRECTOR DE SEMINARIO:

LIC. RUTILIO ANTONIO DIAZ MARTINEZ.

CIUDAD UNIVERSITARIA, SAN SALVADOR, MARZO DE 2006.

UNIVERSIDAD DE EL SALVADOR.

RECTORA

DRA. MARIA ISABEL RODRIGUEZ.

VICE-RECTOR ACADEMICO

ING. JOAQUIN ORLANDO MACHUCA GOMEZ

VICE-RECTORA ADMINISTRATIVO

DRA. CARMEN ELIZABETH RODRIGUEZ DE RIVAS.

SECRETARIA GENERAL

LICDA. ALICIA MARGARITA RIVAS DE RECINOS.

FISCAL GENERAL

LIC. PEDRO ROSALIO ESCOBAR CASTANEDA.

FACULTAD DE JURISPRUDENCIA Y CIENCIAS SOCIALES

DECANA

LICDA. MORENA ELIZABETH NOCHEZ DE ALDANA.

VICE-DECANO

LIC. OSCAR MAURICIO DUARTE GRANADOS.

SECRETARIO

LIC. FRANCISCO ALBERTO GRANADOS HERNANDEZ.

COORDINADORA DE LA UNIDAD DE SEMINARIO DE GRADUACION

LICDA. BERTA ALICIA HERNANDEZ AGUILA.

DIRECTOR DE SEMINARIO

LIC. RUTILIO ANTONIO DIAZ MARTINEZ.

“Hacia la Libertad por la Cultura.”

AGRADECIMIENTOS.

Los agradecimientos, son el medio por el cual se expresa con gratitud un bien hecho o querido por una persona, que en este caso, es mi persona. He de manifestar, que he dejado para el final del presente trabajo ésta sección, por medio de la cual se expresa el estima del beneficio y favor que se me ha hecho por muchas personas que han apoyado la culminación de mi carrera profesional, siendo a través de esta sección que en alguna manera he de poder corresponderles, puesto que es por su intervención en mi vida, que tan magno esfuerzo, ha podido llegar a su culminación.

De tal manera pues, agradezco a todas aquellas personas que ya sea de forma directa o indirectamente, han intervenido para lograr mi buena formación personal y profesional; así como a aquellas mentes brillantes que han quedado en el anonimato por solicitud propia, más no por ello se habrán de excluir.

AL DIOS DE GLORIA Y PADRE CELESTIAL:

Le agradezco en gran manera, el haberme otorgado la oportunidad de vivir y de estudiar; así como haber puesto la corona de gracia sobre mi vida, iluminando cada paso en mi carrera espiritual y profesional, sin apartarse ni un tan solo segundo de mi lado; sin omitir mencionar desde luego, que el estudio de la carrera, así como su culminación y elaboración del presente trabajo, le merece la gloria y honra solamente a El, por lo que si de alguna manera, éste esfuerzo le ayuda al lector, sepa el mismo, que es obra de Dios y no de su servidor.

A MIS PADRES:

Roberto Rodas Lazo y Erla Azucena Espinoza de Rodas, quienes incondicionalmente y sin retener nada, han dado al esfuerzo de mi educación muchos años de su vida, en los cuales he sido testigo del esfuerzo entregado que han hecho; brindándome de esta forma la oportunidad de estudiar una carrera universitaria, apoyándome hasta el último día de los mismos; a quienes he de

aprovechar no solamente para agradecer el estudio que me han brindado, si no también la formación personal que me han dado, convirtiéndose en el ejemplo de padres que como ninguno he conocido a la fecha y a quienes algún día espero poder imitar en la crianza de mis hijos, puesto que han realizado la mejor labor como padres de familia y será un hecho que Dios elogiara y les premiara en el Reino de los Cielos.

A MIS HERMANOS:

Laura, Roberto y Carolina, quienes siempre me brindaron apoyo durante el transcurso de mis estudios, hasta su culminación.

A MI NOVIA:

Jeannette Marcela Véliz, quien en todo momento me apoyo, tanto espiritual como profesionalmente; siendo la mujer que Dios preparó para mi vida. Es así, que le agradezco el apoyo que me brindo en mis estudios, desde el momento en que la conocí, hasta los esfuerzos y sacrificios sufridos a mi lado para poder llevar a cabo y culminar el presente trabajo de graduación, inclusive el día mismo de la defensa de éste; habiendo sido su ayuda y comprensión, elementos vitales para poder dar fin a este esfuerzo. A quien además le deseo mucha bendición de Dios para su vida y prosperidad en todo lo que haga.

A MIS FAMILIARES:

Por haberme brindado su apoyo y confianza en su oportunidad.

Especialmente, quiero agradecer a personas que han marcado mi vida tanto profesionalmente como personalmente, como son: mi tío, *Dr. Roberto Girón Flores*, quien me ha brindado su apoyo y confianza, permitiéndome además trabajar a su lado en su propio Bufete, brindándome elementos esenciales para lograr una mejor formación profesional; y a mi primo, *Lic. Miguel Arturo Girón Flores*, quien también me ha dado la oportunidad de trabajar en su Bufete, brindándome su confianza y apoyo, así como permitiéndome trabajar a su lado; habiéndose convertido además,

en un maestro y amigo, a quien le agradezco haber mantenido las puertas abiertas a mi persona sin interés alguno, brindándome su tiempo, su consejo y su enseñanza tanto persona, y también como un gran profesional del derecho que ha demostrado ser.

A MIS AMIGOS:

A mis amigos, quienes conocen perfectamente que a ellos me refiero, por haberme brindado su apoyo, confianza y sobre todo su amistad incondicionalmente.

De forma especial quisiera agradecer a un amigo, el cual ya no se encuentra con nosotros y ha pasado a mejor vida, el *Dr. Juan Jerónimo Castillo Guevara*, quien de manera incondicional y sin medida, me brindó su amistad y confianza, siendo además un gran maestro como profesional del derecho, a quien le agradezco todas sus enseñanzas y sobre todo, el haberme abierto las puertas de su casa y de su experiencia.

De igual forma, a mi amigo, a quien tengo más de dieciséis años de conocer, *Luis Guillermo Carranza*, quien me ha demostrado su amistad incondicional, con la que puedo contar siempre; y de forma especial, por haberme brindado su ayuda y tiempo en la defensa de mi tesis.

Es pues a todos ellos, que les dedico el presente trabajo de graduación.-

INDICE.

INTRODUCCIÓN.....	1
CAPITULO I.....	1
1.1. EVOLUCIÓN HISTORICA DE LA MATRICULA DE COMERCIO.	1
1.1.1. Surgimiento y evolución de la matricula de comercio en el mundo. ..	2
1.1.2. Sistemas Legislativos de Regulación del Registro de Comercio.	15
1.1.3. Surgimiento y evolución de la matricula de comercio en El Salvador.	22
1.1.4. La Matricula de Comercio, en la Legislación actual.....	31
CAPITULO II.....	34
2.1. DETERMINACIÓN DE LA ORIENTACIÓN TEÓRICA DEL CÓDIGO DE COMERCIO Y SU APLICACIÓN EN LA MATRICULA DE COMERCIO.	34
2.1.1. Fundamento teórico del Código de Comercio.....	34
2.1.1.1. El Acto de Comercio.....	36
2.1.1.2. Los Comerciantes.	50
2.1.1. Especificación de la teoría abordada por el Código de Comercio Salvadoreño.....	64
2.2. Clasificación de la Obligaciones Profesionales de los Comerciantes. 73	
2.2.1. La Matricula de Comercio, como Obligación Profesional del Comerciante.	74
2.2.3. Especificación de la teoría que se aplica en la Regulación Jurídica que el Código de Comercio Salvadoreño hace sobre la Matricula de Comercio.	78
CAPÍTULO III.....	82
3.1. INCIDENCIA DE LA MATRÍCULA DE COMERCIO EN EL ACREDITAMIENTO DE LA PROPIEDAD DE LA EMPRESA MERCANTIL POR PARTE DEL COMERCIANTE.	82
3.1.1. El derecho de Propiedad sobre la Empresa Mercantil.....	83

3.1.1.1. <i>La Empresa Mercantil.</i>	85
3.1.1.2. <i>Distintas Concepciones Doctrinales sobre la Empresa.</i>	93
3.1.2. <i>LA MATRICULA DE COMERCIO COMO UNICA PRUEBA DE LA PROPIEDAD DE LA EMPRESA MERCANTIL.</i>	99
CAPITULO IV.....	108
4.1. <i>PROCEDIMIENTO DE CANCELACIÓN DE LA MATRICULA DE COMERCIO Y SUS EFECTOS EN LOS ACTOS DE COMERCIO REALIZADOS POR EL COMERCIANTE.</i>	108
4.1.1. <i>La Cancelación de la Matrícula de Comercio.</i>	108
4.1.1.1. <i>Procedencia de la Cancelación de la Matrícula de Comercio.</i>	114
4.1.1.2. <i>Medios de Cancelación de la Matrícula de Comercio.</i>	124
4.1.2. <i>Procedimiento Administrativo de Cancelación de la Matrícula de Comercio.</i>	128
4.1.2.1. <i>Desarrollo del Procedimiento Administrativo de cancelación de la matrícula de comercio.</i>	136
4.1.2.2. <i>Cede Contencioso Administrativa.</i>	142
4.2. <i>La Calidad de Comerciante y el Procedimiento de Cancelación de la Matrícula de Comercio.</i>	146
4.3. <i>Validez Jurídica de los actos de comercio realizados por el comerciante, luego que se le ha cancelado su matrícula de comercio....</i>	150
CAPITULO V.....	152
5.1. <i>LOS CRITERIOS REGISTRALES DEL REGISTRO DE COMERCIO, EN RELACIÓN A LA MATRÍCULA DE COMERCIO.</i>	152
5.1.1. <i>El Acto Administrativo.</i>	152
5.1.2. <i>El Acto Administrativo Discrecional.</i>	157
5.1.3. <i>Los Criterios Registrales.</i>	163
5.1.3.1. <i>Criterios Regístrales y sus efectos jurídicos.</i>	171
CAPITULO VI.....	174

6.1. SITUACIÓN DE LOS DERECHOS DE LOS COMERCIANTES, RESPECTO DE LA NORMATIVA JURÍDICA QUE REGULA LA MATRICULA DE COMERCIO.....	174
6.1.1. Derechos de los Comerciantes.....	174
6.1.1.1. Derecho a la Seguridad Jurídica.....	174
6.1.1.2. Forma en que se violenta el derecho.....	182
6.1.1.3. Derecho al Patrimonio.....	189
6.1.1.4. Forma en que se violenta el derecho.....	196
6.1.1.5. Derecho al Debido Proceso.....	201
6.1.1.6. Forma en que se violenta el derecho.....	205
6.1.1.7. Derecho a la Propiedad.....	210
6.1.1.8. Forma en que se violenta el derecho.....	214
6.1.1.9. Derecho al Libre Ejercicio del Comercio.....	217
6.1.1.10. Forma en que se violenta el derecho.....	221
CAPÍTULO VII.....	225
7.1. LEGISLACIÓN COMPARADA.....	225
7.1.1. Legislación Salvadoreña.....	225
7.1.1.1. Concepto de comerciante en el Código de Comercio Salvadoreño.....	225
7.1.1.1.1. El comerciante individual.....	226
7.1.1.1.2. El comerciante social.....	230
7.1.2. Legislación Española.....	233
7.1.2.1. Concepto de comerciante en el Código de Comercio español.....	233
7.1.2.1.2. El Comerciante Social.....	241
7.1.3. Diferencias:.....	244
7.1.3.1. Comerciante Individual:.....	245
7.1.3.2. Comerciante Social:.....	246
CAPITULO VIII.....	248
CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES.....	248

<i>CONCLUSIONES</i>	248
<i>RECOMENDACIONES</i>	252
<i>ANEXOS</i>	255
<i>BIBLIOGRAFIA</i>	307

INTRODUCCIÓN.

En El Salvador, a través de los años, se ha tenido un sistema mercantil, que ha ido cambiando según la necesidad y evolución del comercio; sin embargo, no se puede obviar que nos encontramos en una nueva etapa de la globalización y que representa cambios muy significativos. Durante estos cambios, la Legislación Mercantil ha tenido giros en ocasiones radicales, como fue el cambio del Código de Comercio, y que representó un cambio verdadero en la tendencia doctrinaria en que se desarrollaba la legislación mercantil.

Esta investigación fue realizada con el propósito de aportar un valioso documento que proporcione importante información relacionada con el fenómeno mercantil y en esencia, con la llamada Matrícula de Comercio, esto implicó un gran esfuerzo por parte del investigador, quien orientó el estudio a la situación de la técnica legislativa, así como a la vida práctica y en esencia, a los llamados criterios registrales, que versan sobre el documento que ahora en nuestra legislación se le ha otorgado la cualidad de ser mercantil, como lo es la referida Matrícula de Comercio.

La investigación contiene en primer orden los antecedentes históricos de la Matrícula de Comercio, así como en parte, del Registro de Comercio y del Derecho Mercantil, ya que no se puede ignorar el hecho que el documento en estudio posee amplia y estrecha relación con el Derecho Mercantil y con el Registro de Comercio; estudian las causas de la existencia y origen de la Matrícula de Comercio en el mundo y en nuestro país. A continuación, se desarrolla el fundamento teórico, legal, y práctico del Código de Comercio, en relación a la Matrícula de Comercio, con lo que se logra tener una visión de lo que es este documento mercantil, su estructura, finalidad, como opera y las consecuencias que genera su existencia y su actual regulación; consecuencias tanto positivas como negativas. Luego se

presentan puntos específicos, como es la orientación teórica del actual Código de Comercio, la propiedad de la empresa mercantil, la cancelación de la Matrícula de Comercio, los Criterios Registrales, algunos de los derechos de los comerciantes y el como la Matrícula de Comercio incide sobre ellos; y por último, se lleva a cabo un esfuerzo por comparar las legislaciones Española, con la Salvadoreña, a efecto de verificar la concordancia entre éstas, ya que ambas legislaciones profesan la misma tendencia doctrinaria. Todo ello, se lleva a cabo de una forma detallada y relacionándose cada uno de los puntos que se consideran necesarios para alcanzar una perspectiva real sobre el problema y poder encontrar una solución verdadera y atinente al mismo.

Como parte final de la investigación, se ha designado un apartado especial para el planteamiento de las conclusiones y recomendaciones que se consideran necesaria luego de tan exhaustivo estudio, además se presentan las referencias bibliográficas utilizadas y los anexos que facilitarán la comprensión del trabajo.

Esperando además, que la presente investigación tenga como mérito el que sirva no solamente para el que se inicia en el estudio de las ciencias del Derecho Mercantil; si no además, para el profesional y especialista en las misma, para que enriquezca sus conocimientos, esperando que el mismo alcance sus expectativas.

Para entender Sabiduría y doctrina, para conocer razones prudentes, para recibir el consejo de prudencia, justicia, juicio y equidad; para dar sagacidad a los simples, y a los jóvenes inteligencia y cordura, oirá el sabio y aumentara el saber, y el entendido adquirirá consejo, para entender proverbios y declaración, palabras de sabios y sus dichos profundos. El principio de la sabiduría es el temor de Jehová; los insensatos desperdician la sabiduría y la enseñanza. (Proverbios, 1: 2-7.-)

CAPITULO I.

1.1. EVOLUCIÓN HISTÓRICA DE LA MATRÍCULA DE COMERCIO.

Para determinar la evolución histórica de la Matrícula de Comercio o Matricula del Comerciante, como se le ha llamado, la misma no se puede desligar de la evolución histórica del Derecho Mercantil¹, puesto que es dentro de éste que se da la misma; ya que el surgimiento de la Matricula de Comercio, se va dando según la concepción que se va teniendo del Comerciante y del Acto de Comercio; puesto que es según los requisitos que debe poseer un comerciante para realizar actos de comercio, que se va desarrollando la tendencia al establecimiento de un Registro de Comerciantes y el surgimiento de un documento ahora mercantil, que determine la calidad de comerciante y la propiedad de la empresa mercantil, por lo que también resulta evidente la exclusiva relación que posee con la evolución histórica del Registro de Comercio, que es donde se lleva el control de dichos comerciantes inscriptos.²

¹ **MANTILLA MOLINA, R.**, Derecho Mercantil, XIV e., Ed. PORRUA, S.A., Méjico, 1993, Pág. 3. Es necesario mencionar, tal como lo hace Roberto L. Mantilla Molina, que no hay que confundir la aparición del comercio con el derecho mercantil, puesto que históricamente no coinciden, y es que las normas jurídicas indiferenciadas pueden regir las relaciones que, económicamente, tienen carácter comercial y las que no lo presentan; es así, que el surgimiento del derecho mercantil, requiere que las normas que en el momento histórico rigen, no sean suficientes para regular los actos de comercio del momento, siendo indispensable la creación de un nuevo ordenamiento jurídico.

² **GABINO PINZON, J.**, Derecho Comercial, Vol. I, Ed. TEMIS, Bogotá, 1957, Pág. 273 y 293. Tal y como lo hace ver este autor, cabe aclarar desde ahora, que han existido y aún existen diferentes normas de registración, es así que existe una administrativa y una judicial, como se verá luego, es así, que el registro público de comercio se inició en el derecho mercantil con el fin de determinar la vinculación de los comerciantes a su respectiva agremiación y someterlos a la jurisdicción de los cónsules o tribunales consulares. Ésta fue su función inicial y la que le confirió ese carácter de institución profesional que no podía menos de condenarla a desaparecer en la época en que se redactó el código de Napoleón. Mientras que en lo que respecta a las Cámaras de Comercio, fueron las agremiaciones de los comerciantes de la edad media, las que dieron origen a los tribunales consulares, son el antecedente o germen de todas las formas modernas de organización de los profesionales del comercio. En algunos países, como en Francia, la jurisdicción consular subsistió y continúa en forma de tribunales comerciales, paralelamente a los cuales han surgido otras organizaciones, como la de los consejos llamados de "prud hommes" y las cámaras de comercio. En otros países la jurisdicción

Dicho lo anterior, es pertinente pasar a desarrollar la aludida evolución histórica, iniciándola desde el punto de vista mundial; es decir, el momento y lugar histórico en el que se dan los primeros albores de dicho documento mercantil, para luego culminar con el desarrollo de la misma en nuestro país, hasta nuestros días.

1.1.1. Surgimiento y evolución de la matricula de comercio en el mundo.

Como lo menciona la Enciclopedia Jurídica OMEBA, “En términos generales, la matricula del comerciante es una supervivencia de la lista de miembros que conformaban las agrupaciones de los mercaderes que se remonta a la época Solón, en Grecia”³. Sin embargo, algunos autores como Raymundo L. Fernández⁴, expresan que si bien se ha reconocido que en Grecia y Roma⁵ existieron asociaciones de mercaderes, también se elaboraron listas con los nombres de tales sujetos a efecto de poseer un dato sobre los mismos y ello no se

consular fue absorbida por la justicia común, para privar de estas funciones a las organizaciones de carácter comercial y dejar a éstas sólo las de representar los intereses colectivos o generales del comercio.

³ **OSORIO, MANUEL Y OTROS.** Enciclopedia Jurídica Ameba, Editorial BRISKILL, Buenos Aires, Sarandi 1370, letra M.

⁴ **L. FERNÁNDEZ, R.,** *Tratado Teórico – Práctico de Derecho Comercial*, T. II, Ed. Okpafina, Buenos Aires, 1993, Pág. 10

⁵ **GABINO PINZON, J.,** *Op Cit.*, Pág. 8. En lo que se refiere al tema, la etapa primitiva, la anterior a la caída del imperio romano, corresponde exactamente al derecho civil o común, porque en ella no hubo un derecho comercial autónomo o distinto del mismo civil, a pesar de las reglamentaciones que en dicho derecho tenían por objeto cuestiones consideradas hoy como mercantiles por su naturaleza. Este fenómeno tiene, sin embargo, como anota Rocco, explicaciones claras y lógicas dentro de la vida romana: porque la economía se fundaba especialmente en la esclavitud y no daba, pues, origen a verdaderas relaciones jurídicas que pudieran interesar a una clase social distinta de los cives romani; porque el intercambio comercial con los pueblos asirios, egipcios, etc., incrementó más bien el ius gentium, en el que se formaron normas suficientemente aptas para regular las cuestiones mercantiles; y porque el derecho civil romano tenía una maravillosa adaptabilidad a todas las exigencias de la vida privada, gracias especialmente a la labor de los pretores, quienes, con un gran sentido de la equidad natural, creaban realmente el derecho al aplicarlo.

puede tomar sino como remotos antecedentes de publicidad registral⁶ mercantil, y haciendo la aclaración que la misma solamente representa el génesis de forma remota, ya que quienes comerciaban en ambas cosías del mar Egeo, no estuvieron en ningún tiempo de la cultura griega muy considerados como comerciantes, pues carecían de cohesión profesional o de clase, por lo que mal pudo haber corporaciones de comerciantes. Situación parecida ocurrió en Roma, donde también existió en la antigüedad una especie de registración de flujenes que actuaban como mercaderes, pudiendo señalarse, además, una rudimentaria publicidad mercantil, la cual se concretaba mediante anuncios en los locales de las tiendas o en los lugares de reunión de los comerciantes (*litterae oblatoriae*), por lo que estos al igual, no son otra cosa más que lejanas expectativas de lo que debió convertirse en la publicidad registral, la calidad de comerciante, las marcas y sobre todo la publicidad comercial.⁷

Estas agrupaciones de mercaderes, alcanzaron gran desarrollo en la edad media⁸; que es precisamente donde se comienza a dar el verdadero comercio

⁶ **RIBO DURAN, L.** Diccionario de Derecho, versión 1.0, Ed. BOSCH, Casa Editorial S.A., Copyright, 1995, letra P. Tal y como lo define este autor, básicamente la publicidad registral, es la posibilidad de ser conocido por el público el contenido del Registro de Comercio y con referencia a los derechos inscritos en aquél. Siendo ésta una primera definición que se puede dar.

⁷ **L. FERNÁNDEZ, R.**, Op. Cit., Pág. 10; Según este autor, de los hechos ocurridos en Roma, se determina que para que el derecho mercantil aparezca como un Derecho especial, no basta con la sola existencia de una actividad económica intensa, si no que además se vuelve necesario que el Derecho común no pueda por sí mismo regular de forma satisfactoria las exigencias que tal actuar exige; puesto que mientras las exigencias sean llenadas a través del derecho común, no se logrará detectar la necesidad de una rama especial que se encargue de este fenómeno económico – social denominado comercio. Véase en los mismos términos **BROSETA PONT, M.**, *Manual de Derecho Mercantil*, 2º Edición, Editorial TECNOS, 1974, Pág. 41.

⁸ **GABINO PINZON, J.**, Op. Cit., Pág. 10, 11 y 12. En lo que se refiere a la evolución histórica, este autor habiendo indagado manifiesta y considera, que fue en la edad media cuando empezó a formarse el derecho comercial como derecho autónomo, a consecuencia del considerable desarrollo adquirido por el comercio en las distintas ciudades del Mediterráneo y de la caída del imperio romano, que al quebrantar la unidad política rompió la unidad del derecho y dio origen a la formación de múltiples y diversas prácticas comerciales, especialmente por el contacto con los pueblos extranjeros. Fue entonces cuando la costumbre mercantil llenó las funciones de única o principal norma reguladora de las actividades comerciales. Es precisamente en esta

reconocido como tal, porque con la caída del imperio Romano⁹, se presenta un conjunto de factores económicos, político – sociales y jurídicos, que actuando de forma conjunta determinan la aparición de un derecho especial para la actividad profesional de una clase de ciudadanos, que la constituyan los comerciantes¹⁰; lo cual se dio como natural consecuencia de la extraordinaria incrementación de las actividades comerciales¹¹; coincidiendo en afirmar los autores en general, que los

época en donde se marca una serie de notas características al derecho mercantil, como son : a) Las prácticas de los comerciantes, fruto inmediato de las necesidades o de las conveniencias de cada acto o clase de actos de comercio, se fueron generalizando y unificando en las actividades comerciales y llegaron a imponerse o hacerse obligatorias, por sus ventajas de orden práctico y por el tecnicismo que fueron adquiriendo con su divulgación y su unificación. b) La inestabilidad política de la edad media y la carencia de legislaciones adecuadas fomentaron las asociaciones de los comerciantes, que se organizaron gremialmente como medida de mutua protección. Cada mercadería o curia mercatorum adoptó pronto reglamentos escritos (estatutos) y se organizó bajo la dirección de "cónsules" encargados de fomentar y regular las ferias y mercados, quienes solían enviar delegados suyos al exterior (cónsules), con el fin de prestar ayuda o protección a los comerciantes del gremio y de propender por el mejoramiento de los sistemas de comunicaciones. c) Los cónsules, con sus amplios poderes de dirección y de jurisdicción, cumplieron una gran función en la organización de las instituciones jurídico-mercantiles y fueron los precursores de la doctrina y del derecho comercial positivo. Su labor de codificación de las costumbres mercantiles más generalizadas y más adecuadas para proteger la buena fe en las relaciones comerciales hizo de la costumbre la fuente por excelencia del derecho comercial y preparó, al mismo tiempo, el valioso material utilizado posteriormente en la elaboración de los códigos. Mientras que para **Roberto L. Mantilla Molina**, el surgimiento del derecho mercantil en la edad media, se debió a la caída del imperio Romano de Occidente, lo cual vino a agravar las condiciones de inseguridad social creadas por las frecuentes incursiones de los Bárbaros que la presidieron, lo cual también produjo la más completa decadencia de las actividades comerciales y fue a consecuencia de las cruzadas que abrieron comunicación con el occidente y provocaron el intercambio de productos entre los diferentes países Europeos. **MANTILLA MOLINA, R.**, *Op Cit.*, Pág., 5

⁹ **SÁNCHEZ CALERO, F.**, *Instituciones de Derecho Mercantil*, Vigésima Edición, Editorial McGraw – Hill, Madrid, 1997, Pág. 4. Según la opinión de **FERNANDO SÁNCHEZ CALERO**, en virtud de esta caída, la perfección de derecho Romano, es la que probablemente impidió que apareciese el derecho mercantil, puesto que el Derecho Romano se caracterizó por su flexibilidad y adaptación de las necesidades de la vida social; y son estas entre otras consideraciones, junto a la escasa consideración social que tuvo el comercio en Roma, se aduce generalmente como justificación de la ausencia de un derecho mercantil romano..

¹⁰ **BROSETA PONT, M.**, *Op. Cit.*, Pág. 42.

¹¹ **CERVANTES AHUMADA, R.**, *Derecho Mercantil*, Primer Curso, Pág. 6; en vista de estas actividades no debemos dejar de lado, que es en la edad media, que cae el Imperio Romano, como consecuencia de la invasión de los pueblos Bárbaros, perdiendo vigencia el *Hábeas Juris*, de los Romanos, por lo que cada pueblo y comunidad van creando sus propias costumbres comerciales, creando precisamente allí, la fuente principal del derecho mercantil como es la costumbre y sobre todo la agilidad comercial, siendo los primeros en crearlas, los mercaderes marítimos, quienes además crearon sus propios tribunales, que les llamaron Consulados; a

verdaderos y propios orígenes de los registros de comercio deben localizarse en las matrículas de los gremios y corporaciones del medioevo, que contaron con registros organizados de sus integrantes, cuya matriculación era una obligación para que el comerciante pudiera gozar de los beneficios que el gremio concedía, aun cuando también se podía ser comerciante sin estar inscripto en la matrícula¹²; sin embargo, este Derecho se caracterizó por tres notas fundamentales, las cuales son: por ser un Derecho especial; por la presencia en él de una "tendencia generalizadora"; y, finalmente, por ser predominantemente un Derecho destinado a regular a los comerciantes en el ejercicio de su tráfico.¹³

La anotación en dicha lista de comerciantes, otorgaban beneficios y ventajas, diferenciándose entonces, entre el negotiator, comerciante de hecho no inscripto y desprovisto de todo beneficio, y el mercator, comerciante inscripto en la lista y con derecho a gozar de los beneficios establecidos, lo cual deja aún más en claro el surgimiento de la Matricula de Comercio y la inscripción en el Registro,

cuyos jueces les llamaron Cónsules, ya que así era como les llamaban los antiguos Romanos. **OSORIO, M. Y OTROS.** Op. Cit., letra M.

¹² **L. FERNÁNDEZ, R.,** Op cit, Pág. 10. y es que en esta época, a partir del siglo XII, que las corporaciones de gentes que se dedicaban a un rubro, se organizan y también sus comunidades, que tomaron el nombre de Universidades de mercaderes, quienes posteriormente crearon inclusive sus propias leyes y contrataron maestros para que les enseñasen las diferentes artes, siendo la primer Universidad novohispana, la Universidad de Mercaderes de la Ciudad de México, de 1581. **CERVANTES AHUMADA, R,** Op cit., Pág. 8.

¹³ **BROSETA PONT, M.,** Op. Cit., Pág. 44. Fue un Derecho especial, por su creación, puesto que fue un Derecho de una clase de profesionales; por los principios que informaron sus normas y sus instituciones tendentes a facilitar el tráfico de los bienes muebles; por su modo de aplicación por la jurisdicción corporativa; por razón de la materia a la que se aplica que era el comercio; y, además, por ser su destinatario un estamento o clase social determinada, que los constituían los comerciantes. La presencia de una tendencia generalizadora se manifiesta por el hecho de que aun cuando el Derecho mercantil es un ordenamiento que regula la actividad profesional de los comerciantes, comienza muy pronto a aplicarse a quienes sin serlo utilizan esporádicamente instituciones jurídicas que fueron creación exclusiva de aquellos, como en las letras de cambio que son utilizadas por los estudiantes que acuden a Bolonia, París o Salamanca. Se generaliza, pues, el uso de ciertas instituciones, a las que continúa aplicándose el Derecho mercantil. Es por todo ello puede afirmarse que hasta la codificación francesa el Derecho mercantil es, predominantemente, un Derecho profesional y subjetivo.

como un medio indispensable para adquirir cierto carácter y ventajas sobre los no inscriptos.¹⁴

Sentado ello, es necesario dejar suficientemente claro que estos registros medievales no tenían el concepto, ni producían los efectos jurídicos del moderno registro público de comercio, aun cuando formalmente cumplieran funciones de relevancia para su época, ya que contenían un control sobre los comerciantes inscriptos y el mismo surtía efectos, dándose a conocer los mismos al público y tutelados por las normas que los regulaban, por ser comerciantes incluidos en la lista; sin embargo, tales funciones pueden describirse, de un lado, como de derecho público, pues hacían las veces de matrícula del gremio donde se inscribían quienes lo integraban, así como también sus dependientes y aprendices, además de la inscripción de las marcas que utilizaban en el ejercicio del comercio, existiendo una relación entre comerciante y Estado y sobre todo entre comerciante y el pueblo en general. De otro lado, como de derecho privado¹⁵, porque en algunas plazas, existieron registros especiales, con finalidad claramente privatística; al referirse a la posibilidad de consulta pública, dice: "Es este concepto de publicidad, concordante como instrumento de información, dispuesto como tutela de terceros, y al mismo tiempo de los comerciantes que el régimen judicial

¹⁴ **OSORIO, M. Y OTROS.** op .cit.

¹⁵ **RÍBO DURÁN, L.** diccionario multimedia de derecho, bosch casa editorial, Barcelona, 1995; versión 1.0. Dentro de los ordenamientos jurídicos de base romanizada, es clásica la distinción entre Derecho público y Derecho privado que se fundamenta, en gran parte, en la distinta jurisdicción competente para unas y otras materias. Sin embargo, se ha subrayado por una doctrina excesivamente preocupada por el nominalismo conceptual la importancia de esta división del derecho. En este sentido, se ha afirmado que el Derecho privado, coincidiendo con el Derecho público en la protección de los intereses comunes de la sociedad, lo consigue tutelando los intereses particulares; en cambio, el Derecho público tutela directamente los intereses públicos o generales. Por otra parte, es habitual que el Derecho público tenga como protagonista al Estado y cuantos entes representan el poder público; por su parte, el protagonista del Derecho privado o, si se prefiere, el sujeto de derecho que contemplan sus normas, son los individuos y personas jurídicas privadas. Por ello, en la mayoría de los casos, las normas de Derecho público son imperativas y conllevan una relación de subordinación, en tanto que las normas de Derecho privado contienen normas de coordinación. El Derecho civil y el Derecho mercantil, son Derecho privado.-

del medioevo se afirma y se difunde. Los registros quedan, por tanto, abiertos al público, pudiendo ser consultados por cualquiera que tenga interés, sea o no miembro de la corporación"¹⁶, así mismo totalmente independiente de los intereses de la corporación, para la anotación de los poderes generales (procura) conferidos por los principales individuos de su personal, de las sociedades y de las marcas.¹⁷

Otra etapa que marca la evolución histórica del derecho mercantil y de sus diferentes instituciones es la determinada por el siglo XIX¹⁸, con la Revolución Francesa, y especialmente por obra de la doctrina posrevolucionaria, que es donde surge un orden nuevo de considerable influencia en la concepción positiva y doctrinal de esta parte del Derecho privado, que parece especialmente apta para sufrir en su seno las hondas transformaciones de la sociedad a la que pertenece. Estos cambios, se dieron por diferentes factores económicos y político-sociales que determinaron la profunda transformación sufrida por el Derecho Mercantil de la época, que instauran el sentido predominantemente objetivo del derecho mercantil y que, legislativamente al menos, pretende tener el Derecho de esta época. Los fundamentales principios políticos instaurados por la Revolución y utilizados por el capitalismo para la construcción de su sistema son: 1) La supresión del intervencionismo Estatal en la economía, porque triunfa la concepción de los fisiócratas en cuya opinión la libertad económica es un presupuesto necesario para

¹⁶ **ÁVILA NAVARRO, P.**, *El Registro Mercantil*, Primera Edición, Tomo I, Editorial Bosh, Casa Editorial, S.A., Barcelona, 1997, Pág. 317. En cuanto a esta cualidad del Registro, actualmente se le ha llamado Principio de Publicidad Formal, y constituye una de las funciones principales del Registro Público, la cual consiste en que el Registro es una Institución de Publicidad, por lo que es lógico que la ley permita el conocimiento del contenido de los instrumentos al público, y destaca el hecho que para la consulta del Registro Mercantil, no se exige un interés, si no que puede ser consultado por cualquier persona sin justificar sus motivos.

¹⁷ **L. FERNÁNDEZ, R.**, *Op cit.* Pág. 10-11

¹⁸ **SÁNCHEZ CALERO, F.**, *Op. Cit.* Pág. 7. y es que fue el Código de Comercio Francés, promulgado en 1807, el que en esta época tuvo un valor ejemplar, ya que fue el que inspiró a otros países a redactar un código de comercio, que sustituyese la legislación mercantil vigentes y es que además, éste se considero como el primer triunfo de las ideas de la codificación; por lo que luego surgen una serie de códigos de comercio.

el progreso social; 2) La supresión de los privilegios concedidos a las corporaciones de mercaderes en el "Anden régime"; 3) La constitucionalización del principio de que todo ciudadano puede libremente iniciar el ejercicio de cualquier actividad económica; 4) La constitucionalización de la propiedad privada de los medios de producción.¹⁹

Además, cabe valorar el hecho que la evolución del registro mercantil y por consiguiente de la matrícula de comercio que en él se inscribe, señala dos direcciones: una, horizontal, que extiende su ámbito a ciertos documentos importantes en el tráfico mercantil, entendiéndose que era necesario además dar a conocer al público y oponer ante terceros, además de los documentos esenciales como era la incorporación del comerciante en la lista, otros documentos con los cuales el mismo desempeñara y realizara el comercio, como los poderes²⁰; es decir, que ya no sólo es una lista de comerciantes, sino que alcanza a esos documentos relevantes; otra, vertical, que ahonda en las consecuencias jurídicas

¹⁹ **BROSETA PONT, M.**, *Op. Cit.*, Pág. 44. ya que la constitucionalización de la estructura económica y político-social a mediados del siglo XVIII y principios del XIX, se produce una profunda transformación económica: aparece el capitalismo industrial y financiero, continuador del anterior capitalismo comercial. El maquinismo y la revolución industrial transforman la economía. La industria tiende a la concentración de los medios de producción, lo cual exige la acumulación de grandes masas de capital para dotar de máquinas a las nuevas industrias. La máquina de vapor desempeña un importante factor de progreso industrial. Con ella se desarrollan extraordinariamente el transporte ferroviario y el marítimo y la actividad industrial y mercantil alcanza un crecimiento insospechado. La industria química se organiza y se convierte en un importante factor de desarrollo económico. Se hace necesaria la acumulación de grandes masas de capital para posibilitar las grandes realizaciones económicas. La sociedad anónima, como instrumento jurídico colector y ordenador del capital procedente de diversas personas, alcanza la fisonomía que, en líneas generales, mantiene hasta nuestros días. El crédito y su circulación, la inversión de capitales y los instrumentos jurídicos que los hacen posibles (especialmente los títulos valores) alcanzan su actual perfección instrumental. Las operaciones bancarias se especializan, los bancos intervienen en la financiación industrial y las operaciones de crédito se desarrollan incesantemente. La multiplicación y la seguridad de las líneas de transporte, especialmente marítimas, que se convierten en regulares, cambian la fisonomía tradicional del Derecho marítimo. La inversión de grandes capitales en los sectores industriales fomenta la investigación, lo cual exige una adecuada protección de las invenciones.

²⁰ **DICCIONARIO ENCICLOPÉDICO QUILLET**, Editorial Argentina Arístides Quillet, S.A., Buenos Aires, Edición 1976, letra M. En una definición simple los poderes, son o es el acto o instrumento en el que consta la facultad que uno da a otro para que en lugar suyo, y representándolo pueda ejecutar una cosa; este también es denominado como Mandato.

de la registraci3n misma, pues ya no se trata de una simple registraci3n administrativa con efectos s3lo informativos, sino que se trata de un 3rgano jur3dico de publicidad material, cuyos asientos pueden oponerse a toda persona, como si efectivamente lo conociese, puesto que al encontrarse abierto al p3blico, todos ten3an la posibilidad de acceder a la informaci3n contenida en el mismo, la cual pose3a ahora un car3cter judicial y con tal validez probatoria, que los documentos en 3l inscrito, pod3an oponerse contra cualquier persona, naciendo all3, uno de los efectos jur3dicos del actual Registro de Comercio.²¹

Alsacia y Lorena, luego de la guerra de 1914-1918, y como con anterioridad Alemania hab3a instalado all3 registros mercantiles, el pa3s galgo se vio en la necesidad de reinstaurar en todo su territorio registros de comercio, lo que se concret3 mediante la ley del 18 de marzo de 1919. En Alemania, en cambio, las cosas sucedieron de otro modo, porque sin perjuicio de las listas de miembros integrantes de las corporaciones (*Gilden-rollen*), se fueron creando distintos registros vinculados al comercio, tanto para fines de derecho privado, como de protecci3n al p3blico; as3, se puede enumerar el registro de las sociedades (*Gesellschaftsregister*), el registro de poderes (*Vollmachtsregister*), hasta que el c3digo de comercio de 1861 cre3 un registro de comercio de car3cter general

²¹ **L. FERNÁNDEZ, R.**, *Op cit.* Pág. 12. Aclarando adem3s que el estudio hist3rico de los registros de comercio presenta una variada gama de matices que se manifiesta, no siendo 3nicamente las mencionadas en el texto, si no tambi3n tanto respecto de la evoluci3n cuantitativa de las registraciones que fue creciendo con el tiempo, como de la evoluci3n cualitativa referente a los diversos efectos de tales registraciones. Por otra parte, dicha evoluci3n hist3rica no se opera de igual modo en los distintos pa3ses del mundo; como por ejemplo, en Francia presenta la particularidad de que los registros desaparecieron luego de la supresi3n de las corporaciones, subsistiendo la necesidad de publicidad mercantil para las sociedades constituidas por extranjeros (Ordonnance de Blois, de 1579), exigencia extendida luego a todas las sociedades (Code Michaud, de 1629), impuesta bajo pena de nulidad por la ordenanza para el comercio terrestre, de 167328; con motivo de la recuperaci3n por Francia, y as3 cambia en cada pa3s, seg3n se haya inclinado y avanzado tal evoluci3n en los Registros que las mismas poseen y en su sistema registral.

(*Handelsregister*), siguiéndole el código de comercio de 1897²² (*Handelsgesetzbuch*, HGB), que atribuyó efectos especiales a las inscripciones y a las publicaciones relacionadas con ellos: efectos de notoriedad en sentido amplio (*Offenkundigkeitwirkungen*).²³

En España, la obligación de integrar la lista de comerciantes tiene por antecedente una Real orden de Carlos III fechada en 1773, cuyo principio fue incorporado al Código de Comercio Español de 1829²⁴, pues éste hacía depender la calidad de comerciante del necesario requisito de la matriculación, puesto que el mismo ostentaba un criterio subjetivista en su normativa. Siguiendo la misma orientación el Código de Comercio Argentino de 1862 e inspirado en el código de comercio francés de 1807²⁵, siendo este el cuerpo jurídico que reguló el registro

²² **GARRIGUES, J.**, *Curso de Derecho Mercantil*, tomo I, Pág., 138. Cabe hacer notar, que el código de comercio de 1897 Alemán, deroga el anterior código de comercio de 1861, el cual siguió el ejemplo del código francés de 1807; el cual enumeraba ciertos actos de comercio absolutos como aquellos que se calificaban de mercantiles atendiendo sólo a su intrínseca naturaleza, sin consideración de la persona que lo realiza; mientras que este código de 1897, no reconoce más actos de comercio que los realizados por los comerciantes; ya que dice el artículo 343 que “los actos de comercio son todos los actos de un comerciante que pertenezcan a la explotación de su industria mercantil, siendo el punto culminante del derecho alemán el del retorno al concepto subjetivo del acto de comercio.

²³ *Ídem*, Pág. 12.

²⁴ **GABINO PINZON, J.**, *Op Cit.*, Pág. 17. Después del código francés fue el español de 1829 el segundo estatuto legal completo expedido en esta época de los códigos. El código español, aunque indudablemente se inspiró en el francés, tiene características propias que por aquella época permitieron considerarlo como el estatuto legal más perfecto sobre la materia. Este código combinó el criterio objetivo del código francés con el criterio tradicional y conservó la matrícula o inscripción como elemento necesario para establecer la condición o profesión del comerciante.

Es así, que fue la legislación comercial española la que sirvió de fuente principal de los códigos expedidos en las naciones hispanoamericanas, sin contar con que las Ordenanzas de Bilbao estuvieron rigiendo aun después de la emancipación, como sucedió en Méjico, en Argentina, en Chile y en otros países.

²⁵ **GARRIGUES, J.**, *Op. cit.* Pág. 148 y 149. en cuanto al sistema seguido por el código de comercio francés, ha recibido el nombre del sistema mixto; el cual reconoce y define como actos de comercio tanto los actos objetivos como subjetivos, derivados estos de la calificación de comerciante impuesta por los primeros; y es así que en el sistema objetivo se califica todos los actos de comercio independientemente de la persona; mientras que en el sistema subjetivo sólo son actos de comercio los realizados por los comerciantes; y es en el sistema mixto donde hay también enumeración de actos objetivos y atribución del calificativo de comerciante a las personas que profesionalmente realicen esos actos; pero una vez definido objetivamente el

mercantil; éste comprendía dos secciones: A.) matrícula de comerciantes; y B) registro de otros documentos; es decir, que exigía la matriculación como requisito único el indispensable para adquirir la calidad de comerciante. Este sistema fue reemplazado por el nuevo código español de 1885²⁶, más moderno, que se acercó a la concepción germánica en materia registral y mercantil y ha sido considerado como la legislación más completa sobre la materia.²⁷

comerciante, la ley presume que todos los actos de su vida jurídica son mercantiles aún y cuando no sean de los definidos como actos objetivos. Tendencia, que queda evidenciada en el artículo 632 del código de comercio francés, el cual contiene junto a los actos objetivos los actos subjetivos, al establecer que “son actos de comercio las obligaciones entre negociantes, mercaderes y banqueros”. El código francés utilizó, las ordenanzas de Luís XIV, que Luís XVI había tratado de reformar y fue bajo el consulado de Napoleón cuando se acometió la elaboración del código que iba a ser patrón común de muchas legislaciones comerciales y que aprobó en cinco sesiones consecutivas (del 10 al 15 de septiembre de 1807) el parlamento francés, para empezar a regir el primero de enero del año 1808.

²⁶ **SÁNCHEZ CALERO, F.**, *Op. Cit.* Pág. 11. En el Código de comercio de 1885, siguiendo un criterio objetivo intenta delimitar la materia mercantil con referencia a los actos de comercio, queriendo desvincularlos de la participación de un comerciante, en el sentido de que, fueran o no comerciantes las personas que los ejecuten, se regirían por sus disposiciones, todo ello con la preocupación política de que la mercantilidad de un determinado acto no dependiera del hecho de quien lo realizara, de manera tal, que el Código se adscribió al llamado sistema objetivo, en el que la delimitación de la materia mercantil deriva precisamente de los actos de comercio.

²⁷ *Ídem*, Pág. 12. Además de estos cuerpos de leyes, en España existieron otros que regularon el comercio, a través de diversos *fueros, edictos, bandos y ordenanzas*; pero entre ellos se resaltan las Ordenanzas de Burgos (1495), las de Sevilla (1554) y las de Bilbao (1737). Principalmente debemos considerar estas últimas, ya que, según veremos, fueron un completo Código de Comercio, que rigió en la Nueva España y aun en el México independiente. Algunos autores, expresan que la evolución legislativa del derecho continental europeo culmina con el Código de Comercio de Napoleón, que seguramente por el luminoso prestigio de la Revolución Francesa, tuvo profunda influencia en la legislación mercantil de los países de Europa, principalmente en España e Italia, de donde se proyectó esa influencia a las legislaciones latinoamericanas, y muy notoriamente a nuestro Código de Comercio aún parcialmente vigente; sin embargo, actualmente existe en España una legislación que es considerada en un muy alto grado de jerarquía modernizante, por lo que no puede decirse que es allí donde termina la evolución histórica; ya que la misma terminará precisamente cuando la historia termine, y mientras deben observarse los cambios que existen en la misma. **BROSETA PONT, M.**, *Manual de Derecho Mercantil*, 2º Edición, 1974, Editorial TECNOS, Pág. 46. Se afirma corrientemente por la doctrina posrevolucionaria francesa, que con este Código se inicia una nueva etapa en la evolución histórica de la concepción legislativa del Derecho mercantil, porque en aquél la disciplina que lo regía deja de ser un Derecho predominantemente destinado a regular el tráfico profesional ejercido por los comerciantes, para convertirse en el Derecho regulador de determinados actos ("actos de comercio objetivos") que a él se someten cualquiera que sea la condición personal del sujeto que los realiza. Es decir, de ciertos actos que son mercantiles y se someten al Código, sea o no comerciante su autor.

Resta señalar que en Italia²⁸, el código de comercio de 1882²⁹ preveía normas de publicidad algo incompletas, que consistían en la registración de diversos documentos, - v.gr., convenciones matrimoniales, poderes de factores y dependientes, escrituras de constitución y modificaciones de sociedades comerciales (arts. 9 y ss., 90 y ss., 396 y ss., C. Com. de 1882), que debían inscribirse en la cancillería del tribunal y eran publicadas en el "Folio degli Annunzi Legali"; Según el art. 14, Regí. Reg. Mercantil, se debían llevar los siguientes libros: a) Presentación de documentos; b) Inscripción de comerciantes o empresarios individuales; c) Inscripción de sociedades; d) Índices; e) Honorarios; f) Estadísticas; g) Inventarios; h) Libros de buques y aeronaves, construidos y en construcción; i) otros libros que los registros juzguen conveniente para el servicio. Como se observa, la inscripción se vuelve obligatoria para las sociedades, cuyo libro de inscripciones está subdividido en tres secciones, v.gr., colectivas, comanditarias y anónimas, y es facultativo para los comerciantes o empresarios individuales; sin dejar de lado, que la inscripción en tales registros, rogaba derechos que no poseían los no inscritos en el mismo. Se establece en el mismo, el

²⁸ Y es hasta el año de 1814, año de la restauración, rigió en Italia el código de Napoleón, expresamente promulgado en este país en julio de 1808, como consecuencia de la dominación francesa. Terminada dicha dominación, se expidieron varios códigos seccionales, empezando por los Estados pontificios, que en 1815 adoptaron el código francés. De todas estas codificaciones fue la más importante la del Piamonte, llamada con el nombre de "código albertino" (1842), que sirvió de base al código expedido en 1865. Sin embargo el código de 1865 fue hasta cierto punto provisional, porque ya en el año 1869 se creó una comisión encargada de preparar la revisión que culminó con el código de 1882.

²⁹ **GARRIGUES, J.**, *Op cit.* Pág. 149. siendo igual que el sistema francés, el sistema adoptado por el código de comercio italiano de 1882, era un sistema mixto, ya que acotada la materia mercantil desde el punto de vista del acto de comercio objetivo, el cual constituía el centro del sistema, siempre que éste sirviera para atribuir la calidad de comerciante a un sujeto; sin embargo, una vez identificado el comerciante, era la misma ley la que presumía que todos los actos patrimoniales de la vida jurídica del mismo, eran mercantiles; aun y cuando los mismos no fueran de los establecidos como actos objetivamente mercantiles. Este sistema mixto queda evidenciado en el código de comercio italiano al establecerse en su artículo 3, una lista de actos objetivos de comercio mientras que en el artículo 4 del mismo cuerpo legal, decía que se reputan además actos de comercio los otros contratos y obligaciones del comerciante, si no son de naturaleza esencialmente civil o si lo contrario no resulte del acto mismo.

principio de publicidad, expresando que el Registro Mercantil es público³⁰ (arts. 2 y 38), la inscripción no convalida a los actos y contratos nulos con arreglo a la ley, ya que pese a encontrarse estos inscritos, no implicaba que los mismos gozaran de validez jurídica, si no cumplían con los requisitos de existencia y de validez plasmados en las leyes, ya que de lo contrario, un contrato nulo, al inscribirse en el registro, sería válido de forma automática, lo cual jurídicamente no fue permitido. La declaración de inexactitud o nulidad no perjudica a los derechos de terceros de buena fe adquiridos conforme al contenido del Registro, ya que es precisamente la información contenida en el registro, la que conocían las personas y era en base a tal información, que los mismos contrataban y celebraban actos jurídicos, por lo que no era aceptable que salieran perjudicados, habiendo actuado conforme a lo que públicamente se conocía. Los registradores califican su responsabilidad con referencia a los títulos presentados, la competencia y las facultades de quien los autoriza o suscribe, la legalidad de las formas extrínsecas, la capacidad y legitimación de los otorgantes, y la validez del contenido de los documentos examinados, si han sido cumplidos los preceptos legales de carácter imperativo³¹. La calificación se basará en lo que resulte de los títulos presentados y en los correspondientes asientos del Registro (art. 5). En cuanto a los efectos jurídicos de

³⁰ **GABINO PINZON, J.**, *Op. Cit.*, Pág. 280. en cuanto a este Principio de Publicidad, se encuentra inmerso dentro del objeto mismo del Registro Mercantil, y es que la finalidad del mismo que es la que permite destacar su objeto, son aquellos actos y situaciones cuyo conocimiento conviene facilitar o asegurar por ese medio, para una mejor protección de los terceros que contratan con el comerciante. Es así, que la publicidad a que nos referimos, es a que el Registro Mercantil, puede ser consultado por cualquier persona que desee hacerlo y que la información que en él encuentre debe considerarse como cierta para los efectos legales y como ya se dijo anteriormente, la persona que llegue a consultar el contenido de los documentos, no debe justificar ningún tipo de interés.

³¹ **Ídem**, Pág. 276 y 278. Esto implica, que la finalidad del Registro de Comercio, no es subsanar errores o validar los mismo, si no que el mismo cumple dos funciones importantes que es la de condición de validez de ciertos actos mercantiles y la de simple medida de publicidad de los mismos; y lo que se debe seguir pues con la institución del Registro público de comercio, es dicha publicidad de ciertos actos y situaciones jurídicas y solamente esa publicidad; ya que la validez de los actos, debe subordinarse exclusivamente a los requisitos de fondo de todos los actos jurídicos.

las inscripciones, la ley prescribe que los documentos inscritos sólo producirán efectos en perjuicio del tercero desde la fecha de inscripción (art. 26, C.Com.). En cuanto al aspecto positivo de la publicidad, el tercero no puede alegar ignorancia del hecho inscrito; en cuanto al aspecto negativo, el tercero está exento no sólo de las consecuencias del hecho no inscrito, sino hasta de probar su ignorancia sobre él (conf.: Langle y Rubio, I, 884). Es decir que, resumiendo, las inscripciones en general son declarativas, pues a partir de ellas nace una presunción que admite prueba en contrario. En algunos casos las inscripciones son constitutivas, especialmente en materia de sociedades comerciales, pero en ningún caso son sanatorias o confirmatorias.³²

De todo lo antes expuesto, es necesario aclarar, que en la actualidad son muy pocos los países que impone la obligación de la matriculación para adquirir la calidad de comerciante, ya que los mismos han llegado a entender que la misma se vuelve un obstáculo para el ejercicio del comercio y sobre todo, que la matriculación en verdad no forma parte del derecho mercantil³³, no en el sentido de la regulación jurídica, si no más bien en el sentido propio del ejercicio del comercio, que es lo que dio nacimiento al derecho mercantil³⁴; y es por ello que han decidido

³² *Ídem*, Pág. 13

³³ **SÁNCHEZ CALERO, F.**, *Op. Cit.*, Pág. 12. en cuanto a la no solicitud de la matricula de comercio en la mayor parte de los países, también se debe a las dificultades que la actual legislación mercantil posee y que a traído como consecuencia a lo que se le ha llamado decodificación del derecho mercantil, y es que si la codificación fue una forma de legislar que respondió al cumplimiento de los ideales que inspiraron la Ilustración, en particular de que la ordenación jurídica de la vida social emanada de la razón se cumpliera mediante la elaboración de unos cuerpos legales llamados códigos, en los que de forma sucinta, clara y sistemática se expusiera el conjunto de normas que forman el ordenamiento jurídico, la descodificación es simplemente la descripción de un fenómeno que se produce en la realidad de nuestro siglo ante la dificultad de poder alcanzar, dada la creciente complejidad de la realidad social y su mutación, unos ideales parecidos a los que inspiraron la codificación.

³⁴ En la actualidad países como el nuestro, le han dado la calidad de documento mercantil a la matricula de comercio, sin embargo; es de hacer notar, que se ha determinado por la doctrina en general, que el derecho mercantil, es el derecho del acto de comercio, ya que este es el que la diferencia del derecho civil y demás ramas del derecho, aclarando, que el derecho mercantil, regula el acto de comercio, al comerciante y la cosa mercantil; y es que el comerciante, se

dejar dicha matriculación de forma opcional, la cual les otorga derechos si la llevan a cabo, pero el hecho de no registrarse, no les quita la calidad de comerciantes, ni les restringe el ejercicio del comercio.

1.1.2. Sistemas Legislativos de Regulación del Registro de Comercio.

Dentro de la evolución histórica del Registro de Comercio y de la matricula de comercio, nos encontramos con varios tipos de sistemas, es así que en lo que respecta a los sistemas legislativos que regulan el Registro de Comercio, la doctrina ha establecido una clasificación, la cual nos permite verificar cuales son estos sistemas y valorarlos de mejor forma.

La doctrina ha clasificado los sistemas que regulan los Registros de Comercio, desde varias perspectivas:

a) Una primera clasificación tiene en cuenta la clase de autoridad a cargo del registro: I) *administrativa*: en España, Francia, Brasil, Méjico, Chile, Colombia, Holanda y Honduras (actualmente también El Salvador); II) *judicial*: Alemania, Argentina, Suiza, Italia, Uruguay, Venezuela, Ecuador y El Salvador³⁵.

encuentra íntimamente ligado al acto de comercio, ya que es una aberración, pensar en un comerciante que no realice actos de comercio, ya que de ser así, el mismo no es un comerciante; es precisamente por ello, que los países mas avanzados como España, no obligan a la inscripción de la matricula de comercio, ya que si es esta la que otorga la calidad de comerciante, bien se podría dar el caso de un comerciante, que nunca ha ejercido el comercio.

³⁵ **L. FERNÁNDEZ, R.**, *Tratado Teórico-Práctico de Derecho Comercial*, Tomo II, Pág. 15. Esta se refiere, a que en el devenir histórico del Registro de Comercio, este se ha encontrado ubicado en algunas ocasiones como una entidad administrativa y en otras en una judicial, como las Cámaras de comercio o como una dependencia de un juzgado determinado; de todo ello, ha sido testigo nuestro derecho mercantil, ya que sin ir demasiado lejos, el anterior Código de comercio, regulaba el registro que se llevaría en cada Juzgado de Primera Instancia Civil (Art. 11 Cod. de Com. de 1904); sin embargo, es de aclarar, que actualmente en El Salvador, no es el sistema judicial el que nos rige, si no que es el administrativo, ya que no se registran los documentos mercantiles en tribunales, si no que es en el Registro de Comercio, el cual es un ente administrativo; de conformidad a lo establecido en el Art. 1 de la Ley del Registro de Comercio, la cual expresa, que “El Registro de Comercio es una oficina administrativa, dependiente del Ministerio de Justicia...”

b) Otra clasificación distingue tres grupos:

l) *Sistema germánico*³⁶, el modelo más acertado para dar a conocer este sistema, es la legislación Alemana; el mismo se caracteriza por tener un Registro General de Comercio, por la obligatoriedad de las inscripciones y por la sanción del llamado principio de publicidad³⁷. Dentro de tal principio de publicidad, se pueden distinguir dos aspectos esenciales a saber y que constituyen la consecuencia del mismo: un aspecto *negativo* y un aspecto *positivo*; el primero determina que mientras no se haya efectuado la inscripción y publicación de un hecho a inscribirse, la parte interesada sólo podrá invocarlo frente a un tercero probando que este sujeto lo conocía, puesto que al no encontrarse aún inscrito, no se le había otorgado la publicidad y presunción aquella, que pudo tener conocimiento del acto, por encontrarse en un registro público³⁸; el segundo, en cambio, determina que la inscripción y publicación de un hecho a inscribirse produce efectos frente a

³⁶ **MANTILLA MOLINA, R.**, *Op Cit.*, Pág. 22. De conformidad a lo establecido por Roberto Mantilla Molina, el sistema Germánico, es el mismo sistema Subjetivo.

³⁷ **RÍBO DURÁN, L.** diccionario multimedia de derecho, bosch casa editorial, Barcelona, 1995; versión 1.0. El principio de Publicidad del cual se habla en este sistema, debe ser entendido como el principio de publicidad registral que se conoce aún en la actualidad, por los mismos efectos que ha de producir; puesto que los efectos y consecuencias jurídicas que se plantean, son los mismos que justifican el actual principio de publicidad; es así que éste se define como: La posibilidad de ser conocido por el público el contenido del Registro de la propiedad y con referencia a los derechos sobre inmuebles inscritos en aquél. Mediante esta publicidad se protege al adquirente de un derecho sobre inmueble, se garantiza al acreedor hipotecario y se ampara, en definitiva, el tráfico negocial fomentando, al mismo tiempo, el crédito territorial. La publicidad se materializa en tres formas: manifestaciones del contenido de los libros por medio de su exhibición; notas simples informativas, expedidas por la propia oficina registral; y certificaciones de cargas que expide el propio registrador de la propiedad.

³⁸ **ÁVILA NAVARRO, P.**, *Op Cit.*, Tomo I, Pág. 58. Este principio de publicidad, tiene amplia relación con el ahora llamado principio de inscripción; y que se refiere a la trascendencia de la inscripción sobre el acto jurídico que se inscribe; dicha trascendencia puede ser de carácter declarativa o constitutiva; en este caso nos referimos a la declarativa; es decir que declara al público un acto que adquiere su existencia y validez fuera del registro y no por el. Aún cuando sea declarativa, no debe olvidarse que es obligatoria y requisito necesario para que produzca efectos frente a terceros; puesto que de lo contrario sabido es que surtirá efectos solamente entre los contratantes, ya que no se le ha otorgado el conocimiento legalmente establecido al público en general, que constituyen los terceros a quienes se refiere la ley. Al respecto también se pronuncia el autor, **L. FERNÁNDEZ, R.**, *Op Cit.*, Tomo II, Pág. 16.

terceros, salvo los que no lo conocían ni hubieran tenido conocimiento. De este modo, el hecho publicado tiene en principio sus efectos frente al público. Además, hay que tener en cuenta algunos casos especiales de efectos constitutivos y confirmatorios de la inscripción³⁹.

Otra legislación que atesora este sistema, es la Italiana, en la cual los hechos cuya inscripción prescribe la ley, si no han sido inscritos, no se pueden oponer a terceros, a menos que éstos los hayan conocido; ejemplo de estos, es el hecho notorio, el cual es conocido por la sociedad en general; o en los casos en que de alguna forma diferente al Registro Público, se les ha dado a conocer al público en general o en algunos casos, se les ha dado a conocer de forma exclusiva, a la persona que contratará debiendo conocer alguna circunstancia en especial. La ignorancia de los hechos, cuya inscripción impone la ley, no puede ser alegada por terceros desde el momento en que se ha realizado la inscripción (art. 2193, C.Civ. Italiano), esto en razón que es la inscripción, por medio de la cual se declara al público, la existencia del hecho jurídico, sea este declarativo o constitutivo⁴⁰. Es decir que normalmente la inscripción en este sistema Italiano

³⁹ **KARSTEN SCHMIDT**, *Derecho Comercial*, traducción de la tercera edición alemana, Editorial Astrea, Buenos Aires, 1997, Pág. 287. En donde el efecto constitutivo se da en aquellos casos que por su importancia y frecuencia desvirtúa la regla general que es la publicidad, siendo la inscripción constitutiva de la existencia y validez de la ley escritos o necesario para su eficacia aún entre las partes; es decir de que de no encontrarse inscrito el mismo no posee validez jurídica alguna, siendo el caso común y más frecuente para explicar este principio, la constitución de las sociedades; ya que las mismas adquieren validez jurídica y existencia legal hasta el momento de su inscripción en el registro correspondiente. En esa misma línea se encausa **L. FERNÁNDEZ, R.**, *Op Cit.*, Tomo II, Pág. 16. En el sistema alemán, la calidad de comerciante se reconsiderara en dos grupos; el de los comerciantes que lo son por la forma jurídica y el de quienes lo son en virtud de la actividad comercial que desarrollan, creando así la diferencia entre comerciantes por su naturaleza, comerciantes por deber legal, comerciantes por opción, comerciante en razón de la forma jurídica, etc., según sea si la sola inscripción en el registro de comercio otorga la condición de comerciante. De igual manera se expresa **ÁVILA NAVARRO, P.**, *Op Cit.*, Tomo I, Pág. 58.

⁴⁰ **L. FERNÁNDEZ, R.**, *Op Cit.*, Tomo II, Pág. 16. Es aquí, donde la protección del tercero afectado que interviene en un determinado acto jurídico, tiene una cara contraria; y es que los actos que desvirtúen lo inscrito o la declaración de inexactitud o nulidad del contenido registral, deben perjudicar a terceros. Sin embargo, el requisito para que esto ocurra es que el

tiene efectos declarativos, salvo para el caso de la constitución de una sociedad de capitales, en que es constitutivo, ya que la existencia de la sociedad, se la otorga el Registro, al momento que la misma queda inscrita (art. 2331, C.Civ., aplicable a la S.R.L. —arg. art. 2475, C.Civ. Italiano), pero nunca tiene efectos sanatorios o confirmatorios, pues no subsanan los vicios que pudieran existir.

Según la Legislación Italiana, están obligados a inscribirse: 1) los empresarios comerciales, con excepción de los pequeños empresarios (arts. 2195 y 2202 Cod. Civ. Italiano); 2) las sociedades, con excepción de las sociedades simples (art. 2200 Cod. Civ. Italiano); 3) los entes públicos que tengan por objeto exclusivo o principal una actividad comercial; 4) los consorcios con actividad exterior (art. 2612 Cod. Civ. Italiano). Los demás empresarios, no solamente no deben, sino que no pueden inscribirse, pues en el sistema italiano no existe la inscripción facultativa.⁴¹

II) *Sistema angloamericano*. En los países donde rige el sistema legal del *common law*, no existen organizados registros de comercio generales; empero, en Inglaterra y Escocia existe el "*Companies Registration Office*", de naturaleza administrativa, donde se inscriben las sociedades o "*companies*" (arts. 12 y ss. *Companies Act 1948*), que adquieren personalidad jurídica con motivo de la

instrumentos sujetos a inscripción se encuentren inscritos en la correspondiente hoja registral y ser accesible a cualquier persona.

⁴¹ **GARRIGUES, J.**, *Op cit.* Pág. 150. Hay que mencionar, que en el año de 1942, cambia radicalmente el criterio para el establecimiento de la materia mercantil en el derecho Italiano, ya que pasa a ser absolutamente un criterio subjetivo, pero en un sentido distinto al tradicional; ya que el acto de comercio, ha dejado de tener significado como elemento de diferenciación del derecho mercantil y esa función ha pasado íntegramente a la organización de la empresa; tan es así, que el nuevo derechos mercantil italiano, tiene una base subjetiva en el sentido que las relaciones sometidas al derecho mercantil ya no se derivan de una determinada actividad, denominada anteriormente como acto de comercio, sino más bien se refiere a ciertas categorías de sujetos jurídicos, como son el empresario y sus empresas; de ahí que sea indispensable la inscripción en el registro de comercio por parte del comerciante y obligatoria para el ejercicio del comercio y de cualquier otra entidad que tenga por objeto una actividad comercial, ya que lo principal es el sujeto que ejercerá el comercio y no la divida al que le da vida al mismo, como es el acto de comercio. Postura similar toma **L. FERNÁNDEZ, R.**, *Op Cit.*, Tomo II, Pág. 16.

inscripción, ya que al igual que en los sistemas en que si existe un registro de comercio general, es la inscripción o asiento de la sociedad, la que le otorga la existencia jurídica y le da vida propia, ya que la misma funciona, como el asiento de una partida de nacimiento de una persona natural. En estos mismos sistemas, existen otros registros especiales, de los que conviene destacar el de las denominaciones de negocios (*business names*), en el cual se inscriben las *partnerships* —especie de sociedades colectivas— cuando la denominación no contiene el nombre de los socios; esta inscripción es necesario efectuarla en este registro especial, pues estas sociedades, por no ser "*companies*", no pueden registrarse en el anterior, y si bien tal inscripción no engendra derechos, su omisión puede dar lugar a multas, así como a sanciones legales, como es la falta de acción de los contratos celebrados por una sociedad no inscrita; consecuencia que se debe, a que si la misma no se encuentra inscrita, no posee una existencia jurídica plena; sin embargo, debe responder de sus actos frente a los terceros de buena fé, con los cuales contrató sin haber llenado los requisitos legales pertinentes para la realización de los actos jurídicos. En los E.U. existe un registro de "*corporations*" que lleva el secretario del condado (*county clerk*); el secretario de Estado concede el certificado de incorporación y con una copia que envía el *county clerk*, éste inscribe en su registro a la nueva sociedad.⁴²

III) *Sistema romanista*. Se ha considerado principalmente comprendidas en este sistema a España⁴³ e Italia, por tener registros de comercio cuyos asientos

⁴² L. FERNÁNDEZ, R., *Op Cit.*, Tomo II, Pág. 16..

⁴³ BROSETA PONT, M., *Op Cit.*, Pág. 143. Cabe recalcar que, todo el sistema de la publicidad a través del Registro mercantil, así como sus efectos, se apoya en varios principios normativos de naturaleza imperativa. Que son: El principio de publicidad material establece las consecuencias que frente a terceros produce la inscripción de un acto o contrato que es susceptible de inscripción, así como los efectos que surgen de la no inscripción de un acto o contrato sujeto a inscripción. Se habla de un efecto de publicidad material positiva, en cuya virtud se presume iuris tantum, que todo lo inscrito es conocido por todos y a todos afecta en su beneficio o perjuicio, aunque lo inscrito y su contenido no fuera efectivamente conocido por ellos según el artículo 26 del C. de c. y art. 2. ° del R. R. M. Español, los cuales no podrán alegar su

sólo producen efectos declarativos, es decir, que solamente publica la existencia de un acto que entro a la vida jurídica y contiene validez fuera del Registro y que su inscripción solamente sirve con el objeto de darlo a conocer al público, y que sea oponible contra terceros; se la considera, además, incluida a Bélgica por tener un registro de comercio que carece de facultades para verificar la exactitud de las declaraciones y solamente pueden rehusar las inscripciones cuando el documento o declaración no contenga todas las menciones prescritas por la ley vigente.⁴⁴

Se debe entender también incluida en este grupo a Francia, desde la sanción de la ley del 18 de marzo de 1919, a pesar de tener ella inspiración en el sistema alemán que regía en Alsacia y Lorena. Empero, es dable puntualizar aquí que esa ley ha sido profundamente modificada por varias reformas, especialmente por los decretos del 9 de agosto de 1953 y del 23 de marzo de 1967. El primero establece un control previo a la inscripción, a modo de un sistema intermedio entre el antiguo sistema francés y el sistema germánico, aun cuando la inscripción registral sólo crea una presunción de comercialidad que admite prueba en

ignorancia. Se habla, por el contrario, de un efecto de publicidad material negativo, en el sentido de que frente a terceros no producirán efecto (aunque sí ínter partes) los hechos, actos o contratos que, estando sujetos a inscripción, no estuvieran efectivamente inscritos, artículo 26 del C. de c. y 2. ° del R. R. M. Español. De todo ello se desprende que respecto del acto o contrato inscrito, la inscripción es normalmente declarativa, en el sentido de que jurídicamente no añade ni quita nada a lo inscrito, aparte de su publicidad. Todos los efectos que acabamos de reseñar surgen por el hecho de que el legislador se ve obligado a establecer la ficción de que lo inscrito es conocido por todos. Por ello, la inscripción no convalida los actos o contratos que son nulos con arreglo a la Ley, art. 3 del R. R. M. Español. No obstante, la inscripción en el Registro mercantil es constitutiva (porque sin ella lo no inscrito no produce sus efectos jurídicos propios) para la escritura de constitución de las sociedades anónimas y de responsabilidad limitada, así como para la constitución de las sociedades colectiva y comanditaria, pues sin ella carecerán de personalidad jurídica.

⁴⁴ *Ídem.*, Pág., 17. Es obvio, que para que un documento sea inscrito y poder oponerse contra terceros y además sea un acto jurídicamente válido, tiene que cumplir con los requisitos legales necesario para su validez. Inclusive nuestra propia legislación establece requisitos para cada acto jurídico, como ante quien se debe celebrar, que elementos debe poseer; es decir, requisitos extrínsecos e intrínsecos, que si no se cumplen, el acto jurídico puede llegar a ser nulo o inválido; por lo que es comprensible la exigencia que al respecto se realiza.

contrario⁴⁵; el segundo, en concordancia con la ley del 24 de julio de 1966, de sociedades comerciales, determina que la matriculación de la sociedad es el acto jurídico que le confiere goce de personalidad moral, y señala el punto de partida de la duración legal de la sociedad.

Habida cuenta de lo expresado, queda claro que no existe en la actualidad un sistema puro y diferenciado en forma tajante de los demás, sino que en la regulación legal de los registros actuales, si bien se mantiene la distinta naturaleza administrativa y judicial de algunos, en cuanto a sus efectos puede delinearse un cierto predominio en los registros tributarios del sistema germánico, de un mayor número de facultades para controlar la veracidad de los documentos y declaraciones presentadas a registración; así como, en ocasiones, de conceder a sus inscripciones efectos constitutivos y aun confirmatorios. Frente a ello aparecen los registros pertenecientes al sistema romano, cuyas inscripciones son, por lo general, declarativas, y las autoridades carecen de facultades para verificar la exactitud de las declaraciones y solamente pueden rechazar las inscripciones cuando el documento o la declaración no contenga los recaudos legales impuestos por las leyes vigentes. Sin perjuicio de ello, se percibe una tendencia en países

⁴⁵ Ello significa, que a diferencia de nuestra legislación en la cual es la Matrícula de Comercio la que prueba la calidad de comerciante y por tanto quien posee una matrícula de comercio vigente en el Registro es comerciante, sin admitirse prueba en contrario, como la falta del ejercicio del comercio; en Francia, tal registración solo sirve como indicio para creer que el sujeto ejerce el comercio, indicio que debe ser probado, a través del ejercicio real del comercio por parte del sujeto inscrito; puesto que de lo contrario, ésta será la prueba en contrario que establecerá que aunque se encuentre inscrito en el Registro, el sujeto no ejerce el comercio y por tanto no es comerciante. Ello indica, que a pesar de poseer registración de comerciantes, han tratado de mantener en el desarrollo de su legislación, una doctrina predominantemente objetiva, en donde el comerciante es aquel que se dedica al ejercicio del comercio y no precisamente quien se encuentra inscrito como tal en un Registro de Comercio. Lo que nos lleva también a la conclusión, que no es la matrícula del comerciante, la única prueba para establecer la calidad de comerciante del sujeto; si no mas bien, tanto el comerciante como cualquier otra persona puede invocar otros medios probatorios avalados por la ley para establecer que una persona determinada ejerce el comercio y por tanto ostenta la cualidad de comerciante y debe ser tratado entonces como tal.

tributarios, en general, del sistema romanista, de adoptar disposiciones de neto corte del sistema germánico; v.gr., Italia, Francia, etc.⁴⁶

1.1.3. Surgimiento y evolución de la matrícula de comercio en El Salvador.

En El Salvador, fue hasta el año de 1853⁴⁷, que por decreto de las Cámaras Legislativas del 31 de marzo y 1 de abril publicadas en la gaceta de El Salvador del 6 de mayo, fue facultado el Presidente de la República para que de ser posible dentro de los tres meses posteriores, se dictara el Código de Comercio, el de Enjuiciamiento y el Establecimiento y Organización de los Tribunales Consulares.

En cumplimiento a tales decretos, por acuerdo ejecutivo del 22 de julio de 1854, publicado en la gaceta del 28 del mismo mes y año, se creó la comisión que debía de redactar el proyecto del código aludido, la cual quedó integrada por los Licenciados José María Silva y Ángel Quiróz y por el general Joaquín E. Guzmán, habiendo cumplido con su encargo en 1855⁴⁸ por lo que se facultó

⁴⁶ **BROSETA PONT, M.**, *Op Cit.*, **Pág.**, 18.

⁴⁷ Fue hasta entonces, como consecuencia de la independencia de El Salvador que se produjeron repercusiones en nuestro comercio, ya que se logró tender un liberalismo mercantil y fue en ese entonces cuando en nuestro país comenzaron a preocuparse y a sentir la necesidad por operar leyes, las cuales regularían y protegerían todo lo referente al comercio en nuestro medio.

⁴⁸ **BENÍTEZ BENÍTEZ, S. y POSADA CRUZ, C.**, *Los Auxiliares de los Comerciantes, en la Realidad Mercantil Salvadoreña*, Tesis para optar al título de Licenciada en Ciencias Jurídicas, Universidad de El Salvador, 1993, Pág. 17, se hace referencia hasta esta fecha, puesto que la legislación existente, que regulaba el comercio en la República De El Salvador en Centroamérica, antes del Código de Comercio de 1855, eran leyes dispersas, las cuales se compilaron en una recopilación de leyes que abarcaron las leyes en vigencia desde la creación de la República, hasta el 12 de julio de 1854; dividiéndose entonces nuestra legislación, considerada desde la independencia hasta esta fecha, en tres épocas: la primera desde que se instaló la Asamblea Nacional Constituyente, hasta la instalación de la primera Asamblea del Estado. La segunda desde dicha fecha, hasta que desapareció la federación; y la tercera desde que desapareció la federación, hasta el 12 de julio de 1854; comprendiendo todas las leyes dictadas por la Asamblea Nacional Constituyente, como las dadas por la federación y por las Asambleas del Estado y las disposiciones legales dictadas por el mismo Estado. Dentro de estas, el comercio se encontraba regulado en el título III del libro octavo, bajo una ley que se denominaba "Derechos que se pagan en el comercio de los Estados entre sí, con manufacturas

extraordinariamente al poder ejecutivo para que les expidiera como ley del Estado el proyecto elaborado, lo cual se hizo con fecha 1 de diciembre de ese mismo año; habiéndose creado así nuestro Código de Comercio, el cual fue sustituido por uno nuevo decretado el 1 de mayo de 1882 publicado en el diario oficial del 7 del mismo mes y año habiéndose reeditado en 1893.

Con fecha 2 de mayo de 1900, se decretó la creación de la comisión de legislación, que en lo que al Código de Comercio se refiere, fue integrada por los doctores Manuel Delgado, Teodosio Carranza y Francisco Martínez Suárez, quienes con fecha 23 de marzo de 1903 presentaron a la Corte Suprema de Justicia un nuevo proyecto de Código de Comercio, el que con las observaciones de la Corte pasó a la Asamblea, la que previo los trámites correspondientes lo declaró ley de la República por decreto de 17 de marzo de 1904 el que fue publicado en el diario oficial del 4 de julio del mismo año y estuvo en vigencia hasta el último día del mes de marzo de 1971. Dicho cuerpo de leyes pese a que fue promulgado con todas las formalidades legislativas, sus instituciones no tuvieron aplicación práctica en forma completa⁴⁹.

Es en el año 1971 que entro en vigencia el actual código de comercio, el cual fue aprobado por Decreto Legislativo número 671, del 8 de mayo de 1970; y publicado en el Diario Oficial número 140, Tomo 229, del 23 de diciembre de 1970.

y efectos del país”, encontrándose en el título II del mismo libro octavo, lo que se refiere a las rentas internas administradas, dentro de la cual se regulaban los impuestos a pagar por el comercio del agua ardiente y del añil, siendo la regulación comercial solamente esta en esas fechas; sin que se aclarase en ninguna de ellas, cual seria el acto de comercio ni el comerciante, limitándose solamente a establecer las formas en que se ejercerían algunos actos de los comerciales y en esencia el impuesto a pagar por la realización de dichos actos.

⁴⁹ Este código de comercio tuvo por base al código mercantil español, siendo algunas instituciones que no se aplicaron en lo referente a la figura de los auxiliares de los comerciantes en razón de que la incipiente actividad comercial de nuestro país no necesito de toda la gama de instituciones comprendidas en dicho código ya que resultaban muy avanzadas para nuestro país.

En la legislación anterior a la que actualmente nos rige, eran dos las Leyes que regulaban lo referente a las Matrículas de Comercio; tales leyes eran la Ley de Registro y Matrícula de Comercio y la Ley de Papel Sellado y Timbres, ya que el Código de Comercio, al referirse a los Comerciantes, utilizaba un sistema objetivo del acto de comercio la cual a su vez era enumerativa de los actos de comercio, puesto que enunciaba de forma tácita, los actos que se debían considerar como de comercio y a su vez, eran comerciantes quienes hacían del comercio su profesión habitual y las sociedades mercantiles;⁵⁰ siendo la Dirección General de Contribuciones Directas la encargada de la aplicación de dichas normas jurídicas. Según los lineamientos de dichas leyes, el nombre completo de las matrículas era "Matrícula de Comercio y Timbre" y se encontraban obligados a obtenerla todos los propietarios y en general los administradores o encargados de un establecimiento comercial e industrial (Art., 2 de la Ley Mat. Com.)⁵¹

⁵⁰ **MORAN SALINAS, R.**, *Las Matriculas de Comercio en la Legislación Salvadoreña*, Tesis para optar al Título de Licenciado en Ciencias Jurídicas, 1975, Pág. 17 y 18. Expresamente, decía el Art. 4. del Cod de Com. De 1904, "Son comerciantes los que, teniendo capacidad legal para contratar, hacen del comercio su profesión habitual, y las sociedades mercantiles."; al igual que nuestro actual código de Comercio, le otorgaba la calidad de comerciantes a las sociedades mercantiles, por su propia naturaleza, y el Art. 11 del mismo cuerpo legal, expresaba la materia del registro de comercio y los documentos que debían inscribirse; dentro de la cual no se establecía la matricula de comercio, ni el registro de los comerciantes; por lo que era clara la orientación teórica del Código de Comercio, sin embargo, la exigencia de la matriculación, se encontraba en otra ley, como era la Ley de Registro y Matrícula de Comercio, lo que traía un ambiente subjetivo, ya que para ser comerciante se necesitaba encontrarse matriculado y por tanto, solamente los comerciantes podían ejercer los actos de comercio, ya que a los que no se encontrasen matriculados no se les permitía poseer la calidad de comerciantes y por tanto tampoco la de ejercer actos de comercio. Recopilación de Leyes de 1904.

⁵¹ Es de hacer notar, que a pesar que el Código de Comercio poseía una inspiración inclinada hacia el acto de comercio y no hacia el comerciante, y que por tanto su tendencia era hacia un sistema objetivo, el Art. 8 de la Ley de Registro y Matrícula de Comercio de esa época, además de obligar a que los comerciantes obtuviesen su matricula de comercio, establecía como sanción inclusive el cierre del establecimiento comercial, privando de esta forma del ejercicio del comercio, al comerciante que no hubiese obtenido su matricula de comercio. Tal tipo de regulación, se contraponía pues al sistema objetivo del acto de comercio y por sobre todo privaba del derecho al libre ejercicio del comercio a los comerciantes y es que a pesar que el Código de Comercio era Objetivo, el Derecho Mercantil de la época, se podría decir que era predominantemente subjetivo al analizar el sistema normativo en su conjunto.

“La obligación de obtener matrícula de comercio era general, con la diferencia que aquellos comercios en que poseyese un activo mayor a la cantidad de Un Mil Colones, debían pagar el impuesto correspondiente, según arancel; y los comercios en que se poseyese un activo inferior a la suma apuntada, obtendrían exención al pago del impuesto, previa solicitud al efecto planteada en la oficina respectiva, quedando totalmente exentos aquellos negocios con un activo inferior a Doscientos Colones, (Art., 2 Ley Mat. Com.)”⁵²

De igual forma, se establecía un plazo, para que el comerciante, obtuviese su matrícula, inscribiendo el establecimiento en el respectivo Registro; siendo el plazo legalmente establecido, el de sesenta días, contados a partir del día siguiente en que se instaló el establecimiento comercial, siendo el mismo plazo, para matricular las sucursales de la empresa; plazo que debían cumplir tanto los que se encontraban dentro del hecho generador de la cancelación de los derechos de registro, como aquellos a los cuales la ley exoneraba de tal cargo; puesto que de no hacerse de esta forma, se procedería a imponer una multa al infractor y a inscribir de oficio la matrícula, sin perjuicio de lo establecido en el Art. 3 de dicho cuerpo legal, pudiéndose cerrar el establecimiento mientras se realizaban los tramites de inscripción e imposición de multas (Art. 8º de la Ley de Registro y Matricula de Comercio)⁵³

De igual forma, era el mismo Art. 8 de la Ley de Registro y Matricula de Comercio, el que establecía la obligatoriedad de que aquellos comerciantes que hubieren obtenido su matrícula de comercio, debiesen renovarla cada año, debiendo hacerse la solicitud de renovación de la matrícula dentro de los dos primeros meses de cada año, estableciéndose sanciones para aquellos

⁵² **MORAN SALINAS, R.**, *Op Cit.*, Pág. 17 y 18.

⁵³ Ley de Registro y Matricula de Comercio, 1973 (Derogada).

comerciantes que solicitaren su renovación fuera del plazo establecido⁵⁴; lo cual deja en evidencia, lo expresado por el Doctor Roberto Lara Velado, y es que esas matrículas de comercio, no eran realmente un documento mercantil, sino solamente un impuesto al comercio, que ni producían beneficio al Estado, por lo exiguo de los ingresos que percibía en ese concepto ni beneficiaban al comerciante pues no establecía su condición de tal con la matrícula, ni podía probar con ella su calidad de propietario de la Empresa.⁵⁵

El Artículo 10 de la Ley del Registro y Matricula de Comercio, dejaba más claramente evidenciado el rasgo de una tendencia subjetiva del acto de comercio, y sobre todo, un sabor gremial en el ejercicio del comercio, ya que de forma expresa recalca, que solamente los sujetos que hayan cumplido con la obligación de matricular sus establecimientos comerciales, podrían explotar un comercio o una industria, no así los que no estuviesen inscritos.

La nueva orientación del Código de Comercio y de la Ley de Registro de Comercio, decretados el día 8 de mayo de 1970 y el día 13 de febrero de 1973 respectivamente, parte de la base de distinguir entre lo que es una empresa y su

⁵⁴ **MORAN SALINAS, R.**, *Op Cit.*, Pág. 18. Todo ello deja en clara evidencia, que a pesar que el Código de Comercio tuviese una tendencia teórica objetiva del acto de comercio, y en esencia enumerativa; al realizar un análisis integrado de las normas jurídicas, se observa que para poder ejercer el comercio, a través de un establecimiento o industria, era indispensable que se encontrara inscrito el establecimiento comercial, en el Registro de Comercio y además existían una serie de sanciones, siendo la más severa el cierre del establecimiento comercial, para obligar a los comerciantes a que inscribiesen sus establecimientos comerciales y obtuviesen en la matrícula de comercio el medio que les permitiese la realización de los actos de comercio a través de sus establecimientos, puesto que de no ser así les estaría vedado el derecho a ejercer el comercio, siendo entonces el comerciante que hubiese inscrito su establecimiento o industria, el único que podía ejercer el comercio de forma habitual y como sistema de vida, por lo que no es en verdad un sistema objetivo puro, no siendo en verdad lo dominante el ejercicio de tales actos de comercio, si no mas bien, la registración, por medio de la cual se le permitiría ejercer el comercio.

⁵⁵ **Ibid.**, Pág. 18. Es este sentido, lo loable de esta legislación, es precisamente que no era la registración la que otorgaba la calidad de comerciante, si no el mismo ejercicio del comercio, sin embargo, para poder ejercer tal actividad era necesaria la registración del establecimiento, encontrándose acertado, que el ejercicio del comercio, no debe poseer un impuesto, puesto que ninguna profesión, arte u oficio la posee, por lo que el ejercicio del comercio, no debiera ser la excepción.

titular, superando así el error de la legislación anterior que prácticamente confundió los conceptos de sociedad y empresa.

En esta legislación, se le otorga a la matricula de comercio, un valor probatorio, para probar la calidad de comerciante⁵⁶ que tiene una persona, y la titularidad que tiene dicha persona sobre la empresa mercantil, (Art. 118 C.Com.) además de ello, la misma prescribía varios tipos de matrículas de comercios; las cuales son las matrículas personales y las de empresa o establecimiento; es decir, que existía una matricula personal para comerciante individual, una para comerciante social y además una para empresa y otra para establecimiento comercial.

Se reformula el arancel de Registro de Comercio, puesto que el anterior arancel de Registro, no era equitativo en el monto de derechos de registro a cancelar, puesto que cancelaba el mismo impuesto un comerciante con un activo de cinco mil colones, con el que tenía cien mil colones, o con el que tenía quinientos mil, etc., por lo que se imponía una carga igual a un comerciante con menor capacidad que otros; mientras que en la Ley de Registro de Comercio decretada, se estableció un arancel de Registro, tendiente a valorar la capacidad económica de cada sujeto. Sin embargo, hay que reparar que en dicho arancel, no se hace referencia alguna al arancel que deben cancelar los comerciantes que posean un activo inferior a 100,000 colones.⁵⁷ Respecto a este punto, es de hacer

⁵⁶ De conformidad al Art. 118 del Código de Comercio, la matricula de comercio es el único documento capaz de establecer la calidad de comerciante, es decir, que el documento no solo prueba la calidad de comerciantes, si no que es el único con el cual se puede establecer tal calidad; característica que es propia de un sistema jurídico predominantemente subjetivo, en el cual la registración es necesaria para ejercer el comercio.

⁵⁷ **MORAN SALINAS, R.**, *Op Cit.*, Pág., 18., Concerniente a esta falta de referencia a los comerciantes cuyo activo no excedía a los cien mil colones, se debía a que estos de conformidad a lo que establecía el Art. 15 del Código de Comercio, no cancelaban ningún tipo de arancel de Registro, ya que no se encontraban en la obligación de obtener matricula de comercio, por su calidad de comerciantes o industriales en pequeño, debiendo solamente comprobar con sus balances, que no poseían un activo que provocara el hecho generador del impuesto; por lo que no resultaba extraño el hecho que no se plasmara un arancel de registro

notar que antes de la reforma del 26 de enero del año 2000, dada por decreto legislativo N° 826 y publicada en el diario oficial N° 40 tomo 346 del 25 de febrero del año 2000, los comerciantes en pequeño y los industriales en pequeño, no estaban sujetos a los requisitos establecidos en el artículo 411 del Código de Comercio; por tanto no estaban en la obligación de matricular su empresa mercantil ni de obtener su matrícula del comerciante; sin embargo, es a través del decreto legislativo antes mencionado, que se les impone a los comerciantes e industriales en pequeño cumplir con las obligaciones contenidas en el romano primero y en el cuarto del artículo 411 del Código de Comercio. Es necesario mencionar también que es a través del mismo decreto legislativo N° 826, que se reforma el artículo 411 del Código de Comercio; puesto que antes establecía que eran deberes de los comerciantes, en lo que respecta a la matrícula de comercio, primero obtener su matrícula personal y segundo matricular a sus empresas mercantiles; entre otras obligaciones, que no se referían a la matrícula de comercio; quedando después de la reforma como obligaciones del comerciante individual y social, en lo que se refiere a la matrícula de comercio, únicamente la de matricular su empresa mercantil y sus respectivos establecimientos; agregando una sanción, consistente en el cierre de establecimientos comerciales, por realizar actos de comercio sin haber obtenido su matrícula de comercio.

Otra reforma importante, es la que se refiere al arancel del registro de matrícula de comercio, dada a través de decreto ley lectivo N° 439, de fecha 21 de enero de 1993; publicado en el diario oficial N° 31, tomo 318, del 15 de febrero de 1993; a través del cual al reformarse el arancel de registro de matrícula de comercio, se anula el arancel a cancelar por la matrícula personal del comerciante, sin embargo como consecuencia de ello se incrementaron los costos de derechos

para los comerciantes que tuviesen un activo inferior a cien mil colones; puesto que aún no existía la reforma que estableció en el Art. 15 del Código de Comercio, la obligatoriedad de solicitar la matrícula de comercio, por parte de todos los comerciantes, sin distinción alguna.

de registro a cancelar, para la solicitud de las matrículas de comercio de empresa y establecimiento comercial.

Otro cambio importante en nuestra legislación, y al cual se le ha dado muy poca importancia, es el surgimiento de la Ley de Inversiones⁵⁸, la cual vino a derogar la Ley de Fomento y Garantía de la Inversión Extranjera y la Ley Reguladora del Ejercicio del Comercio e Industria y sus posteriores reformas; siendo que esta última ley, regulaba a los comerciantes e industriales en pequeño, especificando quiénes eran, los derechos que tenían y las características distintivas de los mismos; por lo que en la actualidad no existe una ley en especial que regule a los comerciantes e industriales en pequeño, ni un criterio que a ciencia cierta determine quiénes son los comerciantes en pequeño y cuáles son sus características y cualidades diferenciadoras⁵⁹.

Se ha establecido, que el objeto de la Ley de Inversiones, es fomentar las inversiones en general y las inversiones extranjeras en particular, para contribuir al

⁵⁸ La Ley de Inversiones, fue dada por Decreto Legislativo N° 732, de fecha 14 de octubre de 1999, publicada en el Diario Oficial N° 210, Tomo N° 345, del 11 de noviembre de 1999, la cual según el Art. 1 de la misma, tiene por objeto fomentar las inversiones en general y las inversiones extranjeras en particular, para contribuir al desarrollo económico y social del país, incrementando la productividad, la generación de empleo, la exportación de bienes y servicios y la diversificación de la producción. Sin embargo, no se puede obviar el hecho que esta ley viene a derogar hechos que la misma no regula, y que sí regulaban las leyes que deroga, es así, que las leyes derogadas por la misma son dos la Ley de Fomento y Garantía de la Inversión Extranjera y sus posteriores reformas y la Ley Reguladora del Ejercicio del Comercio e Industria, así como sus posteriores reformas.

⁵⁹ Tales cualidades estipuladas en la ley, tampoco eran las más felices, puesto que en realidad esta ley, se dedicaba más que todo a regular como el extranjero iba a ejercer el comercio en el país, más que tratar como el comerciante en pequeño ejercería el comercio; tan es así, que el mismo Art. 1 de dicha ley expresaba que la finalidad de la misma era determinar las condiciones en que los extranjeros puedan dedicarse al comercio o a la industria, así como establecer condiciones que promuevan el comercio y la industria en pequeño. Desde entonces se denota el principal interés por el extranjero más que en el comercio e industria en pequeño; sin embargo amenos en algo ayudaba; y en ese sentido expresaba el Art. 18 de dicho cuerpo legal que: Las empresas dedicadas al comercio o a la industria con capital inferior al señalado en el Art. 3, podrá permanecer abiertas durante todo el día y sin horario determinado; pero los trabajadores que no sean familiares que dependan económicamente de los propietarios, prestarán sus servicios con arreglo a las leyes laborales. De ello se desprende una idea por lo menos clara de quien era el comerciante en pequeño, el comerciante cuyo activo era inferir a los cien mil colones.

desarrollo económico y social del país, incrementando la productividad, la generación de empleo, la exportación de bienes y servicios y la diversificación de la producción.

Asimismo, esta Ley busca la creación de un marco legal apropiado que contenga reglas claras y precisas, de acuerdo a las mejores prácticas en esta materia, que le permita competir internacionalmente en el esfuerzo de atraer inversiones nuevas, para lo cual es conveniente la creación de una oficina gubernamental que se encargue de promover las inversiones y facilitar a los inversionistas el cumplimiento de los requisitos y procedimientos requeridos en las leyes.⁶⁰

La Ley de Inversiones también crea la Oficina Nacional de Inversiones (ONI), como una dependencia del Ministerio de Economía, la cual se encargará de facilitar, centralizar y coordinar los procedimientos gubernamentales que de conformidad a la ley, deben seguir los inversionistas nacionales y extranjeros para la ejecución de sus diversas obligaciones económicas, mercantiles, fiscales,

⁶⁰ Algunas de las ventajas que ofrece la Ley de Inversiones son: a) La facilidad en trámites, mediante procedimientos breves y sencillos para establecer y desarrollar sus inversiones de conformidad a la ley, y en el caso de las inversiones extranjeras, para poder repatriarlas. b) Igualdad para todos los Inversionistas, en el sentido que los inversionistas extranjeros y las sociedades mercantiles en las que estos participen, tendrán los mismos derechos y obligaciones que los inversionistas y sociedades nacionales. c) Libertad para Realizar Inversiones, cualquier persona natural o jurídica, nacional o extranjera, podrá efectuar inversiones de cualquier tipo en El Salvador, salvo las que se encuentren limitadas por la ley. d) La Transferencia de Fondos al Exterior, se garantiza a los inversionistas extranjeros, las transferencias al exterior de los fondos relacionados con su inversión, la cual se hará sin demora y su previa convertibilidad en moneda extranjera por medio del mercado bancario. e) Residencia a Inversionistas, los inversionistas extranjeros con una inversión superior a los cuatro mil salarios mínimos mensuales vigentes a la fecha de la misma, tendrán derecho a que se les otorgue la Residencia de Inversionista para permanecer y trabajar en el país. Esta residencia podrá ser temporal o definitiva y se extiende al grupo familiar del inversionista extranjero. f) Acceso a Financiamiento Local, el inversionista extranjero podrá tener acceso al financiamiento interno disponible en las instituciones financieras, de conformidad a los términos fijados por éstas. g) Protección y seguridad a la Propiedad, La Constitución salvadoreña reconoce y garantiza al inversionista nacional y extranjero la protección de su propiedad y el derecho a la libre disposición de sus bienes.

migratorias y de cualquier otra índole; así como también para generar estadísticas sobre dichas inversiones. Esta oficina y sus registros son públicos⁶¹.

1.1.4. La Matricula de Comercio, en la Legislación actual.

Actualmente en nuestra legislación mercantil, las leyes que regulan los aspectos sobre la matrícula de comercio, son el Código de Comercio, la Ley del Registro de Comercio, el Reglamento de la Ley del Registro de Comercio y de forma auxiliar la Ley General de Registros.

Iniciando en lo que se refiere al Código de Comercio, por establecer cuáles son las obligaciones de los comerciantes, tanto de los comerciantes individuales⁶² como la de los sociales⁶³; y es así que el artículo 411 del Código de Comercio establece en su romano primero que son obligaciones del comerciante individual y social, matricular su empresa mercantil y sus respectivos establecimientos; obligación que de conformidad al artículo 15 del código de comercio, abarca tanto a los comerciantes cuyo activo no excede de 100.000 colones, así como aquellos comerciantes cuyo activo si excede de los 100.000 colones; es decir, que dicha obligación profesional abarca a todos los comerciantes en general⁶⁴. Aclara nuestra

⁶¹ Cámara Americana de Comercio de El Salvador, *Legislación, Ley de Inversiones*.

⁶² Que de conformidad con el Código de Comercio actual, son comerciantes individuales, las personas naturales, titulares de una empresa mercantil.

⁶³ Que según el Código de Comercio, son las sociedades, siendo las sociedades aquel ente jurídico resultante de un contrato solemne, celebrado entre dos o mas persona, 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.

⁶⁴ Cabe hacer notar en este acto, que en realidad el llamado para los comerciantes cuyo activo no excede de los cien mil colones, es solamente para el comerciante individual, puesto que ya el Artículos 103 y 192 del Código de Comercio, ha establecido que las sociedades para poder constituirse en legal forma, deben poseer un capital mínimo de cien mil colones; por lo que si se toma como parámetro (por costumbre claro esta), que el comerciante en pequeño lo son quienes cuyo activo no excede los cien mil colones, se caería en la cuenta, que no puede existir un comerciante social en pequeño; si no que tal cualidad sería exclusiva del comerciante individual.

ley, en el artículo 412 del mismo cuerpo legal, que la matrícula de comercio a la que se refiere el Código de Comercio, son la de empresa y la de establecimientos mercantiles; siendo dicha matrícula el único documento capaz de probar la calidad de comerciante y la propiedad de la empresa mercantil y sus establecimientos; siendo obligatoria su obtención, puesto que ninguna empresa mercantil ni sus establecimientos puede funcionar sin haber obtenido la respectiva matrícula de comercio, la cual además debe renovarse anualmente siendo que la falta de renovación de la misma se sanciona con la cancelación oficiosa de la matrícula de comercio y la imposición de multas. Es aquí donde entra en función la Ley del Registro de Comercio, la cual establece el arancel que debe cancelar el comerciante para solicitar su matrícula de comercio y para renovar la misma, regulada en el Artículo 63 de la misma ley, y es en el Artículo 64 en el que se plasma el trámite de renovación de la matrícula de comercio, el período de pago y las multas que se le impone al comerciante que no renueva la matrícula de comercio en el término establecido por la ley; operando de la misma forma el artículo 86 del mismo cuerpo legal, para el comerciante que solicitará la Matrícula por primera vez. Siendo en el artículo 65 de la aludida ley, donde se encuentra el trámite de la sanción consistente en la cancelación de la matrícula de comercio, y las multas que se impone a través de una presunción legal consistente en que el comerciante que no ha renovado su matrícula de comercio y se le ha cancelado la misma, al momento que éste solicite su rehabilitación se presumirá que en el tiempo que no ha renovado la matrícula, ha ejercido el comercio y por tanto debe de cancelar los respectivos derechos de matrícula de comercio y las respectivas multas a que se refiere el artículo 64 de la misma ley.

Es hasta el artículo 86 de la Ley de Registro de Comercio, en el que se regula la obligatoriedad de que el titular de una empresa o establecimiento comercial o industrial debe solicitar su matrícula de comercio dentro de los 60 días

siguientes a la fecha de su instalación; y siendo igual obligación y el mismo término para cumplirla, cuando instalen sucursales u otros establecimientos, estableciéndose una sanción pecuniaria al comerciante que no cumpla con tales obligaciones.

En lo que respecta al reglamento de la Ley del Registro de Comercio, este establece cuáles son los requisitos que debe llenar la solicitud de la matrícula de empresa o de establecimiento comercial, y los documentos que deben acompañarla, lo cual se encuentra establecido en el artículo 10 de dicho cuerpo legal.⁶⁵

Como es de esperarse, el Registro tiene la posibilidad de denegar matrículas de comercio, y como ya se vio, también de cancelarlas; siendo así que es entonces que se puede aplicar la Ley de la Dirección General de Registros; ya que es la que regula los recursos procesales que admite toda resolución del Registrador de Comercio, que conceda, deniegue, suspenda o cancele una matrícula de comercio; en el cual se establece que se puede interponer el recurso de apelación para ante la Dirección General de Registros; para que sea éste quien conozca de la resolución que se refiere a la matrícula de comercio, dictaminada por el Registrador de Comercio.

⁶⁵ La forma en la cual el Registro de Comercio desea que se le presenten los documentos para solicitud y para renovación de la Matrícula de Comercio, tanto para la persona natural como para la persona Jurídica, se puede ver claramente en los anexos del presente trabajo, a los que habrá que remitirse, de forma especial a los formularios que para tal efecto se agregan y se titulan su utilidad; los cuales han sido obtenidos de parte de dicha institución.

CAPITULO II.

2.1. DETERMINACIÓN DE LA ORIENTACIÓN TEÓRICA DEL CÓDIGO DE COMERCIO Y SU APLICACIÓN EN LA MATRICULA DE COMERCIO.

2.1.1. Fundamento teórico del Código de Comercio.

El fundamento teórico, constituye el principio y cimiento teórico⁶⁶ en que estriba y sobre el que se fundamenta la normativa que regula el derecho mercantil, el cual generalmente se encuentra constituido por medio de un Código de Comercio. Por tanto pues, no es otra cosa más que la teoría sobre la cual se le dio nacimiento y fundamento a la legislación mercantil, pudiendo ser tal fundamento teórico, ya sea la teoría objetiva o la teoría subjetiva, que son básicamente las teorías bajo las cuales históricamente se ha desarrollado el derecho comercial. Cabe aclarar que en la actualidad se han mezclado algunas cualidades y características de ambas teorías, creando lo que la doctrina se le ha denominado, teoría mixta.

Sin embargo, es menester tener siempre en cuenta, que para poder interpretar⁶⁷, aplicar y sobre todo analizar una normativa jurídica, es necesario

⁶⁶ Diccionario Enciclopédico **QUILLET**. Se dice que la teoría, es una síntesis de conocimientos, organizada de acuerdo con un principio que hace posible la explicación de determinados hechos, siendo pues el objeto de las teorías que se plantean en el acto de comercio y el comerciante, explicar la naturaleza del acto de comercio y la del comerciante y sobre todo, la primacía del uno o del otro, para darle la calidad de acto de comercio a un determinado acto o de comerciante a un determinado sujeto.

⁶⁷ **RÍBO DURÁN, L.** Diccionario Multimedia de Derecho, Bosch Casa Editorial, Barcelona, 1995; versión 1.0. Y es que cuando la norma jurídica es interpretada por el propio legislador (por ejemplo, mediante otra ley interpretativa), se habla de interpretación auténtica. Si la labor interpretativa ha sido realizada por un tribunal, se habla de interpretación judicial. Y se denomina interpretación doctrinal a la realizada por los autores o tratadistas en sus obras y publicaciones. En casi todos estos casos, se trata de interpretación declarativa o tendente a explicar el contenido de la norma. Cuando la interpretación reduce el significado de las palabras de la ley, se habla de interpretación restrictiva; y, por el contrario, cuando la operación es a la inversa, se dice que hay interpretación extensiva. En todo caso, la interpretación de la norma

tener claro, la teoría o más bien la tendencia doctrinaria, sobre la cual se basa tal regulación; puesto que de lo contrario, es evidente que el interprete se encontraría interpretando o aplicando de forma errónea la legislación, lo cual resulta sumamente delicado tanto para el estudioso del derecho, como para el aplicador de la norma jurídica.⁶⁸ Una situación aún peor sería que el legislador al aplicar una teoría mixta, lo haga de forma confusa, o peor aún, de forma errónea, ya que de ser así, no solamente nos encontraríamos en una amplia posibilidad de una errónea interpretación y aplicación de las normas, si no más bien en un grave error legislativo⁶⁹, que crearía una incertidumbre jurídica. De allí, la importancia de determinar en cada legislación que se pretende estudiar, a cual teoría responde su normativa. De más esta decir que para poder determinar tal teoría es pertinente conocerlas, para poder realizar un juicio de valor acertado, y es por ello, que a continuación se pasará a desarrollar los elementos esenciales de cada una de ellas, dividiendo los elementos esenciales del derecho mercantil, como son el acto

jurídica es un proceso cuyas etapas vienen marcadas por los siguientes criterios: atenerse al sentido propio de las palabras; interpretar la norma en relación con el contexto en que aquélla está integrada; la relación de la misma con los antecedentes históricos y legislativos; interpretar las normas en relación con la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas; y, por último, valorar el espíritu y la finalidad de la norma, con el objeto de evitar una interpretación meramente literal.

⁶⁸ **GASTÓN ABELLÁN, M.**, Interpretación y Argumentación Jurídica, Escuela de Capacitación Judicial, Unidad Técnica Ejecutiva, 2004, Pág. 53. El término interpretar se puede aplicar con distintos matices, aún objetos diferentes y así que se puede interpretar un comportamiento humano, un acontecimiento histórico o social, etc., pero cuando se habla interpretación jurídica o de interpretación del derecho o de interpretación de la ley o de interpretación de las normas, El objeto de la interpretación son textos o documentos jurídicos; por lo que la misma constituye una interpretación de enunciados la cual consiste en atribuirle sentido o significado al mismo; en términos concretos consiste en la atribución de sentido o significado a los enunciados jurídicos; sin embargo tal sentido significado de debe ser el correcto.

⁶⁹ **CASTRO VALLE, J.**, Entrevista realizada el día veintiséis de diciembre del año dos mil cinco, Registrador de Matrículas de Comercio, del Registro de Comercio, del Centro Nacional de Registros. Los errores legislativos tal y como se verá más adelante, también constituyen una errónea aplicación de las normas; y tal como lo ha expresado algunos aplicador de las mismas, en algunas ocasiones la mala aplicación de la ley se debe a la mala redacción y creación de las mismas.

de comercio, la cosa típicamente mercantil y el comerciante, que es el sujeto principal del derecho mercantil.

2.1.1.1. El Acto de Comercio.

La teoría de los actos de comercio pertenece a la teoría de la delimitación del derecho comercial⁷⁰, ya que es a través de lo que se ha denominado acto de comercio, que se ha pretendido delimitar el campo del derecho mercantil.⁷¹

La misma naturaleza del derecho mercantil como derecho especial, exige una demarcación frente al derecho civil, puesto que en algún momento de la historia estos se confundieron; y es que la diferencia entre un acto de comercio y un acto meramente civil, se encuentra verdaderamente en un límite y es precisamente por ello, que se torna totalmente indispensable establecer una nota verdaderamente diferenciadora, que permita distinguir un acto mercantil, de un acto meramente civil. Para establecer tal demarcación, el legislador toma como base lo

⁷⁰ **DE SOLA CAÑIZARES, F.** *Tratado de Derecho Comercial Comparado*, Tomo I, Pág., 108. La palabra "Comercio," posee muchos significados, sin embargo, desde el Derecho Romano se empleo para designar las relaciones jurídicas relativamente a los bienes, estableciéndose en ese momento una distinción entre cosas "*in comercio*" y "*extra commercium*"; la cual la primera se refería a aquellas cosas que pertenecían al comercio, siendo por consiguiente las segundas aquellas que no pertenecían al mismo y consecuentemente pertenecientes al acto civil, diferenciación, que ha persistido hasta nuestros tiempos..

⁷¹ **OSORIO, M. Y OTROS.** *Enciclopedia Jurídica OMEBA*, tomo I, Pág., 360. Hay que tomar en cuenta, que el comercio es una actividad esencial y exclusivamente humana, que consiste en la intermediación en la producción y en el cambio de bienes y de servicios con destino al mercado general. Tal actividad de intermediación, adquiere especial relevancia para el derecho, cuando se ejercita a través de la organización empresarial. Asimismo se pronuncia **CERVANTES AHUMADA, R.**, *Curso de Derecho Mercantil*, Pág., 453. Es por motivo del acto de comercio, que se crearon tribunales especializados, para que conociesen de dicha materia y por los cuales se consideró que era indispensable, crear una normativa especial que lo regulase y es que desde la edad media, ya se tenía el criterio que aún cuando no fuesen comerciantes quienes realicen el acto, el mismo se debe someter a una jurisdicción especial, por ser un acto de comercio y debe poseer una especial regulación jurídica.

que los códigos llaman “acto de comercio”, los cuales atraen hacia sí las normas mercantiles en la zona fronteriza con el derecho civil⁷².

Actualmente, se ha establecido por la mayor parte de la doctrina, que el derecho mercantil es el derecho propio de los actos de comercio⁷³; y esto no quiere significar que el acto de comercio absorba por completo al derecho mercantil, sino que significa sencillamente que el acotamiento del derecho mercantil se realiza por medio de los actos de comercio, porque son ellos los que reclaman un tratamiento distinto al de los actos sometidos al derecho civil.

El concepto del acto de comercio, ha adquirido en la actualidad singular importancia, en atención a que el derecho mercantil no se finca en la noción de comerciante, sino que por el contrario, en la arquitectura moderna del derecho, la noción de acto de comercio ha venido a constituir uno de los aspectos fundamentales de la nueva doctrina⁷⁴. En otras palabras, es alrededor de la idea de acto de comercio, principalmente sobre la que se mueve o desenvuelve la problemática contemporánea del derecho comercial. Se dice que el acto mercantil es el que, en términos generales, sujeta a una ordenación determinada a quienes intervienen en su realización, no obstante que existen casos en los cuales el acto mercantil, solamente proceda para una de las partes y tenga el carácter de civil

⁷² Y es que como ya se ha visto en la historia, el surgimiento del derecho mercantil, no se ha dividido del derecho civil, aún más, en algunas legislaciones hasta se regulaba en el mismo cuerpo legal; por lo que resultó necesario determinar cuales eran los actos mercantiles y cuales los civiles, siendo la mejor demarcación, el acto de comercio.

⁷³ **GARRIGUES, J.**, *Curso de Derecho Mercantil*, tomo I, Pág., 134. Se ha afirmado esto, porque actualmente, se ha llegado a la conclusión que tanto en el sistema subjetivo como en el objetivo, es el acto de comercio, el que ejerce la función delimitadora de la jurisdicción mercantil, sea que se conciba como los actos que realizan los comerciantes o sea que se tomen como los actos que legalmente se definen como tales, independientemente del sujeto que los realiza y es por ello, que se le ha dado tal nota esencial al denominado acto de comercio.

⁷⁴ Con la nueva doctrina, es evidente que se quiere referir a las doctrinas objetivas, dentro de las cuales se encuentra la que se ha considerado la más moderna dentro de éstas y que es la teoría del acto de comercio en masa y por empresa; sin embargo, como se verá y como se ha visto durante la evolución histórica, no es cierto que haya surgido primero la teoría subjetiva y luego la objetiva, como para decir que la última es más reciente que la primera, si no más bien estas surgieron conviviendo entre sí, tal y como en la actualidad conviven.

para el otro sujeto de la relación⁷⁵. Federico Ramírez Baños, propone el siguiente concepto de acto de comercio: “Acto de comercio, es el acto jurídico que produce efectos en el ámbito comercial y se rige por los ordenamientos mercantiles vigentes”.⁷⁶

La preposición que el derecho mercantil es el que rige los actos de comercio, es ahora indiscutible y ha sido también verdadera, aún en la época en que el derecho mercantil se configuraba como un derecho de clase o profesional.⁷⁷

Recordemos que, en sus primeros tiempos, el derecho mercantil fue concebido subjetivamente, como el derecho de los comerciantes; que a partir del Código de Comercio de Napoleón se pretendió estructurarlo objetivamente, como el derecho de los actos de comercio, y que, desde las últimas décadas del siglo pasado, un sector importante de la doctrina mercantilista ha pretendido centrarlo en la empresa⁷⁸. Debe aclararse que el derecho mercantil es no sólo el derecho de una columna: es el derecho del comercio, y en la materia comercial se

⁷⁵ Y es que precisamente de esta forma es que lo ha entendido nuestra legislación, al establecer en el Art. 4 del Código de Comercio, al establecer pues que los actos que sean mercantiles para una de las partes, lo serán para todas las personas que intervengan en ellos.

⁷⁶ **ARELLANO GARCÍA, C.**, *Practica Forense Mercantil*, Pág., 7. El problema que respecta a que el acto que se realiza, es comercial para una parte y civil para la otra, actualmente se ha dejado atrás, puesto que se le ha encontrado una solución acertada, y es que el acto que es mercantil para una de las partes, lo es para todas las que intervienen en el mismo; lo que hace que no exista duda alguna sobre la naturaleza del acto y la jurisdicción a la cual pertenece. Anteriormente, se había determinado por alguna parte de la doctrina, que el acto dependería de ser civil o mercantil, según el sujeto que se encontrase demandando. Recordemos, que actualmente, se considera un acto mercantil, no solamente por los sujetos que intervienen, si no por la naturaleza misma e intrínseca del acto realizado, es así, que puede ser un acto mercantil, aún cuando ninguno de los sujetos que intervienen sean comerciantes.

⁷⁷ **GARRIGUES, J.**, dado que nunca se ha podido definir al derecho mercantil como el derecho propio de los comerciantes, porque jamás se han sometido al derecho mercantil todos los actos de la vida jurídica de los comerciantes. Sin embargo, en todos los sistemas jurídico-mercantiles, el objeto de regulación, ha sido en esencia siempre, el acto de comercio, sin importar la concepción que del mismo se tenga.

⁷⁸ Si se analiza detenidamente cada una de estas tendencias, se caería siempre en la conclusión que ninguna de ellas en puridad verdaderamente logra satisfacer el verdadero sentido intrínseco del Derecho Mercantil; y se caería en cuenta que es necesario mezclar las cualidades valiosas y atinadas de cada una de estas tendencia, para poder aproximarse a un concepto más veraz y apegado a la verdad axiológica que representa el concepto del Derecho Mercantil.

comprenden, a la manera tradicional, los sujetos, esto es, los comerciantes o empresarios, las cosas comerciales y la actividad mercantil, dentro de la cual se comprende la mayoría de los actos de comercio; pero que no los absorbe a todos, ya que los actos formalmente mercantiles, como la suscripción de una letra de cambio por un no comerciante, tendrán categoría comercial aunque materialmente no sean constitutivos de actividad mercantil.⁷⁹

2.1.1.1.1. Diferentes teorías sobre el acto de comercio.

En la fijación del concepto del acto de comercio, podemos apreciar dos criterios aparentemente dispares: el subjetivo⁸⁰ y el objetivo⁸¹. El subjetivo define el acto de comercio en consideración al sujeto que lo realiza: el comerciante; mientras que el objetivo, llega a esa definición en consideración a ciertos actos calificados de mercantiles por sí, con absoluta independencia del sujeto que los efectúa.⁸²

Los criterios de distinción de los actos de comercio, devienen de un desarrollo histórico del derecho mercantil, que tal como se ha planteado en la doctrina, haría suponer que en el orden del tiempo, fue el criterio subjetivo el que surgió primero, siguiéndole el punto de vista objetivo; es decir que el derecho mercantil ha comenzado siendo el derecho de una clase de personas y ha terminado siendo el derecho propio de una clase de actos. Sin embargo, tal

⁷⁹ **CERVANTES AHUMADA, R.** *Op. Cit.*, Pág. 453

⁸⁰ **OSORIO, M. Y OTROS.** *Enciclopedia Jurídica OMEBA*. En donde se vislumbra una reacción al criterio objetivo del acto de comercio, es en el código de comercio alemán del año 1897, que aplica un sistema subjetivo; a saber, no parte del concepto, que del acto de comercio objetivo como a los fines de delimitar el derecho comercial sino más bien parte de la figura del comerciante y contiene prevalencia un derecho especial de los mismos.

⁸¹ Donde se brinda un ejemplo de este criterio objetivo, es el código de comercio francés, de 1807, el cual toma como punto de partida el acto especulativo de carácter objetivo, poniendo como un claro ejemplo en particular, la compraventa confines de especulación y la letra de cambio, pero agrega también ciertas empresas que presuponen una actividad compleja de definición discutida, pero de todos modos de carácter profesional.

⁸² **RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ, J.**, *Curso de Derecho Mercantil*, vigésimo quinta edición, Pág. 31.

suposición es engañosa ya que el derecho mercantil ha sido siempre el derecho propio de una clase de actos, ya que aún en el sistema más rabiosamente subjetivo, hay que partir del acto para saber quiénes son los comerciantes y es que la diferencia entre uno y otro criterio, consiste solamente en que mientras en el sistema subjetivo los actos de comercio son únicamente los realizados por comerciantes, en el sistema objetivo son actos de comercio no solamente los realizados por los comerciantes sino que también los que realizan otras personas y que se definen como mercantiles atendiendo a su sustantiva naturaleza⁸³.

Sin embargo hay que dejar claro desde ahora, “que en abstracto, puede hacerse esa oposición. En la práctica, no hay ni ha habido, en ningún derecho ni en ninguna época, un sistema puro objetivo o puro subjetivo, sino que todos los sistemas de calificación de actos mercantiles, desde las disposiciones estatutarias hasta los códigos más modernos, han sido siempre mixtos⁸⁴.

De lo que si pueden hablarse es de sistemas predominantemente subjetivos o predominantemente objetivos, según pongan en primera fila el concepto de acto de comercio o el concepto de actos objetivos, aunque ambos sean mixtos.”⁸⁵

Sin embargo no basta con afirmar que el sistema subjetivo se aplica a los comerciantes sino más bien hace falta saber quiénes ostentan tal calidad; y es que

⁸³ A ello se refiere nuestro actual Código, como los actos típicamente mercantiles, que se encuentran regulados en el Romano II del Art. 3 del Código de Comercio, el cual expresa que son actos de comercio, los actos que recaigan sobre cosas mercantiles; y que según el Art. 5 del mismo cuerpo legal, son cosas mercantiles la empresa de carácter lucrativo y sus elementos esenciales; los distintivos mercantiles y las patentes y los títulos valores. Siendo que se den con más frecuencia en el acto de comercio realizado por un no comerciante, en el caso de los títulos valores.

⁸⁴ Es decir, que durante el devenir histórico y aun en la actualidad, no se puede decir que una legislación es de corte eminentemente subjetiva o eminentemente objetiva; ya que todas las legislaciones, aun la que se considere más extrema siempre contiene elementos de tendencias objetivas como subjetivas; por lo que se llega a la conclusión general, que en realidad y de forma práctica todas las legislaciones tienen una tendencia a una doctrina mixta. Es por ello, que tal distinción de doctrinas, solamente se puede realizar de forma teórica subjetiva, y su estudio mas que poderse hacer de forma practica, resulta posible solamente de forma teórica.

⁸⁵ **ARELLANO GARCÍA, CARLOS.** *Op. Cit.*, Pág. 7

en el sistema subjetivo los comerciantes solamente son los inscritos en la corporación o en el gremio, lo cual constituye un criterio sumamente formalista y propio del sistema subjetivo puro.⁸⁶

En tanto que el sistema objetivo, los actos de comercio no lo son porque lo realiza un comerciante; sino más bien, hay comerciantes por que realizan actos de comercio profesionalmente.⁸⁷ Sin embargo, el sistema objetivo posee también sus desventajas o debilidades, y es que a pesar de ser practico en comparación con un sistema subjetivo, que reduzca el ámbito del derecho comercial exclusivamente a los actos realizados por los comerciantes, el sistema objetivo posee inconvenientes insuperables; así, si el derecho comercial es el derecho de los actos de comercio, es indispensable saber cuales son los actos que son de comercio y para ello, no puede crearse ninguna definición, ya que no los abarcaría a todos y posiblemente incluiría actos que en un principio, no debiesen considerarse como comerciales.⁸⁸

Es así que se llega a la conclusión que las expresiones sistema subjetivo y sistema objetivo, tienen solamente un valor relativo y sirve para designar el enfoque

⁸⁶ **GARRIGUES, J.**, *Op. Cit.*, Pág. 134. Como ya se sabe, el derecho comercial, durante la edad media y hasta el momento de las codificaciones, fue el derecho de los comerciantes, la cual se encontraba vinculada a una organización social y económica, en la cual los comerciantes constituían una clase social, que elaboró un derecho profesional, con una jurisdicción especial.

⁸⁷ **Ídem.**, Pág., 135. Este sistema objetivo, posee algunas ventajas, como la de comprender el comercio ocasional por personas que no son comerciantes y que de ser de otro modo, quedaría sacrificado en sus intereses, lo cual no resulta lógico, desde el punto de vista, que a partir de la supresión de las antiguas corporaciones, se proclamó la libertad de comercio, puesto que admitiéndose la libertad de los ciudadanos para el ejercicio de todas las actividades remuneradoras, no podía excluirse de las mismas, el comercio, con motivo de no ser realizado por un comerciante, los actos comprendidos normalmente en la actividad comercial. Bajo esta misma postura se expresa, **De Sola Cañizares, F.**, *Op Cit.*, Pág., 110.

⁸⁸ **DE SOLA CAÑIZARES, F.**, *Op Cit.*, Pág., 111. Se ha tratado de establecer otras características, para tratar de diferenciar el acto de comercio, tales como la causa, considerada como la finalidad de los contratantes, queriéndosele otorgar a la misma el elemento determinante de los actos de comercio; haciendo depender la comercialidad del acto, de la finalidad que el mismo persigue, sin embargo, es evidente, que la misma no es una solución, puesto que entonces el problema a dilucidar seria determinar cual es esa finalidad que determinaría al acto de comercio.

predominantemente personal o real que ha tenido el derecho mercantil en su desarrollo histórico.⁸⁹

Se han distinguido dentro de estas dos tendencias, otros sistemas que a su vez puede entenderse como sub-sistemas ya sea del sistema objetivo o del sistema subjetivo; ya que de alguna manera sus tendencias responden a las cualidades de alguno de estos dos sistemas generales.

Dentro de estos sistemas y formas de determinar la naturaleza y características diferenciadoras del acto de comercio, se pueden mencionar:

A) La Intermediación y Especulación (o de circulación).

Este sistema concibe el acto de comercio, como aquel en que la intervención de un sujeto denominado comerciante, implica una intermediación en el intercambio de los bienes entre la producción y el consumo, con la intención de obtener un provecho que es en el lucro. Expresa que la intermediación se da en la actividad comercial, de un modo estable con el propósito profesional de la especulación; lo que significa la presencia de un comerciante en la ejecución de los actos mercantiles; este sistema, se enmarca dentro del sistema objetivo del acto de comercio, ya que es comerciante, quien realiza esta intermediación.⁹⁰ Se ha argumentado contra este criterio, que el acto de la circulación o intermediación, no es suficiente, puesto que cuando se realiza sin idea de especulación no existe acto

⁸⁹ **GARRIGUES, J.**, *Op Cit.*, Pág. 136.

⁹⁰ **VÁSQUEZ DEL MERCADO, O.**, *Contratos Mercantiles*, Pág., 46. Siendo esté sistema de la intermediación y especulación, el que serviría siempre y cuando fueran solamente los comerciantes quienes realicen actos de comercio; sin embargo, en los casos en que la ley determina la calidad de mercantil de los actos, éstos se pueden realizar sin que la persona que los ejecute, se encuentre realizando actos de intermediación o posea una finalidad de lucro; y no por ello dejaran de ser mercantiles los actos que ejecute.

de comercio, por ejemplo, una asociación de beneficencia, que compra para vender a precio de costo.⁹¹

B) La diferenciación entre lucro y provecho.

Este segundo sistema, parte del presupuesto, que el lucro se encuentra reservado para el acto de comercio; y el provecho para los actos civiles, esta afirma, que el derecho mercantil, es en realidad el resultado del proceso de transformación del derecho civil patrimonial en la época del capitalismo, y el mismo solamente tiene sentido, cuando se incluye dentro de los actos económicos que integran al sistema capitalista, debiendo buscar en realidad, un concepto del acto de comercio, que encaje dentro del concepto del acto económico, apareciendo de esta forma, un derecho mercantil como una forma moderna del derecho civil patrimonial.⁹²

Es así, que en tal sistema, si se propone a descomponer la expectativa de lucro, se obtiene el siguiente esquema: el que realiza el acto, se orienta previamente por medio de una comparación entre el resultado que va a conseguir estimado cuantitativamente en dinero y lo que tiene al iniciar el acto, estimado de igual forma cuantitativamente en dinero. Se esgrime dentro de este esquema, los términos ganancia, pérdida y riesgo, de lo cual se realiza una operación de calculo, la cual conlleva un análisis racional, conteniendo otro calculo especulativo, que es

⁹¹ **DE SOLA CAÑIZARES, F.**, *Op Cit.*, Pág., 234. Es decir, que hay que tomar muy en cuenta, que desde que el comercio surgió, siempre ha perseguido un fin de lucro, lo cual no ha cambiado, ya que es precisamente la finalidad que persigue y es una de las notas diferenciadoras que se han marcado desde tiempos remotos, para poder determinar la materia como independiente de la materia Civil, por lo que es evidente pues, que como estudio que se realiza debe tomarse en cuenta un punto históricamente y doctrinariamente tan relevante, como es el fin de lucro en el ejercicio del comercio.

⁹² **Ídem.** Pág., 129. Weber, dice "el capitalismo, es un estilo de vida y un sistema económico resultante de dos principios históricamente calificados: la expectación del lucro como deber vocacional y un modo singular de racionalismo... Lo esencial es, pues que el acto esté determinado efectivamente por una expectativa de lucro.

la probabilística, siendo el acto capitalista propiamente dicho, solamente el primero de estos cálculos.⁹³

Sin embargo esta teoría, no fue apoyada por la doctrina, ya que no todo los actos que traigan un lucro, serán mercantiles ni todos los actos mercantiles traerán un lucro⁹⁴; de igual forma no todo los actos civiles traerán algún provecho, ni todos los actos que traigan un provecho, serán civiles; este sistema, también se enmarca dentro del sistema objetivo del acto de comercio, ya que quienes realicen los actos que generen lucro, estarán realizando actos de comercio.

C) La enumeración o enunciación de los actos.

La expresión acto de comercio, en esta teoría no tiene el sentido de acto jurídico, sino que debe ser entendido como actividad económica, simple o compleja según el caso, la cual se exterioriza en hechos y operaciones.⁹⁵

En este tipo de legislaciones, se ha discutido si la enumeración de los actos expuestos en tales códigos, es taxativa o si más bien es ejemplificativa, llegándose por lo general a afirmar que más bien es ejemplificación, puesto que ello permite la ampliación por vía de analogía de los actos enumerados por la ley.⁹⁶

⁹³ *Ídem.* Pág., 130.

⁹⁴ Tal es el caso por ejemplo en nuestra legislación mercantil, la que regula que serán mercantiles los actos que traigan como finalidad la organización, disolución o transformación de empresas comerciales o industriales; siendo evidente que en este caso, tal actuación no trae un lucro; sin embargo, si trae aparejada a ella una expectativa de lucro, por lo que se le ha dado por la doctrina, la calidad de actos de comercio, además de recaer los mismos sobre una cosa típicamente mercantil, como es la empresa; sin embargo, el acto en sí mismo, no trae un lucro.

⁹⁵ **OSORIO, M. Y OTROS**, Enciclopedia Jurídica OMEBA. La forma de entender la definición económica de los actos de comercio, en las tendencias enumerativas explica que un acto de comercio unitario se componga normalmente de una serie de actos jurídicos, los que bajo el punto de vista puramente jurídico, son actos independientes y autónomos, pero estrictamente vinculados desde el punto de vista social y económico, conexión que tiene su influencia también respecto de la vinculación jurídica y de los distintos actos

⁹⁶ Tal es el caso de la Legislación Española, la cual como se verá en el presente capítulo y en el capítulo sobre el derecho comparado, la Jurisprudencia de la Corte Española, ha determinado que la enumeración de los actos de comercio en el Código de Comercio Español, es meramente ejemplificativa y no taxativa, aceptándose la existencia de actos de comercio no

En estas tendencias enumerativas, se han hecho distintas tentativas para agrupar los actos de comercio enumerados. Así en una primera categoría, se han ubicado los actos que a través de la historia se han considerado por la ley como actos de comercio de forma absoluta, independientemente del sujeto que lo realiza o el fin que persigue, e incluso la relación a que estén subordinados. La segunda categoría, se refiere a los actos de comercio en sentido relativo, es decir que cuando la naturaleza mercantil deriva del fin del sujeto o de la modalidad del ejercicio o incluso de la relación principal a que aquel acto se vincula.

Esta segunda categoría ha sido subdividida en tres grupos; siendo el primero de ellos el de los actos objetivos de comercio en razón del intento especulativo del sujeto; el segundo grupo comprende los actos objetivos de comercio en razón de la forma particular de ejercicio; y el tercer grupo incluye los actos objetivos calificados como tales en razón de otro acto de comercio que aparece como principal.⁹⁷

regulados en el Código mismo. Sin embargo, en opinión diferente se encuentra **OSORIO, M. Y OTROS**, Enciclopedia Jurídica OMEBA. Quien expresa que debe tenerse en cuenta, que la analogía, no siempre resuelve los problemas, puesto que significa que para poder determinar por analogía otros actos que se deben considerar mercantiles, se debe tener una concepción sobre que es el acto de comercio, y no limitándose a que los actos de comercio, son los determinados por la ley; ya que para poder aplicarlo a otros actos, debe determinarse un concepto sobre el acto de comercio, o podría llegarse a cometer el grave error de otorgarle la calidad de mercantil a un acto que no lo sea.

⁹⁷ **DE SOLA CAÑIZARES, F.** *Op Cit.* Pág., 237-247. Dentro de los países que se rigen por este sistema, de la enumeración de los actos de comercio, se encuentran Francia, Argentina, Bélgica, Chile, Colombia, Ecuador, Haití, Líbano, México, Nicaragua, Panamá, se encontraba El Salvador, durante la vigencia del Código de Comercio de 1904, Republica Dominicana, Uruguay y Venezuela, entre otros que eventualmente han optado por el mismo; como se puede observar, no son pocos los países que han tomado tal criterio, ya que consideran que es el más seguro y sobre todo el menos ambiguo, ya que hasta la fecha ha sido imposible crear una definición del acto de comercio y por otra parte, restringir los mismos a los actos de los comerciantes, sea restringir el derecho comercial; hay que aclarar, que se ha llegado a la conclusión y vía jurisprudencia en la mayoría de estos países, que los actos enumerados, no son taxativos, ya que se pueden agregar otros similares por analogía. De igual forma opina **OSORIO, M. Y OTROS**, Enciclopedia Jurídica OMEBA.

D) Clasificación de los actos de comercio

Se han propuesto muchas clasificaciones de los actos de comercio, y estas han variado según las concepciones y los autores que la abordan; sin embargo, a continuación se mencionaran las de mayor relevancia en la doctrina.

Una clasificación se ha realizado en torno a que el acto mercantil se realice por sí mismo o si se limita a preparar o facilitar otro acto de comercio, así los actos de comercio se dividen en principales o accesorios; aclarando que se atiende exclusivamente a un criterio económico y no jurídico del acto de comercio y es así que los actos accesorios, son aquellos que sin constituir ellos mismos actos de comercio en sentido económico, auxilian o facilitan el ejercicio de una industria mercantil.

Cabe mencionar, que puede haber por tanto actos jurídicamente principales, que son económicamente accesorios de una industria mercantil. Y al contrario, actos económicamente principales que son jurídicamente accesorios.

- a) Actos principales o constitutivos del comercio.
 - 1) Actos de interposición en el cambio de mercaderías.
 - 2) Actos de interposición en el cambio de dinero contra dinero crédito.
 - 3) Actos de interposición en el cambio de valores.
- b) Actos accesorios, por conexión a una industria mercantil.
 - 1) Actos que tienen por finalidad la realización de actos de comercio principales.
 - 2) Actos complementarios de otros principales.
 - 3) Actos de derecho marítimo, que pueden pertenecer a uno de los anteriores grupos: al primero, La asociación de copropietarios de un buque y el préstamo a riesgo marítimo; al segundo el fletamiento y el seguro marítimo.

Cabe aclarar que esta clasificación en actos principales y accesorios, dependerá del punto de vista que se adopte para la consideración del acto realizado, puesto que un acto accesorio puede llegar a constituir un acto principal y un acto principal puede ejercer funciones de un acto accesorio.⁹⁸

Hamel y Lagarde propone en una división tripartita:

- 1) Actos de comercio por naturaleza, a lo cual otros autores lo han denominado actos absolutos; y son aquellos que por su naturaleza son comerciales, es decir que reúnen las dos condiciones de circulación y especulación.⁹⁹
- 2) Actos de comercio por determinación de la ley o de toda la costumbre; que son aquellos que no reúnen las condiciones del acto de comercio, pero que la ley considera comerciales por razones prácticas o históricas.¹⁰⁰

⁹⁸ **GARRIGUES, J.**, *Op Cit*, Pág., 152. Siendo ejemplo de estos actos accesorios, y del punto de vista a lo es el contrato de comisión que será un acto accesorio para el comitente que se propone realizar una compraventa a través de la comisión; pero será acto principal para el comisionista dedicado a este género de comercio. De igual forma sucede con el contrato de transporte el cual será accesorio para el comerciante que transporta sus mercancías a los mercados de renta y principal para la empresa transportes; de igual forma para los seguros que será accesorio para el comerciante que cubre un determinado riesgo de su empresa y principal para la compañía aseguradora.

⁹⁹ **FONTANARROSA, O RODOLFO**, *Derecho Comercial Argentino*, parte general, Tomo I, Pág., 102. Respecto de los actos de comercio naturales, se ha dicho que éstos responden al concepto del comercio tal como los suministros la economía política pronto todos ellos se traduce en sustancia, en una interposición en el cambio de bienes y que han comprendido dentro de este grupo los actos de interposición en el cambio mercadería y los actos de interposición en el cambio de dinero.

¹⁰⁰ **Ídem**, Pág., 105. Se encuentran dentro del grupo de los actos de comercio por disposición de la ley, aquellos actos declarados mercantiles por la ley en virtud de diversos motivos, y en todos esos supuestos la ley declara la comercialidad del acto absolutamente, sin admitir prueba en contrario de alguna clase; no obstante que en ciertos casos pudiera llegar a demostrarse una real y efectiva falta de vinculación de la operación con el ejercicio de comercio, y aún así no podría desvirtuarse su calidad comercial, puesto que es una presunción legal que no admite prueba en contrario y más que una presunción es una estipulación legal.

- 3) Actos de comercio relativos; que son los actos que se consideran comerciales únicamente porque constituye lo accesorio de una explotación comercial.¹⁰¹

Cualquiera de los actos mencionados, puede llegar a ser un acto de comercio mixto o unilateral como se le ha llamado lo cual es un acto que para una de las partes es comercial, mientras que para la otra no lo es.¹⁰²

Arcangeli propone otra clasificación, la cual es:

- 1) Actos absolutamente comerciales
- 2) Actos relativamente comerciales.
 - a) Actos correspondiendo a la noción económica de comercio.
 - b) Actos realizados por empresas.
 - c) Actos relacionados con actos de comercio.
 - d) Actos relacionados con el establecimiento comercial.¹⁰³

Rodolfo O. Fontanarrosa, expresa que la clasificación de los actos de comercio se hará de acuerdo a los preceptos de cada legislación positiva y que no

¹⁰¹ *Ídem*, Pág., 103. A este tipo de actos, también se le ha llamado en la doctrina actos de comercio por conexión y estos comprenden una serie de actos cuya naturaleza no es intrínsecamente mercantil, y no podrían ser considerados comerciales desde el punto de vista comercial, todos ellos ordinariamente son civiles pero cuando se vinculan con un acto mercantil o con un ejercicio de comercio, que han sido sometidos en virtud de esa conexión a la disciplina del derecho mercantil o comercial.

¹⁰² **GARRIGUES, J.**, *Op Cit.*, Pág., 14. Por lo que la doctrina para resolver este problema ha llegado a establecer una solución unánime en la mayoría de legislaciones y es que si un acto es comercial para una sola de las partes como todo el acto mismo queda sometido precisamente en la razón de la unidad e indivisibilidad del acto a la disciplina de la ley mercantil y por tanto quedarán sometidos a la misma todos los que en el participen. Asimismo también se pronuncia **FONTANARROSA, O., R.**, *Op Cit.*, Pág. 105.; de similar manera **DE SOLA CAÑOZARES, F.**, *Op Cit.* Pág., 249. En cuanto a los actos mixtos, lo que se produce es un conflicto entre derecho civil y derecho mercantil, cuya solución afecta a la existencia del derecho mercantil puesto que casi la totalidad de los actos de comercio son actos mercantiles sólo para una de las partes y esto se debe a la misma naturaleza de la actividad del comerciante que es de actuar como un mediador entre no comerciantes y sin duda esta puede ser bilateral para todas las partes por ser propio de la actividad mercantil de todos ellos; pero esto no es la generalidad.

¹⁰³ **DE SOLA CAÑOZARES, F.**, *Op Cit.*, Pág., 249.

ha podido lograrse un concepto unitario del acto mercantil, por lo que las clasificaciones doctrinales, no sirven para otra cosa más que para atender una perspectiva más amplia del acto de comercio en otras legislaciones, por lo que expresa que en la legislación Argentina la clasificación de los actos de comercio es la siguiente:

- a) Actos de comercio naturales.
- b) Actos de comercio por conexión.
- c) Actos de comercio por disposición de la ley.
- d) Actos unilateralmente comerciales. Remisión.¹⁰⁴

Inspirado en la clasificación de Arcangeli, Mantilla Molina formula otra clasificación más, la cual es:

- A) Actos absolutamente mercantiles.
- B) Actos de mercantil ligado condicionalmente;
 - 1) Actos principales de comercio.
 - a) Atendiendo al sujeto.
 - b) Atendiendo al fin o motivo.
 - c) Atendiendo al objeto
 - 2) Actos accesorios o conexos

Además de ello, los actos de comercio pueden ser actos unilateralmente mercantiles; a lo cual se le ha llamado también actos mixtos unilaterales.¹⁰⁵

¹⁰⁴ **FONTANARROSA, O RODOLFO**, *Op Cit.*, Pág. 101. Si nos damos cuenta en el tipo de clasificación que ofrece este autor, nos daremos cuenta fácilmente que es una clasificación que se dirige de los actos comerciales generales a los actos comerciales más específicos, contemplado así de último los actos unilateralmente mercantiles; distinción que no está de más hacer a efecto de poder visualizar la diferencia de ésta con las demás clasificaciones, sin embargo, de forma general se puede decir, que no se ha separado de la idea general, la cual se orienta por el hecho de poder encontrar una clasificación que enmarque todos los actos de comercio, sin dejar ni uno tan solo fuera de lo comprendido, incluyendo como ya se dijo, inclusive los actos unilateralmente mercantiles.

¹⁰⁵ **DE SOLA CAÑOZARES, F.** *Op. Cit.* Pág., 250.

En nuestra legislación, se da una clasificación diferente de los actos de comercio, la cual se encuentra inspirada en la teoría objetiva más moderna que es la teoría del acto realizado en masa y por empresa; por lo que se estipula de la siguiente manera:

- a) Serán actos de comercio los que tengan por objeto la organización, transformación o disolución de empresas comerciales o industriales y los actos realizados en masa por esas mismas empresas.
- b) Los actos que recaigan sobre cosas mercantiles.¹⁰⁶
- c) Y también serán actos de comercio aquellos que sean análogos a los antes mencionados.

Al igual que otras legislaciones, la nuestra ha resuelto el problema de los actos mixtos estableciendo que los actos que sean mercantiles para una de las partes, lo serán para todas las que intervengan en ellos.

2.1.1.2. Los Comerciantes.

La concepción del comerciante, dependerá de la concepción del acto de comercio; ya que es este el que determinará la calidad de comerciante. En lo que respecta a la concepción subjetiva u objetiva, ya se ha desarrollado en el apartado que se refiere al acto de comercio, por lo que resultaría innecesario repetirlas en este apartado, lo que no significa que no se expresará el punto de vista de cada una de ellas.¹⁰⁷

¹⁰⁶ Las cosas Mercantiles o típicamente mercantiles como le llama la doctrina y que ha acogido nuestra legislación, se encuentran claramente enumeradas en el Artículo 5 del Código de Comercio, el cual expresa: Son cosas Mercantiles: I- La empresa de carácter lucrativo y sus elementos esenciales. II- Los distintivos mercantiles y las patentes. III- Los títulos valores. Lo que significa que todos los actos que recaigan sobre cualquiera de estos elementos, o se enmarquen dentro de los mismos, serán considerados mercantiles en virtud de la ley.

¹⁰⁷ Al revisar esto, en el derecho comparado, existen concepciones distintas según los países tanto los sujetos como de los actos de comercio, es así que en algunos países el sujeto del derecho comercial no se distingue del sujeto civil; como es el caso de los países que se regulan

Debe dejarse claro desde ahora, que dentro de las relaciones comerciales existen varios sujetos que intervienen y sobre los cuales recae la regulación jurídico mercantil, ocupandonos únicamente en este caso, de los comerciantes y de ahí su importancia, ya que habrá que determinar quiénes son esos sujetos que ostentan la calidad de comerciantes, para que sea sobre estos que recaiga la norma jurídica.

Joaquín Rodríguez, expresan muy acertadamente que cualquiera que sea el sistema legal que se siga para la determinación de la materia propia del derecho mercantil, es el concepto de comerciante el que estará siempre en el centro del criterio diferenciador. Esto en razón que si se le quiere dar el carácter profesional al derecho mercantil, que se basaría en el derecho de los comerciantes, sería indispensable precisar que se debe entender por comerciantes, ya que el mismo vendría a determinar los alcances del derecho mercantil; por el contrario si se quiere especificar que el derecho mercantil es el derecho de los actos de comercio, no existe ni un tan sólo derecho mercantil en el que existan actos de comercio que no sean realizados por un comerciante. Por tanto es de hacer notar, que tanto en una concepción subjetiva como en una objetiva, no se puede presidir del concepto de comerciante ya que siempre estará en la base del derecho mercantil.¹⁰⁸

Como es de esperarse, en la historia se ha visto al comerciante de diferentes formas; por lo que es preciso distinguir el concepto vulgar o económico del concepto jurídico. Es así que el concepto vulgar, se funda en el dato social de la profesión de vida de una persona y en tal sentido son comerciantes las personas que hacen del comercio su profesión; sean éstas dirigidas por sí mismas, por una industria mercantil, o sea colaborando en ella como empleado. En contraposición a

por el *common law* y de aquellas que ha unificado el derecho de las obligaciones; en otros países al sujeto del derecho comercial, se le aplican las reglas particulares; como son aquellos países en que existe la dualidad de códigos es decir del código civil y del código de comercio e incluso dentro de este gran grupo de países las reglas relativas al sujeto del derecho mercantil, varían según las legislaciones. En esta misma línea se expresa a favor, **De Sola Cañozares, F.**, *Op Cit.* Pág., 219.

¹⁰⁸ **RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ, J.**, *Op Cit.*, Pág. 39

este, se encuentra el concepto jurídico el cual atiende directamente a los efectos jurídicos de la actividad mercantil, calificando de comerciante solamente a quienes personalmente adquieren los derechos y obligaciones que producen en la actividad mercantil; es decir a aquellos sujetos principales sobre los cuales recae y a los cuales regula la norma jurídica mercantil, dejando fuera de tal concepto, a los que jurídicamente se les ha denominado auxiliares del comercio o del comerciante.¹⁰⁹

Es pertinente en este momento, tener una primera noción sobre un concepto de comerciante, para que de esta forma se facilite el estudio de las teorías que lo abordan; aclarando que no por ello este concepto sea el definitivo y determinante, ya que como se expresó en un inicio, el concepto de comerciante dependerán del enfoque teórico del acto de comercio.

Así, para Elvia Arcelia Quintana Adriano, *son comerciantes los sujetos que participan en toda relación de carácter mercantil; sean personas físicas o personas morales, jurídicas, que practiquen habitual y profesionalmente, como ocupación ordinaria, actos de comercio, teniendo capacidad legal para hacerlo. También son comerciantes, para efecto de aplicar la legislación mercantil, las personas que accidentalmente realicen alguna operación comercial.*

La misma establece, que para que los actos que realizan los comerciantes, sean considerados actos de comercio deben tener las siguientes características:

- Repetición o reiteración de los actos de comercio, o realizar actos en masa.
- Homogeneidad de los actos, o similitud, Ej. Compra venta de bienes muebles y tenerlos para un destino similar.

¹⁰⁹ **GARRIGUES, J.**, *Op Cit.*, Pág. 259. A efecto de poder entender de mejor forma lo que se refiere a los auxiliares de los comerciantes y la diferencia que existe entre el titular de la Empresa y su propietario, habrá que remitirse al Capítulo tercero del presente trabajo, en el cual se trata precisamente el aspecto de la propiedad de la empresa mercantil, como derecho y como facultad de un sujeto de derecho sobre la misma; así como la determinación de sobre quien es que recae la obligación mercantil y los derechos que se derivan también de las relaciones comerciales, siendo en todo caso de forma general el titular de la empresa mercantil que en muchos casos puede coincidir con el propietario de la misma.

- Especulativos o con ánimo de lucro, obtener una utilidad es el motivo o fin de su actividad.

De la unión y análisis de las anteriores características, se puede obtener la siguiente definición de comerciante:

*Es la persona que se dedica a ejercer el comercio y realiza actos de manera reiterada, homogénea y con ánimo de lucro.*¹¹⁰

2.1.1.2.1. Diferentes teorías que definen a los comerciantes.

En el devenir histórico, se han tenido que adoptar diferentes teorías para poder determinar el concepto del comerciante; restringiéndose éstas en lo que respecta a la calidad de comerciante solamente a dos: el criterio material y el criterio formal; y en lo referente a la naturaleza del comerciante: en comerciante individual y comerciante social; llamándose el último en algunos casos, persona moral, persona jurídica o sociedades, dependiendo del ordenamiento jurídico que se esté estudiando.¹¹¹

En todos los Códigos de Comercio se menciona al comerciante y en muchos de ellos se formula hasta una disposición del mismo¹¹²; sin embargo en los países

¹¹⁰ **GALINDO SIFUENTES, E.**, *Derecho Mercantil, Comerciantes, Comercio Electrónico, Contratos Mercantiles y Sociedades*, Pág. 3

¹¹¹ La determinación del comerciante en comerciante individual y comerciante social, se puede ver claramente reflejada en nuestra legislación, de forma precisa en el Artículo 2 del Código de Comercio, el cual expresa que son comerciantes las personas naturales titulares de una empresa mercantil, a quienes se les llama comerciantes individuales y también son comerciantes, las sociedades, que se llaman comerciantes sociales; las cuales se encuentran definidas en el Artículo 17 del mismo cuerpo legal, el cual expresa que son comerciantes sociales todas las sociedades independientemente de los fines que persiguen; siendo las sociedades, 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.

¹¹² Tal y como se expresa, existe muchas legislaciones en las cuales se elabora un artículo para definir a los comerciantes, y ya que es la Legislación Salvadoreña la que nos interesa, habrá que decir que nuestra legislación no es la excepción a esta regla, ya que como se ha visto, la misma formula un artículo para los comerciantes y especifica en otros que se debe entender por

en que se ha unificado el derecho de las obligaciones, en principio el comerciante no existe jurídicamente; mientras que en los países del *common law* el principio es que la ley es igual para todos, comerciantes y no comerciantes, aunque en ciertos aspectos existe a título excepcional ciertas distinciones.¹¹³

A continuación se pasaran a mencionar de forma más detenida cada una de las posturas mencionadas.

A) Criterio material y formal:

De conformidad al criterio material, es comerciante aquel que de un modo efectivo, lo cual equivaldría a decir practicó o real, se dedican a realizar ciertas actividades catalogadas como mercantiles; es decir que éste se refiere al acoplamiento del criterio objetivo del acto de comercio, en el cual es comerciante quien realiza de forma habitual y profesional actos de comercio y no quien se encuentra inscrito en un determinado registro. En contraposición a este criterio, se encuentra el *criterio formal*, el cual expresa que son comerciantes los que adoptan una determinada forma o se inscriben en ciertos registros especiales, lo cual es extremadamente formalista y clásico del sistema subjetivo del acto de comercio.

En algunas legislaciones, se aplican de forma mixta estos sistemas; aplicándosele al comerciante individual el criterio material y al comerciante social el criterio formal.¹¹⁴

tal; es así los ya citados artículos 2 y 17 del Código de Comercio, a cuya cita habrá que remitirse.

¹¹³ **DE SOLA CAÑOZARES, F.** *Op Cit.* Pág., 220.

¹¹⁴ **RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ, J.**, *Op Cit.*, Pág., 40. Ya que se está analizando la situación de los sistemas mixtos, no estaría de más analizar de forma breve si nuestra legislación aplica de esta forma el sistema; a lo cual habrá que ver únicamente la obligatoriedad de la registración para determinar dicha situación; y como se ha visto y se seguirá viendo en el transcurso de este trabajo, nuestra legislación mercantil, establece la obligatoriedad de la registración tanto para el comerciante individual, como para el comerciante social, por lo que mal podría decirse que se aplica de forma mixta, no obstante el contenido de los Arts. 2 y 3 del Código de Comercio, que en un principio pudieran dar tal expectativa.

B) Comerciante individual y comerciante social:

En lo que respecta al *comerciante individual*, lo constituye la persona natural que ostenta la calidad de comerciante, según la teoría u orientación teórica que se haya designado en una determinada legislación para determinar la calidad de comerciante y el acto de comercio.

Esta persona individual que ostenta la calidad de comerciante, deberá reunir ciertos requisitos y cualidades, las cuales variarán de acuerdo a la legislación el que uno se refiera.¹¹⁵

El *comerciante social*, es el que se encuentra conformado entre dos o más personas, que ponen en común determinados bienes o actividades con un móvil de lucro y con la finalidad de constituir el negocio y repartirse los beneficios del mismo; debiendo tener en cuenta que el comerciante social, debe constituirse con ciertas formalidades, dentro de las cuales de forma general e importante, se encuentra el pacto social¹¹⁶; que es en el cual se estipulan las reglas sobre las cuales se regirá

¹¹⁵ Para el establecimiento de un ejemplo muy a la mano, habrá que remitirse al Capítulo VII del presente trabajo, en el cual se lleva a cabo una pequeña comparación al respecto entre la legislación mercantil Española y la Salvadoreña; en la cual se observa claramente las diferencias marcadas que existen para determinar la cualidad de comerciante de un sujeto y sobre todo, los requisitos que las legislaciones piden para tal cualificación.

¹¹⁶ El pacto social en nuestra legislación, es precisamente el acto jurídico resultante de un acto solemne, en el que se estipulan poner en común bienes o industrias, con la finalidad lucrativa y de repartir entre los socios dentro de la misma; sin embargo, en nuestra legislación tal acto debe constar en Escritura Pública, y además debe ser inscrito en el Registro de Comercio, debiendo cumplir como mínimo, con las partes y requisitos que establece el Art. 22 del Código de Comercio, para que la misma sea inscrita y surta los efectos jurídicos esperados. Es precisamente este acto solemne con todos su requisitos, al que se le ha dado en llamar en nuestra legislación "Pacto Social"; sin embargo, si se ve de forma clara, el pacto social no es más que un acuerdo para la creación de una persona jurídica, con la cual se persigue un fin en común y por ello se establece como se alcanzara el fin y como se obligaran los sujetos que se unen para el logro del mismo; siendo en puridad éste el trasfondo del pacto social, y que como es evidente, la finalidad, será de lucro, y se deberá estipular la forma en que se repartir las ganancias, pero también las obligaciones a que se sujetan los creadores del pacto.

la sociedad. Estas cualidades, también variarán según la legislación y tendencia teórica que se haya seguido en cada país.¹¹⁷

Además de estos criterios, que son los comúnmente abordados, existen otros sistemas de determinación de la calidad de comerciantes, y a los cuales se les ha denominado según el país de origen de tal sistema; como es el sistema Francés, el Alemán, el Español, el Italiano, el Hondureño, el Holandés, el Brasileño y el sistema del *Common Law*; los cuales se mencionaran de forma breve, a efecto de tener una expectativa más amplia de estos puntos de vista del comerciante.

C) El comerciante en el sistema francés.

El código de comercio francés, expresa que son comerciantes los que ejercen actos de comercio y hacen de ello su profesión habitual. Definición que como se observa, corresponde a la noción objetiva del derecho comercial, según la cual son los actos de comercio que realizan los que confieren a ciertas personas la condición de comerciantes; además de ello, las leyes francesas exigen otras dos condiciones de habitualidad y la de profesión.¹¹⁸

Dentro del derecho francés, todas las personas tienen derecho al ejercicio del comercio y todos los comerciantes son sometidos a las mismas reglas jurídicas,

¹¹⁷ Hay que aclarar, que en el derecho comparado, la mayor parte de legislaciones mercantiles, si obligan al comerciante social a inscribirse sea en el registro de comercio o en la cámara de comercio o juzgado competente, puesto que es esta inscripción, la que le otorga vida jurídica y por el contrario, son muy pocos los países que no exigen tal registración. Además de ello, como se analiza en este trabajo, existen diferencias abismales, mucho más entre una legislación como la de Estados Unidos que se fundamenta en el common law, y una como la nuestra; puesto que en la legislación del país Anglosajón, la regla es obviar lo mas posible el formalismo y por ello los requisitos para la existencia de una persona jurídica, son diferentes a las requeridas en el nuestro, en donde se ha poseído una cultura legislativa de formalismo en los actos jurídicos; comparación que el lector tendrá la oportunidad de hacer en el transcurso del presente trabajo.

¹¹⁸ **DE SOLA CAÑOZARES, F.**, *Op Cit.* Pág., 220. al revisar esta definición de comerciante, tiene sus críticas siendo en primer lugar que al referirse al ejercicio de los actos de comercio se supone que se conoce exactamente lo que es un acto de comercio; lo cual ya se dejó claramente establecido, que en la actualidad no se ha podido llegar a concretar un verdadero concepto sobre el acto de comercio.

y principios que tienen sus límites; como es que los menores no pueden ser comerciantes a menos que estén emancipados y para ello deben haber cumplido dieciocho años de edad y estar autorizados para ello por el padre o a su defecto la madre o eventualmente el consejo de familia o de tutela; asimismo, les está prohibido ejercer el comercio a los condenados a ciertas penas previstas por la ley, a los quebrados no rehabilitados y los interdictos en razón del fraude fiscal.

Otro tipo de restricciones es el que se le encarga a los extranjeros, quienes pueden dedicarse al comercio en Francia, siempre y cuando exista reciprocidad con el país de que provienen dichos extranjeros quienes a su vez se les prohíbe ejercer determinadas actividades comerciales.

En cuanto a las sociedades, se considera que todas son personas jurídicas y que la comercialidad de las mismas depende de su objeto, con excepción de las sociedades por acciones y las sociedades de responsabilidad limitada, quienes siempre ostentaran la calidad de comerciante sin importar su objeto.

En lo que respecta al Registro de Comercio del derecho francés, la adquisición de la condición de comerciante no depende de la inscripción en el mismo, ya que se puede ser comerciante sin necesidad de tal inscripción y la prueba de tal calidad se puede hacer por cualquier medio; e incluso en Francia la personalidad jurídica se adquiere independientemente de la inscripción en el registro.¹¹⁹

D) El comerciante en el sistema Alemán.

En el derecho Alemán existen diferentes categorías de comerciante; distinguiendo al llamado comerciante forzoso como los comerciantes que deben

¹¹⁹ *Ídem. Op Cit.* Pág., 221. La actitud de una legislación de otorgar la cualidad de comerciante sin necesidad de la inscripción en un registro, es típico e identificativo de un sistema objetivo, en donde lo que importa es el acto que se realiza y no precisamente quien lo realiza, situación que se ha venido analizando en el desarrollo de este capítulo, por lo que no es tarea difícil identificar que en este sentido, el sistema Francés, se inclina al las teorías objetivas del acto de comercio.

inscribirse en el registro de comercio o comerciantes por matrícula y los comerciantes facultativos; teniendo también la diferenciación entre grandes comerciantes o pequeños comerciantes.¹²⁰

Realizando una breve reseña sobre cada uno de estos aspectos, tenemos que el comerciante debido a su actividad comercial o comerciantes forzosos, se refiere a aquellos que ejercen una verdadera actividad comercial, lo que supone prerequisites a saber: 1. Una actividad profesional en sentido estricto; es decir, con propósito de perduración, de lucro y que no pertenezca a la esfera de las patentes o de la ciencia. 2. Que la actividad debe ser comercial en el sentido de la ley la cual determina los actos que confiere la condición de comerciante y 3. Debe haber explotación de una empresa comercial; esto se refiere a que debe tratarse del dueño de una empresa, consecuentemente no ostentando la calidad de comerciante el auxiliar de la misma ni el director de una sociedad ni el representante legal. En lo que respecta a estos comerciantes la inscripción en el registro de comercio no es esencia para la condición de comerciante ya que la mera existencia una actividad comercial importante, por fuerza de ley otorga la condición y calidad de comerciante; de ahí que la doctrina le haya determinado comerciantes forzosos.¹²¹

En lo que respecta a la segunda categoría, que es el comerciante en virtud de inscripción en el Registro de Comercio o Comerciante por Matrícula, éstos son aquellos que no ejercen una actividad comercial en el sentido de la ley, pero que

¹²⁰ **KARSTEN SCHMIDT**, Op Cit., Pág. 288. Para este autor, dentro de esta clasificación de comerciantes, se pueden considerar dos grupos mayoritarios siendo éstos el de los comerciantes que lo son por la forma jurídica y el de quienes lo son en virtud de la actividad comercial que desarrollan.

¹²¹ **Ídem.**, Op Cit., Pág. 318. En el sistema alemán se define el catálogo de los llamados actos jurídicos fundamentales como que según el criterio del legislador determina en el sometimiento general al derecho comercial. Es así que quién explota una actividad económica comercial básica es automáticamente y sin excepción un comerciante, a un cuando no se ha comerciante pleno. es por lo antes expuesto que sea la inscripción en el registro de comerciantes, como una inscripción con un alcance meramente declarativo y no constitutivo.

ejercen otras actividades comerciales o industriales cumpliéndose dos condiciones a saber: 1. Que la empresa por su naturaleza y extensión debe requerir una organización comercial. 2. Que el nombre de la empresa debe estar inscrito en el registro de comercio.¹²²

Y a la tercera plaza corresponden los comerciantes facultativos; que se trata de la empresa que se dedica a las explotaciones forestales, agrícolas y ganaderas, que pueden facultativamente inscribirse en el registro de comercio.¹²³

Como se mencionó, el derecho alemán distingue entre comerciantes en pequeño o pequeños comerciantes y los grandes comerciantes o comerciante de pleno derecho; distinción que no responde a la condición económica de comerciante al por mayor o al por menor¹²⁴ sino más bien el comerciante en pequeño es aquel cuya empresa por su clase y volumen no hace necesaria una organización comercial, siendo así que el comerciante en pequeño no se encuentre en la obligación de obtener un nombre comercial, ni de poseer libros de comercio, ni apoderados comerciales y tampoco tiene el derecho de inscribirse en el registro de comercio.¹²⁵

¹²² *Ídem.* Pág. 328. A este tipo de comerciante también se le ha llamado comerciante por deber dentro de éste que ha en las empresas cuya actividad económica de acuerdo a su forma y dimensión requiere la existencia de una explotación comercial instalada a la manera de un comerciante, ésta debe inscribirse en el registro de comercio y dicha inscripción origine entonces La condición de comerciante.

¹²³ *Ídem.* Pág. 332. Este comerciante también es llamado comerciante por propia voluntad, tanto de éste sean establecido las empresas agrícolas y forestales no son comerciantes por imperativo legal, ni lo son por deber, sino meramente comerciantes por propia voluntad. sin embargo aquí se debe aplicar el principio de que la cuestión de la calidad de comerciante se resuelve sin más cuando se trata de un comerciante en virtud de la forma.

¹²⁴ La distinción que se hace en este sistema, se diferencia en gran medida con la Salvadoreña, en lo que respecta al Comerciante en pequeño, puesto que en nuestra legislación se ha venido sosteniendo una distinción económica del mismo, puesto que se ha manejado históricamente que el comerciante en pequeño, es aquel cuyo activo en inferior a los cien mil colones, sin importar la organización de su empresa y la cantidad de empleados que posea, si no que lo relevante ha sido siempre el capital que posee.

¹²⁵ **KARSTEN SCHMIDT**, Op Cit., Pág. 340. Para este caso, el código de comercio alemán distingue a los comerciantes plenos de los llamados comerciantes menores, regulando en el caso de los segundos las normas determinadas que no les resultan aplicables anteriormente o

En lo que respecta a las sociedades, no todas se consideran personas jurídicas, ya que solamente lo son las sociedades por acciones y la sociedad de responsabilidad limitada, las cuales adquieren la personalidad jurídica con la inscripción en el Registro de Comercio.¹²⁶

Además de estos comerciantes, se agrega a la clasificación el comerciante en razón de su forma que lo constituyen una gran parte de las empresas que son explotadas por sociedades de capital y por cooperativas, y en tales casos no se requiere ponderar si el objeto de la actividad está constituido por la explotación de carácter económico comercial, y que por su calidad de los así llamados comerciantes en razón de la forma, estas sociedades están sujetas de modo automático y sin excepción al derecho comercial y son comerciantes plenos; de tal modo que se encuentran sometidos a todo el derecho comercial e incluso a las normas relativas a los negocios jurídicos mercantiles.¹²⁷

E) El comerciante en el sistema Español.

En el derecho español se declara como comerciantes, a aquellos que teniendo la capacidad legal para ejercer el comercio se dedican a él habitualmente; siendo también comerciantes las compañías mercantiles o industriales que se constituyan con arreglo al código de comercio¹²⁸.

como se enumeraba a los comerciantes menores de un catálogo dentro del cual se incluía el comerciante de mercadería de segunda mano, los vendedores ambulantes comerciantes similares actividades menores, Los posaderos, Los transportistas comunes, a los banqueros comunes y las personas cuya actividad económica no sobrepasa la dimensión establecimiento con actividades manuales. Sin embargo este criterio cambio y la ley denomina ahora comerciantes menores a aquellos titulares de empresas cuya actividad económica no requiere, según su naturaleza y dimensión, una explotación organizada al modo de un comerciante. El objeto de esta regulación como es liberar a quienes explotan pequeñas actividades económicas, de la aplicación de ciertas normas que se consideran peligrosas.

¹²⁶ **DE SOLA CAÑÓZARES, F.**, *Op Cit.* Pág., 222

¹²⁷ **KARSTEN SCHMIDT**, *Op Cit.*, Pág. 306

¹²⁸ Para ampliar el conocimiento y la información sobre este tema, debe remitirse al Capítulo VII del presente trabajo, en donde se toma para comparación con nuestra legislación, la legislación Española, tocando algo muy importante como es la jurisprudencia de tal país.

De tal concepción pues se extraen dos requisitos para ostentar la calidad de comerciante: la capacidad como el ejercicio del comercio y la habitualidad; las cuales como se observa no existe el requisito de profesionalidad que exige el código francés.¹²⁹

En cuanto lo que se refiera al registro de comercio, es facultativa la inscripción de los comerciantes individuales, no así de los comerciantes sociales quienes adquieren la personalidad jurídica al momento de la inscripción en el correspondiente registro.

La ley española, resuelve el problema de que el ejercicio del comercio se realice decentemente para ostentar la calidad de comerciante, dejándosela al tribunal, quien lo apreciará en cada caso concreto; y en segundo lugar con una presunción legal que ejerce habitualmente el comercio la persona que se proponga ejercerlo anunciándose por circulares, periódicos, carteles, rótulos expuestos al público o de otro modo cualquiera como un establecimiento que tenga por objeto alguna operación mercantil. Solventando de esta forma los parámetros que determinan la calidad de comerciante de cada sujeto que realiza actos de comercio.

F) El comerciante en el sistema Italiano.

Desde la unificación del sistema italiano, y el desaparecimiento del Código de Comercio, no figura la definición del comerciante y se unifican las obligaciones

¹²⁹ **DE SOLA CAÑOZARES, F.**, *Op Cit.* Pág., 224. En el derecho francés, puede una persona ostentar la calidad de comerciante, sin que éste sea su medio de vida, ni su perfil social más reconocido; ya que el mismo exige únicamente la virtualidad la cual no supone siempre la profesionalidad. Según la Jurisprudencia Española, a la que se hace referencia en el Capítulo VII de este trabajo, además de los requisitos legales, se pide en dicho país uno más, que es el ejercicio del comercio en nombre propio, para poder así ostentar la calidad de comerciante; requisito que ha incluido la Corte Suprema de tal País, y que no se encuentra regulada en la legislación mercantil, pero para efectos de orden práctico y de la teoría en que se fundamenta su legislación, han considerado necesario exigir tal requisito objetivo para otorgar la calidad de comerciante a un sujeto.

en un solo Código Civil, repudiando la dualidad de los derechos civil y comercial, suprimiendo también el acto de comercio.

Una nueva figura es el centro de las actividades económicas en el código italiano en 1942 y es la del empresario, quien se entiende como el sujeto que ejerce profesionalmente una actividad económica organizada, con fines de producción o de cambio de bienes o de servicios.¹³⁰

En lo que se refiere al registro, este realiza una enumeración de los empresarios que se encuentran obligados a la inscripción en el Registro de las Empresas; siendo éstos quienes ejercen una actividad industrial dirigida a la producción de bienes o de servicios; aquellos que también ejercen una actividad intermediaria en la circulación de los bienes, los que ejercen actividad de transporte por tierra, por agua o por aire; los que ejercen una actividad de Banca, Seguros y cualesquiera otra actividad auxiliar de las presentes.

En lo que respecta al empresario comercial como éste se encuentra designado a cumplir con otras reglas, las cuales se refieren a las reglas especiales de publicidad, con la obligación de inscribirse en el Registro de las Empresas; de cumplir con algunas normas especiales sobre la capacidad para el ejercicio de la empresa y algunas otras normas especiales en materia de representación; asimismo con algunas reglas relativas a los libros obligatorios de contabilidad y a su valor probatorio, la adopción obligatoria de determinados tipo de sociedad como algunas normas especiales sobre la transmisión de la hacienda y a las reglas aplicables en caso de insolvencia.

Como en esta legislación también se hace la diferencia entre pequeños empresarios, es necesario plantear tal diferenciación, y es que para estos el

¹³⁰ **DE SOLA CAÑOZARES, F.**, *Op Cít.* Pág., 226. Si bien es cierto la noción de empresario es más amplia que la de comerciante, el código civil italiano se refiere a la empresa comercial; de lo que resulta que en el mismo existe el empresario comercial lo cual constituye una noción equivalente al comerciante a que se refieren a otras legislaciones.

pequeño empresario son los cultivadores directos de los fondos, los artesanos, los pequeños comerciantes que ejercen una actividad profesional u organizada principalmente en el trabajo propio y de los miembros de la familia; y a quienes no se les aplican las disposiciones sobre registro de la empresa, ni de la contabilidad, ni de la quiebra y concordato, dejando muy claro que las sociedad comerciales nunca puede considerarse como pequeño empresario y por tanto deberán responder ante las obligaciones que se la han establecido en la ley.¹³¹

G) El comerciante en el sistema Holandés (Bedrijf).

El derecho holandés, desde el año de 1943 ha reemplazado la noción de acto de comercio, y en cuanto a la noción de comerciante ha sido reemplazada por la referencia al Bedrijf, así del mismo modo que no hay acto de comercio sino Bedrijf, no hay comerciantes sino personas que ejercen un Bedrijf. Sin embargo el vocablo Bedrijf, generalmente se considera equivalente al de empresa, con la diferencia que parece ser un concepto más amplio y menos preciso, semejante a una actividad de negocios.¹³²

H) El comerciante en el sistema del Common Law.

En el derecho angloamericano, no existe una dualidad entre derecho civil y derecho mercantil o comercial; consecuencia de ello, es que en el mismo no existe el comerciante como noción jurídica. En este sistema se trata de una noción económica - social, pero sin relevancia en el campo del derecho.¹³³

¹³¹ **DE SOLA CAÑOZARES, F.**, *Op Cit.* Pág., 226

¹³² **Ídem.** Pág., 226

¹³³ **Ídem.** Pág., 226

2.1.1. Especificación de la teoría abordada por el Código de Comercio Salvadoreño.

Para llevar a cabo tan ardua labor doctrinaria, se hace indispensable abordar dos etapas esenciales que ha recorrido el Código de Comercio Salvadoreño; y es el Código de Comercio antes de sus reformas y el Código de Comercio después de sus reformas.

Además, habrá que tocar y analizar de forma separada, el acto de comercio y al comerciante, como principal sujeto del derecho comercial; ambos antes y después de la reformas al Código de Comercio.

No hay que perder de vista, que como se dijo en los apartados anteriores, a parte del sistema del *common law* y del Bedrif, los sistemas se han centrado en ser objetivos o subjetivos, pero tal especificación no debe tenerse en extrema ni totalmente afirmativa, ya que más bien siempre han existido sistemas mixtos, que en lo que se diferencian es en ser predominantemente subjetivos o predominantemente objetivos. Restringiendo desde ahora el objeto de nuestro análisis, se descarta entonces el sistema del *common law* y el del Bedrif, puesto que en nuestra legislación si se posee el concepto de actos de comercio, de comerciante y el de la empresa mercantil; los cuales los sistemas antes mencionados no los tienen como tales.

En consecuencia de lo anterior, reducimos las posibilidades a que nuestro sistema sea predominantemente subjetivo o predominantemente objetivo o en todo caso, mixto; tal y como se han venido clasificando dentro de este sistema los código latinoamericanos.

Dicho lo anterior, se pasara a realizar los siguientes análisis:

2.1.2.1. *El acto de comercio en el sistema comercial salvadoreño.*

En lo que respecta al acto de comercio, nuestra legislación no ha tenido reforma alguna y por tanto su análisis será uno solo.

El proyecto del Código de Comercio de la República de El Salvador, el cual dio nacimiento a nuestra actual legislación, expresa en su exposición de motivos que la doctrina en que se ha inspirado el Código de Comercio, es la expuesta por el Licenciado Joaquín Rodríguez Rodríguez, el que considera los actos de comercio como los actos efectuados en masa y el que considera el derecho mercantil como el derecho de empresa.¹³⁴

En lo que respecta al acto de comercio, como acto realizado en masa dice que es ese acto repetitivo, cuantioso, realizado en masa, el que produce cambios importantes y fenómenos en la adecuación interna y externa; interna porque provoca mayor destreza en la capacidad de realización, reduciendo al mínimo la atención necesaria para realizar cada acto aislado; y externamente, porque la repetición constante de un mismo acto, y al simplificar su realización exige una especial protección jurídica.

Es pues la realización repetitiva o en serie del acto regulado, el que diferencia el derecho mercantil del derecho civil, ya que el último enfoca el acto aisladamente¹³⁵, estableciendo como características del acto de comercio las siguientes:

- a) Ser actos en masa que exigen una reducción de sus formalidades, al grado de convertirlas en simples esquemas.

¹³⁴ Ministerio de Justicia, *Proyecto de Código de Comercio, de la República de El Salvador*, publicación del Ministerio de Justicia, El Salvador, Centro América, 1959, Pág., VIII.

¹³⁵ Lo dicho en este apartado, no es del todo cierto, ya que existen actos civiles, que por muy repetitivos que sean, no dejarán de ser civiles, y existen actos mercantiles, que aun y cuando se realicen solamente una vez, no dejarán de ser mercantiles, piénsese en la emisión de un título valor, para el caso mercantil y en la realización de ventas de inmuebles por persona particular y no por empresa lotificadora.

- b) Requerir para su interpretación el predominio de los usos y costumbres y de mandar un creciente empleo de los contratos de adhesión
- c) Exigir facilidades para la transmisión de derechos y de cosas.
- d) Precisar mayor grado de protección a la buena fe y a la seguridad del tráfico.
- e) Reducir al mínimo la consideración de la persona como elemento determinante de la voluntad de contratar.

En lo que respecta al derecho mercantil, como el derecho de empresa, expresa que el sistema económico imperante en nuestro país exige que los actos de comercio sean realizados cada vez por empresas más grandes, y el papel de los individuos aislados, va perdiendo importancia¹³⁶ y es por ello que se afirma que:

- a) El acto de comercio es acto de empresa.
- b) La empresa es la materia del derecho mercantil.
- c) El concepto de comerciante se deriva del de empresa.

Y es que el derecho mercantil, ya no reside en el concepto de profesionalidad, sino en el moderno concepto de empresa. Esta viene a ser para el derecho moderno, lo que el comerciante profesional fue para el derecho antiguo¹³⁷.

Entiende la comisión redactora del código, que la empresa mercantil es aquel conjunto coordinado de trabajo, personal, de elementos materiales y de

¹³⁶ Tal aseveración, no es tampoco del todo cierta, ya que la realidad de nuestro país, si bien es cierto que se ha desarrollado la economía por empresas grandes y sobre todo extranjeras, la verdad es que el mayor porcentaje de empresas que existen en nuestro país, pertenecen a las micro o pequeñas empresas y la menor parte a las medianas o grandes empresas, por lo que el papel del comerciante individual no se encuentra agotado, si no mas bien, necesita otorgársele importancia en la actualidad, lo anterior, se infiere de los datos estadísticos que posee la Unidad de Estadísticas y Censos, en la que se realizó una investigación de campo, siendo la mas reciente la de 1998, en la que consta la existencia de empresas con un personal único o de dos personas.

¹³⁷ Esta afirmación, daría a entender que la teoría subjetiva surgió antes que la objetiva, sin embargo, como ya se habrá visto en el primer capítulo de este trabajo, en lo que respecta a la evolución histórica, y recalado por el presente capítulo, lo cierto es que ambos sistemas surgieron y convivieron conjuntamente, tan es así, que en verdad no se puede determinar si uno surgió antes o después, si no que se ha dicho que surgieron al mismo tiempo.

valores incorpóreos o bienes intangibles para ofrecer al público, con propósito de lucro y de manera sistemática de bienes o servicios.¹³⁸ (Se vera en la empresa)

Sin embargo, la comisión redactora no se quedó con ninguna de estas dos teorías, ya que las mismas habían sido descartadas pero sirvieron de base para la teoría que se adoptó; y siendo ésta a la que se le dio en llamar teoría moderna del acto de comercio, o más bien el derecho mercantil como derecho de los actos en masa realizados por empresas; y es que se adoptó de tal manera, por dos razones esenciales:

1. El derecho mercantil de nuestros días es un derecho especial, exigido por la necesidad del tráfico en masa. Pero no puede desconocerse que cierto número de actos tales como los exigidos por la explotación agrícola, el ejercicio de profesionales liberales y otros, no obstante realizarse en masa, no se consideran mercantiles.
2. El moderno derecho mercantil regula la organización y la actividad de las empresas. Pero tampoco puede desconocerse que existan algunas empresas que no deben comprenderse entre las mercantiles y que ciertos actos realizados por empresas mercantiles, no son actos de comercio sino puramente civiles.

Aclara el anteproyecto, que es en la doctrina antes mencionada que se basan los primeros cinco artículos del Código de Comercio, siendo el artículo número seis sólo un cumplimiento a un mandato constitucional.

Es así, que el artículo 1 del Código de Comercio tomo como elementos esenciales del derecho mercantil al comerciante, el acto de comercio y la cosa mercantil.¹³⁹

¹³⁸ En lo que se refiere a la Empresa Mercantil ésta se desarrolla de forma más clara y precisa, en el Capítulo denominado de la propiedad de la Empresa Mercantil, es decir, el Capítulo III del presente trabajo, al cual hay que remitirse, en especial en el subtema que trata precisamente sobre la Empresa Mercantil, sus elementos y las diferentes concepciones que sobre la misma se tienen.

El artículo 3 del Código Comercio, es el que especifica que se debe entender por un acto de comercio, dividiéndolos en dos sectores, siendo el primero 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.

De lo anterior, se deducen dos circunstancias, y es que primero son actos mercantiles, por ministerio de ley los que tengan por objeto la organización, transformación o disolución de una empresa comercial o industrial; indistintamente el acto que se realice, si es con una de estas finalidades constituirá un acto de comercio por ministerio de ley; actos que no son en masa y que por otro lado, constituía formalidades del derecho mercantil y pese a ello, deben ser considerados actos de comercio. Y en segundo lugar, deben ser considerados actos de comercio, los realizados en masa por las empresas constituidas, por lo que no se incluyeron en ellas las empresas de hecho, las cuales son aquellas que sin haber cumplido el requisito de la registración, realizan actos en masa.

El segundo sector, es el que se refiere a la cosa mercantil, ya que serán actos de comercio los actos que recaigan sobre las mismas; sin importar si tales actos son hechos en masa ni por empresa, y que pueden ser un acto mercantil aislado e incluso no realizado por un comerciante. Tales cosas mercantiles, para el código de comercio son:

- a) Las empresas de carácter lucrativo y sus elementos esenciales.

¹³⁹ Para efectos de mejor comprensión de la afirmación hecha por el Código de Comercio, específicamente en el Artículo 1, se menciona el mismo, el cual expresa: "Los comerciantes, los actos de comercio y las cosas mercantiles se regirán por las disposiciones contenidas en este Código y en as demás leyes mercantiles, en su defecto, por los respectivos usos y costumbres y a falta de estos, por las normas del Código Civil." En dicho artículo queda claramente expresado los objetos de regulación de la ley y la confirmación de la postura mencionada.

b) Los distintivos mercantiles y las patentes.¹⁴⁰

c) Los títulos valores.¹⁴¹

Por lo que es de aclarar que al igual que lo que sucede con la empresa, estos actos también se concederán mercantiles por ministerio de ley.

No bastando lo anterior, el Código de Comercio expresa que también serán actos de comercio los que sean análogos a los anteriores, dejando abierta la puerta para ingresar como mercantiles otros actos; sin embargo, para tal hazaña, es menester tener un concepto a menos somero de lo que debe entenderse por el acto de comercio, no sólo el acto realizado en masa y por empresa, sino uno más amplio, por lo que se vuelve tarea más difícil porque el Código de Comercio no da una definición doctrinal que sea capaz de abarcar o dar a entender de forma clara cuáles pueden ser estos actos de comercio análogos.

Sin embargo, el Código de Comercio resuelve el problema de los actos de comercio unilaterales, y expresa que si un acto es de comercio para una de las partes, lo es para todas las personas que intervenga en el mismo (Artículo 4 del Código de Comercio.).

2.1.2.2. El comerciante en el sistema comercial salvadoreño.

En lo que se refiere a comerciante, en relación a la tendencia que nuestra legislación expresa, existen dos tipos de comerciantes, siendo el primero el comerciante individual y el segundo comerciante social.

¹⁴⁰ Esta materia, se ha desglosado del Código de Comercio, creándose una Ley especial que la regula, la cual se ha denominado: "Ley de Marcas, Patentes y Otros distintivos Comerciales", la cual se encarga de regular ésta materia actualmente en nuestro país.

¹⁴¹ Los títulos Valores, se encuentran regulados en nuestra legislación, a partir del Artículo 623 del Código de Comercio, el cual además expresa que se debe entender por tales, siendo éstos, los documentos necesarios para hacer valer el derecho literal y autónomo que en ellos se consigna; sin olvidar, que ésta es una definición legal y que existen múltiples definiciones más, sean doctrinarias o legales en otras legislaciones.

El comerciante individual, es aquella persona natural titular de una empresa mercantil. Sin embargo, debe establecerse a que se refiere el Código de Comercio, con decir "El titular" ya que el titular es aquel que posee una cosa a un determinado título y no necesariamente el propietario de la cosa. En tal sentido, será comerciante aquel que posee a un determinado título una empresa comercial.

Lo anterior, no es tampoco del todo cierto, puesto que a pesar que el artículo 2 del Código de Comercio expresa esta circunstancia del titular de la empresa mercantil como comerciante, lo cierto es pues que en nuestra legislación existe la obligatoriedad de inscribirse en el registro de comercio; habiendo existido en esta materia, dos etapas:

La primera, Cuando se emite el Código de Comercio, sin reforma alguna, de lo cual ya se hablo en el capítulo primero de este trabajo (supra Cáp. 1), en el apartado denominado, Surgimiento y Evolución Histórica de la Matricula de Comercio en El Salvador, por lo que seria redundante e innecesario, volver a comentarlo ahora.

La segunda, que es la forma actual de regularla, estableciéndose entonces la obligatoriedad de matricular la empresa mercantil y los establecimientos, siendo la matrícula de comercio un documento mercantil que es el único capaz de probar la calidad de comerciante y la propiedad de la empresa mercantil.

De lo anterior, se deduce primero que el que no posee una matricula de comercio, no puede establecer su calidad de comerciante y por tanto quien realice acto de comercio sin haber obtenido su matricula de comercio, no ostenta legalmente la calidad de comerciante; y en segundo lugar, que la matricula de comercio sirve para probar la propiedad de la empresa mercantil, no así para probar su titularidad; por lo que será comerciante siempre el propietario, aun cuando no sea éste el titular; y habrá pues casos en que el titular de la empresa no sea un comerciante legalmente por no poseer una matricula de comercio, tal es el

caso del que arrienda una empresa mercantil, donde el arrendante es el propietario, pero el arrendatario es el titular de la misma; siendo que la posee a título de arrendamiento, por lo que para tal efecto no funciona la matrícula de comercio.

Un punto clave que no hay que dejar de lado, es que entonces para ser comerciante, no basta con ser titular de la empresa mercantil y realizar actos en masa, sino además debe ser el propietario de la empresa y haber obtenido la matrícula de empresa. Esto, trae como consecuencia que si se necesita una matrícula de comercio para ser un comerciante, puede existir comerciantes que no realicen actos de comercio, puesto que habrá comerciantes que posean una matrícula legalmente inscrita, pero no realizar actos de comercio ni hacer funcionar la empresa mercantil, lo cual es típico de la teoría subjetiva de la acto de comercio.

En segundo lugar, se encuentra el comerciante social, con quien la dinámica es diferente, ya que en el caso de éste, si es comerciante aun y cuando no posea Matrícula de Comercio¹⁴², pero de igual forma tiene la obligación de obtenerla; pero acarrea la ventaja de poder establecer su calidad de comerciante por el solo hecho de su existencia; así mismo, ésta sería la mayor de las diferencias que representaría con el comerciante individual, ya que si no posee la matrícula también incurre en sanciones y en el cierre del establecimiento comercial, y tampoco podría probar la propiedad de la empresa mercantil.

De todo lo antes expuesto, se deduce que la tendencia teórica del Código de Comercio de nuestro país, no responde a la teoría objetiva del acto de comercio, puesto que las mismas deben ser realizadas por un comerciante inscrito y además

¹⁴² Actualmente es un tanto difícil que un comerciante social no posea Matrícula de Comercio, al menos los que se están constituyendo, puesto que es uno de los criterios registrales actuales, que el comerciante social debe presentar juntamente con la Escritura de Constitución de la sociedad, la respectiva solicitud de Matrícula de Comercio al Registro de Comercio; puesto que de lo contrario, la misma no será inscrita. **CASTRO VALLE, J.**, Entrevista realizada el día veintisiete de diciembre del año dos mil cinco, Registrador de Matrículas de Comercio, del Registro de Comercio, del Centro Nacional de Registros.

exige la matriculación como requisito *sine qua non* para él ejercer el comercio; a pesar que trata en un inicio de dar tal expectativa.

Tampoco responde nuestro cuerpo legal, a la teoría subjetiva del acto de comercio, puesto que hay actos de comercio que no necesariamente deben ser realizados por un comerciante, como la emisión de títulos valores y la presunción legal del artículo 2, a pesar que la exigencia de la matriculación para ostentar la calidad de comerciante sea requisito caracterizado de tal sistema subjetivo.

El anteproyecto del Código de Comercio, expresa que éste se basa en la teoría del acto de comercio realizado en masa y por empresa, lo cual constituye la teoría más moderna del sistema objetivo; sin embargo, el Código de Comercio establece actos aislados como la emisión de títulos valores, que no son en masa ni por empresa y además la exigencia de la matriculación como característica que no responde a la teoría moderna aludida por el proyecto del código de comercio, lo que deja en entredicho la teoría que afirma en que se fundamenta el código mismo. Lo anterior, nos lleva más bien a determinar si el sistema que se sigue, es mixto y si lo es predominantemente subjetivo o predominantemente objetivo.

Es claro que el sistema es mixto, pero que a criterio si no se puede ejercer el comercio sin ser titular de una empresa mercantil y tener como requisito indispensable que debe encontrarse inscrita en el registro de matrícula de comercio, para poder ejercer el comercio, establecer la calidad de comerciante y probar la propiedad de la empresa mercantil, y además se determine sancionar la falta de tal inscripción con el cierre del establecimiento comercial; y que tengan la calidad de comerciante los sujetos que se encuentren inscritos como titulares de una empresa mercantil, aún y cuando los mismos no ejerzan actos de comercio, hace pensar y dejar al descubierto que pese a haber querido la comisión abandonar el sistema subjetivo, ésta no lo logró de forma definitiva, puesto que con estas características se pueda afirmar que la teoría y sistema en que se

fundamenta el Código de Comercio Salvadoreño, en un sistema mixto, predominantemente subjetivo; lo cual en cierta medida estorba a los principios de libertad comercial y al libre tráfico mercantil.

2.2. Clasificación de la Obligaciones Profesionales de los Comerciantes.

Las obligaciones profesionales de los comerciantes, en nuestra legislación actual son de tres tipos; siendo obligaciones fiscales, obligaciones profesionales y las obligaciones contables; las primeras, es decir las fiscales se encuentran estipuladas en las leyes tributarias; mientras que las segundas y terceras como es decir las profesionales y las contables se encuentran reguladas en el código de comercio.

Para entender de mejor forma las obligaciones de los comerciantes, hay que recordar que las obligaciones emanan de Los contratos, cuasicontratos, delitos, cuasidelitos, las faltas y de la ley¹⁴³; debiendo entenderse por obligación, un deber de dar, hacer o de no hacer¹⁴⁴. Como es obvio, en las obligaciones de los comerciantes, nos encontramos ante aquel tipo de obligación emanado de la ley, ya que por el momento no incluimos las obligaciones personales ni contractuales; y es en razón de ello, que en virtud de la ley el comerciante debe realizar ciertos actos, abstenerse de otros o dar alguna cosa.

Estas obligaciones, se han establecido por varias circunstancias, siendo entre ellas las más destacadas como el proteger y dar mayor seguridad jurídica a

¹⁴³ Precisamente así ha estipulado el Artículo 1308 del Código Civil, el cual expresa claramente cuales son las fuentes de las obligaciones; siendo las mencionadas en el cuerpo del trabajo.

¹⁴⁴ La clasificaciones de las obligaciones en dar, hacer y no hacer, es solamente una de las formas en que se han clasificado las obligaciones, la cual encuentra su asidero legal en nuestra legislación, en el Artículo 1331 del Código Civil; el cual merece un buen estudio y que por no ser objeto de este tema, se deja para futuras investigaciones.

los terceros que contratan con el comerciante o que tienen relación con el mismo; así como para tener un control sobre el comerciante y su actividad.

Hay que tener en cuenta, que para el efecto de estipular obligaciones a los comerciantes, no debe atrofiarse el tráfico mercantil, el cual se destaca por ser ágil y antiformalista; notas características y que no se le deben coartar al derecho mercantil, puesto que de lo contrario perdería su naturaleza misma.

2.2.1. La Matricula de Comercio, como Obligación Profesional del Comerciante.

Esta obligación de registrarse o de obtener una matricula de comercio, variará según la legislación que se estudie ya que dependerá que sea o no obligatoria, según la concepción que se tenga del comerciante; puesto que es obvio que en un sistema subjetivo, la obtención de una matricula de comercio será un requisito indispensable para adquirir la calidad de comerciante y por tanto obligatoria en dicho sistema; y mientras que en el sistema objetivo, donde lo importante no es el sujeto sino el acto, la obtención de la matrícula de comercio no es un requisito indispensable, si no facultativo para el comerciante individual no así para el comerciante social; puntos aclarados anteriormente; y por tanto dicha obligación es concebida de forma diferente en estos sistemas.

La matricula comercio, en nuestro sistema, es una obligación profesional del comerciante, la cual se encuentra dentro de la obligación de publicidad que el mismo posee¹⁴⁵ y que se manifiesta a través del sistema publicitario registral, la cual se practica fundamentalmente por medio de inscripciones en el registro

¹⁴⁵ La publicidad Registral a la que se encuentra obligado el comerciante, no se puede desvincular de la función de publicidad del Registro de Comercio, la cual consiste en hacer públicos los actos jurídicos y la información que los mismos contienen, al público en general, permitiendo el ingreso gratuito a tal información, a través de una oficina pública.

mercantil, el cual se inspira en una serie de principios¹⁴⁶, como son el principio de publicidad formal, el de la publicidad material, el de legalidad, el principio de legitimación, y el principio del tracto sucesivo. Este tipo de publicidad, se ha dicho que es extraordinariamente importante en la actividad empresarial, para que el propio Estado y los particulares puedan conocer en cualquier momento con rapidez y certidumbre los más importantes datos referentes a los sujetos de esta actividad, sus cambios, mutaciones y ciertos aspectos del tráfico que realiza, y para que los propios empresarios puedan ampararse en los efectos jurídicos de la publicidad frente a los terceros que pretendieran ignorar o desconocer las consecuencias de los actos publicados.

Esta obligatoriedad de obtener matrícula de comercio, y sobre todo la de publicidad se refiere a que la cualidad de comerciante, muchas veces es de difícil comprobación en la práctica cuando se hace depender exclusivamente de la realización de operaciones mercantiles; es decir en un sistema objetivo, mientras que reconocida esta cualidad, la cual es de suma importancia para el público así como el conocimiento de múltiples hechos de la vida comercial, sobre todo aquellos que afectan a las relaciones de responsabilidad de comerciante se vuelve más fácil a través de la matrícula. En atención a este interés del público en general, es que las leyes imponen a los comerciantes una obligación de publicidad y hacen depender en muchas ocasiones de dicha inscripción la calificación legal de comerciante.¹⁴⁷

No hay que olvidar que la obligación según la definición corriente, es un vínculo jurídico en virtud del cual una persona determinada debe de realizar una prestación en provecho de otra.¹⁴⁸ Y es precisamente esto lo que hace el

¹⁴⁶ **URIA, R.**, *Derecho Mercantil*, novena edición, Pág., 95.

¹⁴⁷ **GARRIGUES, J.**, *Op. Cit.*, Pág., 14.

¹⁴⁸ **FERNÁNDEZ, O.**, *Régimen General de Las Obligaciones*, séptima edición, Pág., 20., y es que en el caso que nos compete, El vínculo jurídico existente del comerciante y Estado, y es el

comerciante al encontrarse obligado en virtud de la ley, a obtener una Matrícula de Comercio.

Los elementos que supone toda relación obligatoria están constituidos por los elementos personales y un elemento real; encontrándose entre los elementos personales el sujeto activo llamado acreedor y el sujeto pasivo llamado deudor.

El acreedor es la persona titular del derecho personal, la que está facultada para exigir; mientras que el deudor es la persona que se encuentra en la necesidad jurídica de realizar una prestación.

Somarriva, expresa que tanto el acreedor como el deudor deben ser determinados, porque una obligación cuyo sujeto activo o pasivo no pudiera ser determinado, no existiría tal obligación, ya que sólo entre personas determinadas puede darse un vínculo obligatorio.¹⁴⁹

El elemento real, es la prestación objeto de la obligación y que éste puede consistir en dar, hacer o no hacer alguna cosa¹⁵⁰, éste constituirá el fin de la obligación por la ventaja que el acreedor se promete de ella y la limitación impuesta al deudor por el deber que alcanza a este de hacer o no hacer algo¹⁵¹

Es por tanto la obligación de matricular la empresa mercantil, una obligación de hacer, la cual constituye el elemento real de la obligación, siendo los sujetos que intervienen en la misma, por un lado el comerciante como sujeto pasivo y por el otro el Estado como sujeto activo, y los terceros que tiene interés en el comerciante.

comerciante el que debe realizar una prestación como la cual es más bien una obligación de hacer, la cual consiste en realizar la inscripción en el registro de comercio teniendo, provecho del estado, el de tener un control sobre comerciante y en el caso de nuestra legislación, de percibir fondos al haber establecido un arancel de matrícula de comercio, dicho provecho alcanza también a los terceros que contratan o que tienen interés en comerciante ya que éstos también podrán acceder al registro de comercio, si embargo tal obligación en verdad no tiene un sujeto activo determinado.

¹⁴⁹ **SOMARRIVA UNDURRAGA, M.**, *Curso de Derecho Civil, Obligaciones en General*, Pág., 9.

¹⁵⁰ **FERNÁNDEZ, O.**, *Op Cit.*, Pág., 20

¹⁵¹ **SOMARRIVA UNDURRAGA, M.**, *Op Cit.*, Pág., 11.

2.2.2. Diferentes concepciones sobre la Matrícula de Comercio.

- A) En el Código de Comercio francés, la calidad de comerciante se deduce exclusivamente del ejercicio profesional de actos de comercio. Pero al comerciante se le impone la obligación de dar publicidad al contrato matrimonial, indicando la constitución eventual de dote o la comunidad de bienes pactada.
- B) En el Código de Comercio español de 1829 se seguía el sistema opuesto; para tener la consideración de comerciante, además del elemento del ejercicio del comercio, se exigía un dato cierto, extrínseco, inequívoco, de fácil comprobación: la inscripción en la matrícula de comerciantes, como requisito constitutivo del estado de comerciante.¹⁵²
- C) En el vigente Código de Comercio Español, sigue un sistema mixto, como el alemán, aunque en otro sentido: solamente los comerciantes sociales han de inscribirse en el Registro Mercantil para merecer ese calificativo. Pero el comerciante individual no inscrito no puede beneficiarse de los efectos positivos de la publicidad del Registro, ni pedir la inscripción de ningún

¹⁵² **GARRIGUES, J.**, *Op Cit, tomo II*, Pág., 14. Cabe aclarar, que autores como **De Sola Cañozares**, expresan que en el mismo código de comercio, la inscripción es obligatoria para las sociedades comerciales; y todo es facultativa para los comerciantes individuales como y lo que se ha querido y estimular la inscripción de los comerciantes individuales y el efecto del código de comercio ha prescrito que el comerciante no inscrito no podrá pedir la inscripción de ningún documento del registro mercantil ni aprovecharse de sus efectos legales. **DE SOLA CAÑOZARES, F.**, *Op Cit., tomo II*, Pág., 124

documento en el Registro. Por otra parte, la falta de inscripción de ciertos actos de la vida mercantil impide que puedan ser opuestos a tercero.¹⁵³

2.2.3. Especificación de la teoría que se aplica en la Regulación Jurídica que el Código de Comercio Salvadoreño hace sobre la Matricula de Comercio.

Actualmente en nuestra legislación, la matricula de comercio incluye solamente la matrícula de empresa y la de establecimiento comercial; la cual constituye una obligación profesional del comerciante; y éste debe solicitarla al Registro de Comercio dentro de los 60 días siguientes a la instalación de su negocio¹⁵⁴; y aunque lo que registra es la empresa, este documento mercantil reconocido como tal en nuestra legislación, es el único documento que puede acreditar la calidad de comerciante y la propiedad de la empresa mercantil, y se prohíbe el ejercicio del comercio sin ella¹⁵⁵.

¹⁵³ **DE SOLA CAÑOZARES, F.** , *Op Cit.*, tomo II, Pág. 107., en Alemania, el registro de comercio está regulado por la ley de jurisdicción voluntaria y el código de comercio, El cual tiene una triple función: a) publicidad, b) control y c) producir efectos jurídicos. El registro de comercio es un instrumento de publicidad para dar a conocer a terceros todo lo que puede interesarles de la vida del comerciante. deben declararse al registro de comercio confines a su inscripción el establecimiento, modificación, transmisión y extinción de una empresa, tanto si es individual como si es una sociedad, y también sus sucursales, la firma y las razones sociales, la procura y los poderes comerciales y la constitución, modificación y disolución de sociedades, determinados hechos importantes de la vida social que la ley determinan. Las inscripciones que las leyes requieren son obligatorias y la omisión tiene una sanción. En relación a esto, también lo explica **GARRIGUES, J.**, *Op Cit*, tomo II, Pág., 14.

¹⁵⁴ La obligatoriedad de inscribir y matricular la empresa mercantil y sus establecimientos dentro de los sesenta días posteriores a que ésta entró a funcionar, se encuentra establecida en el Art. 86 de la Ley del Registro de Comercio, el cual expresa que todo titular de una empresa mercantil o establecimiento comercial o industrial, que de conformidad al Código de Comercio deba obtener matrícula, estará obligado a solicitarla dentro de los sesenta días siguientes a la fecha de su instalación. Igual obligación tendrán quienes establezcan en el mismo lugar o en otro distinto, sucursales, agencias o nuevos establecimientos mercantiles a efecto de extender los que tenga ya establecidos y matriculados... acarreando una sanción por la falta y transgresión a tal disposición.

¹⁵⁵ Se dice que el ejercicio del comercio sin la Matrícula de Comercio, se encuentra prohibido, puesto que el Artículo 419 del Código de Comercio, establece que ninguna empresa mercantil

La comisión redactora del Código de Comercio, lo estipuló de esta forma tomando como criterio el de dar primordial importancia a la protección del público, el cual debe constituir la primera preocupación del legislador, con preferencia al interés personal del comerciante.

Además de ello, nuestro legislador ha impuesto al comerciante que éste debe de renovar la matrícula de comercio cada año para que de esta forma informe sobre los cambios que han sucedido en su empresa, y si el comerciante dejara de ejercer el comercio, debe informarlo al registro, solicitando la cancelación de su matrícula de comercio; se ha estipulado que tanto para la solicitud como para la renovación de matrícula de comercio, el comerciante tanto individual como social deben cancelar un arancel de registro que se ha fijado en virtud del activo que a ese momento tenga la empresa.

En resumidas cuentas, en nuestra legislación es la matrícula de comercio la que realmente otorga la calidad de comerciante de forma legítima a un sujeto, y si no la posee no puede ejercer el comercio.

Además de ello, como es de esperarse el comerciante debe encontrarse inscrito en el Registro de Comercio, para así tener derecho a la inscripción de otros documentos mercantiles, como poderes, contrato de arrendamiento de empresa, u otros que por su naturaleza necesiten la inscripción, y como antecedente el número de inscripción de la matrícula de comercio que debe poseer el comerciante; ya que de lo contrario no puede gozar de los beneficios que otorga el Registro de Comercio.

Es así, que en el caso del comerciante individual, es el titular de una empresa mercantil y además realiza actos en masa a través de esa empresa; sin embargo, como ya se dijo también para probar la titularidad de la empresa

ni sus establecimientos podrán funcionar sin tener su respectiva matrícula... Por lo que se hace evidente, que para poder ejercer el comercio, se hace indispensable la Matrícula de Comercio.

mercantil se requiere la matrícula de comercio, por tanto es un motivo para que si un sujeto no posee la matrícula de comercio, no pueda probar la titularidad de la empresa mercantil y por tanto no ostentar la calidad de comerciante, ni tener jurídicamente válida la titularidad de la Empresa Mercantil que explota.

En el caso del comerciante social, se ha estipulado en el código que las sociedades poseen calidad de mercantiles por el solo hecho de su constitución; sin dejar del lado desde luego, que las sociedades entran a la vida jurídica a partir de su inscripción en el Registro de Comercio; así es que como expresa la comisión redactora del código de comercio, los comentaristas de derecho privado cualquiera que sea de la escuela que pertenezcan, están de acuerdo en considerar el móvil de lucro y el reparto utilidades como típicas del contrato de sociedad, siendo así mercantil. Además, no cabe duda que la organización de las sociedades están comprendidas íntegramente en el concepto de empresa, como unidad económica, tal como ha sido adoptado por la comisión en las bases del proyecto del Código de Comercio. La sociedad no es mercantil por su forma, ni por su finalidad; su mercantilidad reside en el acto mismo de asociarse, porque éste presupone una actividad futura que se traducirá en toda una serie de actos que se realizarán dentro del plazo social. Es en consecuencia, un compromiso masivo.

Esto haría pensar, que el comerciante social, por su misma naturaleza no necesitaría la matrícula de comercio, lo cual no es así puesto que el hecho que éstas tengan la calidad de mercantiles, y que el fin de lucro está estipulado internamente en ellas, y que se les ha catalogado con la calidad de comerciantes por precepto legal; la misma ley les ha obligado a que también estas deba obtener su matrícula de comercio, la cual en realidad a pesar de tener un carácter probatorio de la calidad de comerciante y de la propiedad de la empresa mercantil, al comerciante social le serviría solamente para probar la propiedad de la empresa mercantil, puesto que en virtud de ley ostenta la calidad de comerciante.

De lo anterior, se infiere que la teoría que sigue el Código de Comercio en relación a la matrícula de comercio, como obligación profesional del comerciante, es basada en un sistema predominantemente subjetivo, en el cual se exige un dato cierto, extrínseco, inequívoco, de fácil comprobación: la inscripción en la matrícula de comerciantes, como requisito constitutivo del estado de comerciante y como un permiso para ejercer el comercio.

CAPÍTULO III.

3.1. INCIDENCIA DE LA MATRÍCULA DE COMERCIO EN EL ACREDITAMIENTO DE LA PROPIEDAD DE LA EMPRESA MERCANTIL POR PARTE DEL COMERCIANTE.

Para los efectos correspondientes, se hace necesario saber qué se debe entender por Propiedad, para así poder llegar a determinar la Propiedad de la Empresa Mercantil y la prueba de la misma, y por consiguiente, también se debe reconocer la Empresa Mercantil, como una cosa mercantil¹⁵⁶; así mismo, reconocer desde este punto que la legislación mercantil no posee una concepción de la Propiedad diferente a la legislación civil, sino más bien se apoya en ella; de igual forma hay que reconocer que nuestro Código Civil, data del año 1860 y que el mismo confunde los términos de dominio y el de propiedad¹⁵⁷ y los toma como sinónimos, cuestión que ha sido superada por la doctrina moderna y que a pesar de ello nuestra legislación lo siguiera regulando de la misma forma.

La especificación de la Propiedad que se hace en este apartado, no es amplia ya que no constituye el objeto de estudio; pero si se pretende agotar el punto suficientemente para comprender la Propiedad de la Empresa Mercantil.

¹⁵⁶ Y es que precisamente, nuestra legislación ha reconocido a la Empresa Mercantil, como una cosa típicamente mercantil y como un bien mueble, fundamentado en los Arts. 5, 553 y 555 del Código de Comercio, por medio de las cuales tal y como se observara más adelante, en realidad constituye al apego a una de las concepciones de cómo se reconoce la Empresa Mercantil, según la cultura jurídica en que ésta se desarrolle.

¹⁵⁷ **MUSTO, N. JORGE**, *derechos reales*, Tomo I, Editorial ASTREA, Buenos Aires, año 2000, Pág. 335. Según lo expone este autor, los términos propiedad y dominio, se usan a menudo en el lenguaje corriente como sinónimos, y la mayoría de autores, aunque reconocen que los códigos usan los términos como sinónimos en diversas ocasiones, están de acuerdo en asignar a la palabra propiedad un sentido mas amplio, reservando para el dominio el estricto sentido de derecho real que recae sobre las cosas.

3.1.1. El derecho de Propiedad sobre la Empresa Mercantil.

La importancia de la propiedad, es que ésta es la principal relación jurídica que establece la persona con las cosas, pues los demás derechos son desmembraciones o variedades de la propiedad, como ocurre con el usufructo, el uso o habitación, la prenda y la hipoteca.¹⁵⁸

Se ha dicho que el Código Civil, realiza una definición analítica del dominio o propiedad, dicha afirmación corresponde a que la definición del dominio o del derecho de propiedad se ha podido clasificar en dos grupos, siendo el primero el que realiza la definición analítica y el segundo los que realizan una definición sintética; las primeras pretenden explicar el concepto desde un punto de vista cuantitativo, es decir como una suma de facultades o atribuciones del dueño de la cosa sobre la cual recae el derecho de propiedad¹⁵⁹; mientras que en el segundo se basa en un criterio cualitativo y tratando de dar un concepto unitario de propiedad prescindiendo de la mención de las facultades que la misma otorgue viéndolo como un derecho unitario y abstracto siempre igual y distinto de sus facultades.¹⁶⁰

¹⁵⁸ **VALENCIA ZEA, A.**, Op. Cit. Pág. 2. Y es que un derecho que se ejerza en forma absoluta, indica que se encuentra protegido con acciones que pueden ejercerse contra todos, en los casos en que el derecho es desconocido o lesionado. Se ha dicho que la propiedad es el derecho que confiere al sujeto el poder más amplio sobre una cosa; en principio, lo faculta para apropiarse, en forma exclusiva de todas las utilidades que el bien es capaz de proporcionar; es decir que el mismo otorga el poder más amplio que se puede poseer sobre una cosa, lo cual lo diferencia de los demás derechos reales, los cuales otorgan poderes limitados y sólo autoriza aprovechamientos parciales, de ahí también la importancia de la propiedad, que es la libre disposición sin más limitaciones más que la ley y la voluntad del propietario sobre la disposición, utilización, disfrute que el propietario o dueño desee realizar sobre la cosa. **ALESANDRI RODRÍGUEZ, A. Y SOMARRIVA UNDURRAGA, M.**, Op. Cit., Pág. 135.

¹⁵⁹ **MUSTO, N. JORGE**, Op. Cit., Pág. 335. Al respecto este autor expresa que el dominio no es una simple suma de facultades, si no que su contenido es algo más, y distinto a la suma de ellas; puesto que en el núcleo del dominio queda un poder residual y elástico que subyace aún cuando la posibilidad de usar y gozar de la cosa haya sido cedida o se haya debilitado o el poder de disposición se halle enervado, condicionado o suspendido momentáneamente.

¹⁶⁰ **ALESANDRI RODRÍGUEZ, A. Y SOMARRIVA UNDURRAGA, M.**, Op. Cit., Pág. 136. en ese sentido, es que se pronuncia por igual el referido autor **NESTOR JORGE MUSTO**, Pág. 358, completando tal afirmación, al expresar que es por ello que el dominio subsiste aún cuando

Y es que la propiedad privada indica la existencia de una plena libertad no sólo para someter cosas singulares o universales a dominio, sino especialmente la libertad de producir cosas.¹⁶¹

Libertad de producir y adquirir cosas se expresa en el lenguaje corriente, afirmándose que la economía social (válgase decir la economía de una sociedad o un Estado), se deja a la iniciativa particular¹⁶². La iniciativa individual (sistema de la libre empresa) se traduce, en la libertad que tienen los propietarios de producir y adquirir bienes, de administrarlos en la forma que quieran, de realizar todas las gestiones económicas y culturales que produzcan ganancias.¹⁶³

no se posean las facultades que le caracterizan, siendo la mayor prueba de ello, que una vez cesen las circunstancias obstativas del ejercicio de los poderes o facultades que confiere éste derecho real, estos revierten inmediatamente hacia el propietario por virtud de lo que se le llamaría la fuerza expansiva o elasticidad del dominio, que no es otra cosa que la tendencia a la plenitud e integralidad de este derecho. Por ello es que éste autor, define el dominio como el derecho real por el cual se atribuye al titular un poder básico, complejo y genérico, lo mas amplio posible respecto de una cosa, que es su objeto y que, en principio, es pleno, exclusivo y perpetuo y con tendencia a recuperar estos caracteres apenas cesan los motivos que los afectan.

¹⁶¹ **VALENCIA ZEA, A.**, Op. Cit. Pág. 142. Y es que la propiedad privada representa el imperio de la Libertad, ya que es el dominio más completo de la voluntad sobre las cosas. Y aún más, el propietario no solo tiene libertad o dominio sobre las cosas existentes, si no especialmente la de producir nuevas cosas. Y es precisamente decir que se define la propiedad privada como la institución en virtud de la cual se otorga libertad a las personas, para que produzcan, adquieran y exploten cosas mediante la compra de fuerza de trabajo de quienes carecen de toda propiedad. Esta definición se ha dado para aquellas propiedades grandes pero también se da la siguiente definición para las pequeñas propiedades que son la producción de explotación de bienes mediante el trabajo personal del dueño. ambas son definiciones de la propiedad privada encaminadas a un país naciente capitalista tal y como es en nuestro.

¹⁶² Es precisamente esa iniciativa particular la que sustenta el Art. 102 de la Constitución de la República, el cual establece en su inciso segundo, "El Estado fomentará y protegerá la iniciativa privada dentro de las condiciones necesarias para acrecentar la riqueza nacional y para asegurar los beneficios de ésta al mayor número de habitantes del país." Este artículo pues enmarca tal iniciativa particular y además otorga al Estado las obligaciones de dar apoyo y facilidades a todo aquel que desee establecer o ampliar un negocio. Iniciativa, y sustrato constitucional, que no ha sido muy estudiado por los legisladores ni por la Jurisprudencia de la Sala de lo Constitucional, puesto que la misma se ha pronunciado únicamente en cuanto a la libertad económica, que es el primer inciso del artículo en comento, más no se ha pronunciado en lo absoluto en cuanto a la Iniciativa particular y la obligación del Estado de fomentarla y protegerla.

¹⁶³ **VALENCIA ZEA, A.**, Op. Cit., Pág. 139 y Pág. 313. Y es que el mismo autor en otra de sus obras, expresa que la propiedad privada descansa esencialmente en la libertad que el orden jurídico otorga a cada cual de producir y adquirir para sí toda clase de bienes, de administrarlos

3.1.1.1. La Empresa Mercantil.

En este apartado, se pretende establecer de la mejor forma, que se debe entender por Empresa Mercantil, observando algunas de las concepciones que sobre la misma se posee, intentando desde luego, encontrar aquel objeto sobre el cual recae el derecho antes relacionado, denominado dominio o propiedad; es así, que la Empresa surge en el sentido de una unidad de acción de una pluralidad de fuerzas humanas, en tiempos remotos sin trascendencia económica ni jurídica¹⁶⁴; ya que como es evidente, aún antes del surgimiento del concepto de empresa el derecho mercantil se regía por el concepto de comerciante o por el de acto de comercio, siendo tales conceptos los centrales para determinar la materia; y es hasta mucho tiempo después, que se pretende transformar el derecho mercantil en el derecho de empresas y es ahí donde alcanza el mayor realce tal concepto y al convertirse el mismo en una unidad económica.

La finalidad económica de tal unidad de acción forjó una noción económica de la empresa que se desarrolló con el capitalismo moderno, sin necesitar una noción jurídica¹⁶⁵. Fueron los economistas los primeros que se ocuparon de la empresa; pero no ha sido objeto de estudio por parte de los juristas hasta tiempos relativamente recientes, así para Joaquín Rodríguez Rodríguez,¹⁶⁶ “cualquiera que sea el concepto que se tenga de la empresa, ésta se nos ofrece como una unidad económica y contable, en cuanto organización concreta de los factores de

en la forma más conveniente, disponer de ellos y transmitirlos por causa de muerte. La propiedad privada, es pues, el dominio libre y total de la voluntad de una persona sobre cualquier medio o instrumento de producción, sobre todos los bienes que se produzcan, sobre las mismas producciones de la inteligencia y sobre la fuerza de trabajo de los trabajadores que se compra por un salario.

¹⁶⁴ **DE SOLA CAÑOZARES**, Op. Cit. Pág. 6.

¹⁶⁵ **Ídem**. Pág. 7. de ahí, que se considere la definición económica de Empresa, para orientar la definición jurídica de la misma, puesto que es la misma historia la que juzga tal institución con naturaleza económica y no jurídica; sin embargo, su realce e importancia actual, no puede escapar de la regulación jurídica del derecho y es por ello que se vuelve imperante la necesidad de reconocer un verdadero sentido jurídico de tal unidad económica.

¹⁶⁶ **RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ, J**, Op. Cit, Pág. 469.

producción para obtener una producción determinada, y en cuanto visión definida de su marcha económica en un período determinado.”¹⁶⁷ En cuanto a las legislaciones, la casi totalidad de ellas mencionan la empresa sin definirla, para determinar la comercialidad de ciertos actos, para reglamentar algunos de sus aspectos u operaciones en que ella interviene y para regular las relaciones laborales o con finalidades fiscales¹⁶⁸, tal evasión, se debe a que no poseen un criterio realista que abarque la totalidad de elementos y características que posee la Empresa; sin embargo, tal actitud no es la mas correcta, puesto que siendo de tal forma, ahogan al interprete de la norma teniendo que escoger él mismo la definición que más le parezca.

Los economistas consideran a la Empresa como la célula básica para la organización de la producción y formulan definiciones vinculadas a las ideas de unidad económica, agrupando y coordinando los factores humanos y materiales de la actividad económica. Es así que los juristas formulan definiciones que no se alejan de las de los economistas y que varían según observen la empresa en su estructura o en su acción dinámica, y según se refieran principalmente al elemento que consideren esencial o preponderante¹⁶⁹, lo que genera una variada clasificación de las perspectivas jurídicas de la empresa, pero ninguna de ellas sin tomar en cuenta la perspectiva económica.

El concepto jurídico de empresa no es una categoría claramente definible en derecho comercial, pero hay datos como para que la doctrina comercialista apoye

¹⁶⁷ **OSVALDO E. PISANI**, *Elementos de Derecho Comercial*, Parte general, Editorial ASTREA, Buenos Aires, 2002, Pág. 42. Para **OSVALDO E PISANI**, en el Concepto de Empresa, todos los autores coinciden en que es un concepto económico, no jurídico, y se la suele definir como “organización de los factores de la producción de bienes o de servicios destinados a su comercialización”; y que en realidad “Empresa es esencialmente despliegue de actividad económica organizada para determinado fin, esto es, una forma o despliegue particular de actividad por un sujeto; es una fuerza que opera sirviéndose de ciertos medios”.-

¹⁶⁸ **DE SOLA CAÑÓZARES** Pág., 7.

¹⁶⁹ **Ídem.** Pág.7.

su elaboración; en un primer momento el derecho comercial define al empresario como quien en forma independiente y mediante una unidad económica organizada, establecida en forma duradera, ofrecer prestaciones con valor económico a otros participantes del mercado¹⁷⁰; sin embargo tal caracterización apunta siempre al concepto de comerciante y no al de empresa si no que a su propietario, o sea al titular de la empresa¹⁷¹. Una fórmula para definir la empresa dice: empresa, en sentido estricto, es el ámbito de actuación conformado por la actividad económica, los bienes y derechos regularmente incorporados y adquiridos, incluyendo las deudas que le corresponde.¹⁷²

Sin embargo, hasta aquí no se ha dado una verdadera definición de Empresa, y es así que se han dado variadas concepciones y definiciones sobre la misma; a continuación se mencionan algunas de las definiciones que se han tratado de dar sobre la empresa y el autor que sostiene tal posición al definirla.

¹⁷⁰ **GARRIGUES**, Op. Cit. Pág. 258. Como ya se observo en el Capítulo II de esta misma obra, se ha disputa el hecho del concepto de empresario, ya que algunos autores lo toman como una función y calidad diferente a la del comerciante, otros como sinónimos y otros sustituyen un concepto por el otro; tal como lo expresa Joaquín Garrigues, la doctrina que vincula de una u otra forma al derecho mercantil con la empresa, sustituye a noción de comerciante por la de empresario o empresario mercantil.

¹⁷¹ Mas adelante, en el siguiente apartado se determinara la diferencia entre el propietario y el titular de la Empresa Mercantil puesto que en verdad no siempre el propietario de la misma es su titular.

¹⁷² **SCHMIDT, K**, Derecho Comercial, Traducción de la tercera edición Alemana, Editorial ASTREA, Buenos Aires, 1997. Pág., 68 de esta definición se extrae que la empresa tiene ciertas características esenciales; como son un mínimo de medios materiales y personales, una mínima medida de organización unitaria y la presentación de la unidad económica en el mercado. En este sentido, **OSVALDO E. PINZON**, se pronuncia expresando que mas bien la Empresa es organización; concretamente, organización de elementos que permiten el desarrollo de una actividad y que para desarrollarse necesita elementos personales, materiales e inmateriales y es esa organización y funcionamiento la que determina la existencia de la Empresa, debiendo existir de forma exclusiva el fin de lucro en el desarrollo de la actividad empresarial. **OSVALDO E. PISANI**, *Elementos de Derecho Comercial*, Parte General, Editorial ASTREA, Buenos Aires, 2002, Pág. 43

Wieland entiende por empresa el empleo de fuerzas económicas¹⁷³, es decir, de capital¹⁷⁴ y de trabajo¹⁷⁵ para la obtención de una ganancia ilimitada¹⁷⁶, lo que supone un riesgo que es la incertidumbre en la ganancia¹⁷⁷.

Vívante la define como un organismo económico que, bajo su propio riesgo, recoge y pone en actuación, sistemáticamente, los elementos necesarios para obtener un producto destinado al cambio.

Mossa afirma que la empresa es el organismo viviente de trabajo y de cosas materiales e inmateriales destinado, en comunión de hombres, a las finalidades de la economía social, y dice, además, que la separación de empresa como actividad,

¹⁷³ **M.M. ROSENAL y P.F. IUDIN**, Diccionario Filosófico, Ediciones Tecolut, 1971, Pág. 197, entendiendo las fuerzas económicas también como fuerzas productivas, estas expresan una relación del hombre con los objetos y con las fuerzas de la naturaleza utilizadas para producir los bienes materiales necesarios, la fuerza económica mas productiva de la Sociedad esta constituida por los productores, por los trabajadores, quienes constantemente perfeccionan los medios de trabajo, utilizan cada vez con mayor amplitud las riquezas de la naturaleza, aumentan su experiencia de producción elevando la productividad del trabajo.

¹⁷⁴ **G.D. ANISIMOV y OTROS**, Diccionario Marxista de Economía Política, Ediciones de Cultura Popular, S.A., Primera Edición, Pág. 32, el capital se presenta bajo el aspecto de una determinada suma de mercancías producidas en las empresas capitalistas y destinadas a la venta; por su valor, incluye el valor inicialmente anticipado y al Plusvalía, creada en el proceso de producción como resultado de la fuerza de trabajo.

¹⁷⁵ *Idem*. Pág. 246, es el trabajo el que crea el valor de la mercancía, cualesquiera que sean las condiciones sociales, el trabajo constituye un desgaste de fuerza de trabajo; mas cuando solo cuando solo se producen mercancías, aparece en forma específicamente social, se convierte en trabajo abstracto, que expresa la dependencia reciproca entre todos los productores de mercancías; el trabajo privado de cada productor es una partícula del conjunto del trabajo social necesario para que la comunidad subsista y se desarrolle.

¹⁷⁶ **G.D. ANISIMOV y OTROS**, Op. Cit. Pág. 111; y es que se da una transformación de la plusvalía a la ganancia y se debe a que el capitalista desembolsa capital no solo para contratar fuerza de trabajo, sino además para adquirir medios de producción, sin los cuales no puede darse el proceso de producción, lograr que los capitalistas obtengan ganancias máximas constituye la finalidad determinante de la producción capitalista dando como resultado superganancias monopolísticas; esto visto desde la sociedad capitalista. En una sociedad socialista, la ganancia es el ingreso neto de la sociedad creado por el trabajo adicional de los trabajadores de la producción material, no expresa la explotación del hombre por el hombre, no fabrica artículos el empresario para obtener ganancias sino porque son necesarios a la sociedad.

¹⁷⁷ En el mismo sentido se pronuncia **MANTILLA MOLINA**, quien considera la empresa como organización de los factores de la producción que son los elementos naturales, el capital y el trabajo.

y de hacienda como organización, indica momentos diversos de la vida de la empresa, sin contraponer ambas nociones.

Ascarelli considera que la empresa es la actividad del empresario y no la organización creada por éste, pues esta organización, objetivamente considerada, no puede decirse que sea la empresa, a menos que se la identifique con la hacienda.

Valeri define la empresa como la organización de una actividad económica con la finalidad de la producción de bienes o de servicios¹⁷⁸ actuando profesionalmente.¹⁷⁹

Escarra dice que la empresa puede definirse como una sociedad organizada en vistas a una finalidad económica determinada, y refiriéndose a la empresa comercial dice que es la repetición profesional de actos de comercio reposando sobre una organización preestablecida. De suerte que la empresa se opone al fondo de comercio en que en éste hay únicamente elementos materiales y en aquélla además el elemento humano.

Barassi dice que es la organización de los factores que se suelen llamar de la producción, concentrados en un sujeto físico o jurídico en vista de un determinado fin que cumplir, que no es necesario que sea de lucro.

Durand, que es el autor francés que más ha estudiado los problemas planteados por la noción de empresa, la considera como una sociedad organizada

¹⁷⁸ **G.D. ANISIMOV y OTROS**, Op. Cit. Pág.192; estos necesarios para la existencia y el desarrollo de la sociedad, la producción presupone tres elementos: 1) el trabajo como actividad humana dirigida a un fin, 2) el objeto del trabajo, es decir, todo aquello hacia lo que se orienta la actividad humana dirigida a un fin; 3) los medios de trabajo como: maquinas instalaciones herramientas con los cuales el hombre modifica los objetos y medios de trabajo, haciéndolos idóneos para satisfacer las necesidades humanas.

¹⁷⁹ En el mismo sentido se pronuncia, **Durand y Jaussaud** quienes definen la empresa como sociedad organizada, unidad económica de producción, como un organismo que se propone esencialmente producir para el mercado ciertos bienes u ofrecer sus servicios, independientemente desde el punto de vista financiero de cualquier otro organismo

con carácter jerárquico de naturaleza institucional, coincidiendo esencialmente, en este último aspecto,¹⁸⁰

Cordón dice que la empresa es el conjunto de elementos personales y materiales que al reunirse tienen la finalidad de obtener resultados económicos determinados, y la considera como una unidad económica que disminuye la función del titular, relegando a segundo plano la personalidad de éste; pero siendo, sin embargo, el titular de la empresa y no ésta, el sujeto de derecho, a la personalidad del cual está vinculada la posesión de la empresa.

Arecha define así la empresa: la unidad en que se manifiesta la organización del trabajo plurilateral, aplicado sobre la riqueza para producir un resultado.

Garriges, después de reproducir la definición de Wieland, añade que la empresa es ante todo un círculo de actividades regido por la idea organizadora del empresario, y constituye un conjunto de actividades y bienes patrimoniales y de relaciones de hecho, y concluye precisando que la empresa es un conjunto organizado de actividades industriales, de bienes patrimoniales y de relaciones materiales de valor económico.

Rotondi, partiendo de la base de que la hacienda se presenta como un concepto unitario, célula elemental en la producción de la riqueza, organismo resultante de la organización de los factores de producción, con el destino de una producción determinada, considera como empresa una forma más compleja de hacienda, propia de organizaciones muy avanzadas de producción y venta, siendo una especie cuyo género es la hacienda.

Hamel y Lagarde definen la empresa como la reunión de personas cuya actividad se agrupa con vistas a una finalidad económica netamente limitada, excluyéndose de esta definición los bienes que no son objeto de derecho ni

¹⁸⁰ **DE SOLA CAÑOZARES**, Op. Cit. Pág. 8.

elemento de la empresa, la cual está formada únicamente por elementos personales.

Hamel, al formular el cuestionario conjuntamente con Friedel para el Coloquio Internacional de 1954, en París, sobre el Derecho Privado y el Derecho Social, propuso la siguiente definición de la empresa: agrupación de personas que afectan, en común, sus capitales o su trabajo a una actividad económica, de la cual unos y otros obtendrán una remuneración.¹⁸¹

La comisión de la "Société d'études législatives", encargada del informe sobre la participación del personal de la empresa en los beneficios y en la gestión, propuso la siguiente definición: La empresa es un conjunto de medios humanos y materiales afectados a una producción de bienes o a prestación de servicios determinados.

En el Código Italiano no se define la empresa, sino el empresario, y se dice que es empresario quien ejerce profesionalmente una actividad económica organizada con la finalidad de producción o de cambio de bienes o servicios.

En la exposición de motivos del reciente Código de Comercio de Honduras, se define la empresa como conjunto de valores corporales, incorporales y de trabajo debidamente coordinados para el cumplimiento de un fin, representando un valor objetivo, porque en ella culmina el esfuerzo organizador del empresario, y la integración del trabajo del personal que de ella obtiene sus medios de vida.¹⁸²

Sin embargo, en el estudio que nos compete, por ser el de nuestro país, debemos aclarar que nuestra legislación establece un concepto de empresa, definido en el Artículo 553 del Código de Comercio, entendiéndose por tal aquel

¹⁸¹ **DE SOLA CAÑOZARES**, Op. Cit. Pág. 9

¹⁸² **Idem.**, Op. Cit. Pág. 10

conjunto coordinado de trabajo¹⁸³, de elementos materiales¹⁸⁴ y de valores incorpóreos¹⁸⁵, con objeto de ofrecer al público, con propósito de lucro¹⁸⁶ y de manera sistemática¹⁸⁷, bienes¹⁸⁸ o servicios¹⁸⁹. Y además según Artículo 554, del mismo cuerpo legal, la empresa mercantil es un bien mueble¹⁹⁰.

¹⁸³ **QUILLET**, Op. Cit., Pág. 299. El trabajo se puede definir en un mundo capitalista, como el esfuerzo humano aplicado a la producción de riqueza, en contraposición de capital. O como el producto del valor de una fuerza por la distancia que recorre su punto de aplicación.

¹⁸⁴ **GARRIGUES, J.**, Op. Cit., Pág. 178. Para el Jurista Joaquín Garrigues, las cosas corporales se encuentran conformadas por cuatro categorías: el material, las mercancías, el utillaje y los inmuebles. es así que desde el punto de vista del tráfico mercantil, a diferencia de la materia civil se distinguen los bienes entre el material del negocio (son las cosas muebles por naturaleza que no son mercancías y no están destinadas a la venta, sino que se utilizan por el comerciante de un modo accesorio y en la explotación), las mercaderías, el dinero, el utillaje (que son máquinas destinadas a la fabricación o transformación de los productos) y los inmuebles cuyo valor depende de la explotación de la empresa.

¹⁸⁵ **RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ, J.**, Op. Cit., Pág. 475. Los valores incorpóreos de que se habla, son aquellas señales o formas de identificación de una empresa determinada; y que en nuestra legislación se encuentra constituido por las marcas, expresiones o señales de publicidad comercial, nombres comerciales, emblemas, indicaciones geográficas y denominaciones de origen; reguladas de forma especial en la Ley de Marcas y otros Signos Distintivos. Siendo el signo distintivo, cualquier signo que constituya una marca, una expresión o señal de publicidad comercial, un nombre comercial, un emblema o una denominación de origen. Artículos 1 y 2 de la Ley de Marcas y otros Signos Distintivos, Decreto Número 868. En materia de propiedad inmaterial, se ha escrito mucho; sin embargo debe entenderse de forma general, que la misma es la que recae sobre bienes inmateriales, es decir, sobre ideas, en cuanto son porciones del pensamiento desprendidas de su fuente. la propiedad y material se refiere al nombre comercial, los avisos, a las marcas, las patentes, etc.; de la utilización de estos signos distintivos de la empresa se ha subrayado la existencia de tres principios directores, de es el del orden público, el cual tiene en cuenta la necesidad de que toda empresa se distinga precisamente de las demás; el de la protección del público, trata de impedir la confusión del mismo sobre la identidad del titular de una empresa sobre la calidad de sus productos, y el de la protección del titular contra la competencia ilícita. Estos signos, unas veces se refieren a la persona de comerciante; otras, al negocio o establecimiento y otras a las mercancías.

¹⁸⁶ **QUILLET**, Op. Cit. Pág. 530. El lucro se define como una ganancia o provecho; que en este caso concreto adquiere el comerciante por el ejercicio del comercio, realizado a través de una empresa mercantil.

¹⁸⁷ **Ídem**. Pág. 73. Ello quiere decir, que su actuar se ajusta a un sistema, constituido por un conjunto de reglas o principios sobre una materia enlazados entre sí. Que también se puede definir como un conjunto de cosas que ordenadamente relacionadas entre sí contribuyen a un determinado objeto.

¹⁸⁸ **Ídem**. Pág. 121. Nuestro actual Código Civil, define los bienes de una forma breve, en su artículo 560, el cual expresa que "Se llaman bienes todas las cosas que son o pueden ser objeto de apropiación, y se divide en inmuebles y muebles." Habría que agregar a esta definición que los mismos poseen un valor pecuniario, tal y como ya se verá en el transcurso de este trabajo. **VASQUEZ LÓPEZ, L.**, Constitución, Leyes Civiles y de Familia, Editorial LIS, 2001, Pág. 83. Otra definición, dada por el diccionario es la que expresa que en el lenguaje jurídico, se le llama bien a todo lo que puede servir para la satisfacción de las necesidades del hombre y

Es evidente entonces, que las diferentes concepciones de empresa recopiladas anteriormente, no son más que para poder orientar y tener una mejor noción de la concepción jurídica de la misma y que ésta no se ha podido separar de la concepción económica.

De lo anterior, solamente algo queda claro ahora, y es que antes se consideraba la posibilidad de tener a la Empresa Mercantil como sujeto de derecho, al menos en nuestra legislación.

3.1.1.2. Distintas Concepciones Doctrinales sobre la Empresa.

Sin descender al detalle de las doctrinas de los autores, puede decirse que las concepciones sobre la empresa se distinguen por considerarla una actividad; es decir, en su aspecto dinámico, o como una organización; es decir, en su estructura. Por otra parte, unos autores asimilan la hacienda al fondo de comercio, mientras que otros establecen una separación entre ambas nociones. Y unos comprenden la hacienda entre los elementos de la empresa, mientras que otros excluyen los bienes de la noción de empresa. En fin, discrepan también los autores al considerar

es susceptible de apropiación. Además de la clasificación de los bienes en corporales e incorporeales, existen otras, como la que divide los bienes en muebles e inmuebles, sobre la que reposa toda la legislación que regula los bienes, la que divide las cosas en consumibles y no consumibles, en fungibles y no fungibles, etc.

¹⁸⁹ *Ídem*. Pág. 35. Básicamente es la utilidad o provecho que resulta a alguien de lo que otro ejecuta en atención suya.

¹⁹⁰ Nuestra legislación el artículo 562 del código civil, expresa que son bienes muebles todas las cosas corporales y los derechos no comprendidos en el artículo anterior; siendo el artículo anterior el 561 del mismo cuerpo legal el cual define los bienes inmuebles como aquellos bienes raíces y los edificios y construcciones de toda clase adherente al suelo. expresando además que forman parte de los inmuebles las plantas arraigadas en el suelo, a los frutos pendientes, los yacimientos de las minas, las puertas, en canas, losas, etc., de los edificios, y en general, todos los objetos naturales o de uso ornamentación que estén unidos de una manera fija y estable a los bienes raíces, suerte que formen un solo cuerpo con ellos. Siendo además bienes inmuebles los derechos reales constituidos sobre las fincas urbanas o rústicas. Por lo que todo lo que se encuentre fuera de los bienes que se han denominado inmuebles, serán considerados muebles. Esto al igual que como toda regla general, posee sus excepciones; es así, que como se verá más adelante, la Empresa Mercantil, a pesar de encontrarse generalmente ubicada en un establecimiento comercial determinado, ello no implica que la misma sea un bien inmueble, si no que por el contrario, es en virtud de la ley que la misma se considera un bien mueble.

la empresa como una persona jurídica, como una universalidad de hecho o al negarle totalmente el carácter de universalidad.

Ya que el objeto de estudio, no es precisamente agotar el tema tan amplio como es el de la empresa, solamente se mencionarán tales teorías de forma enunciativa, puesto que lo único que se pretende es pues establecer de mejor forma como debemos entender el concepto que nos proporciona nuestro legislador sobre la empresa y sus elementos, sin intentar agotar todas las teorías doctrinales que sobre a misma versan.¹⁹¹

Dentro de las teorías que tratan de definir y estudiar la empresa y sus elementos, se encuentra la que considera ***La empresa como una Unidad Económica y Jurídica***; y en este sentido la empresa es una unidad económica y también el derecho debe tomarle en cuenta; sin embargo ello resulta posible sólo de forma limitada por lo que se opina que el paso más correcto sería el de reconocer a la empresa como sujeto de derecho, sin embargo el sistema jurídico lo impide y más bien se presta a reconocer a la empresa como unidad activa, se caracterizan por dos condiciones interrelacionadas, como el que sólo se la puede comprender satisfactoriamente mediante un análisis dinámico y un examen unitario.¹⁹² Los juristas partiendo del hecho que la empresa es una unidad, se empeñan en considerarla como un objeto unitario de derechos, partiendo del hecho

¹⁹¹ Doctrinariamente existen diferentes concepciones sobre la empresa mercantil, así para ***RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ, J.***, se clasifican las teorías unitarias, las inmateriales y las atómicas; con ello se quiere decir que según el estudio que realice el autor y según la concepción que el mismo posea, así será la clasificación que elabore, por lo que no se pueden evacuar todas y cada una de las concepciones doctrinarias citadas por los autores.

¹⁹² ***SCHMIDT, K.***, Op. Cit., Pág. 72. este autor considera que al tener a la empresa como una unidad jurídica, en la actualidad puede dar serios problemas más en el sentido que el comerciante moderno es mayoritariamente una sociedad y en este aspecto resulta a menudo difícil responder hasta donde llega a la unidad de la empresa. puesto que dice que si se analiza de cerca una unidad que funciona como gran empresa, puede resultar que sea explotada por una sociedad y que sólo esté dividida en sectores, plantas de explotación, etc., y puede resultar también que existan varias sociedades vinculadas jurídicamente como agrupamiento. esta constelación se torna aún más complicada por la circunstancia de que una situación de hecho y no necesariamente excluya la otra. Pág. 78

que es imposible identificar a la empresa con sus elementos patrimoniales aislados.¹⁹³ Además de esta doctrina, existen también las que se enfocan en la hacienda para determinar el concepto jurídico de empresa y sus elementos, así se encuentra la que considera la **Empresa como Actividad Oponiéndose a la Hacienda**.¹⁹⁴ Cuando Wieland la define como el empleo de fuerzas económicas la considera en su actividad oponiéndola a la hacienda, que es el conjunto de bienes utilizados en tal actividad. **La empresa como actividad, pero comprendiendo la hacienda**; Garrigues, afirma que la empresa es, pues, un concepto dinámico, así como el patrimonio de la empresa es un concepto estático. La empresa en marcha es, en suma, un conjunto dinámico de elementos heterogéneos, cosas corporales, derechos y relaciones materiales de valor económico que no son cosas ni derechos. Pero esta organización no es sujeto de derecho ni universalidad de hecho ni de derecho, ni goza de individualidad jurídica. Los elementos de la empresa aparecen unidos por el vínculo ideal del destino económico único.¹⁹⁵ Esta concepción, separa el concepto económico de empresa y para ella el fenómeno económico desde el punto de vista jurídico, existen dos aspectos; la empresa o actividad económica del empresario y la hacienda o establecimiento, que es uno de

¹⁹³ **GARRIGUES, J**, Op Cit., Pág., 163. los que consideran a la empresa como persona jurídica, tienden a entenderla como una unidad de los elementos de derecho y sus elementos económicos a efecto de facilitar el tráfico, y es el otorgarle la personalidad, el recurso más certero para la unificación. Según estas doctrinas, la empresa no solo es un medio de producción, si no que además a la fusión de los elementos aislados les corresponde una completa independencia jurídica y el nacimiento de un sujeto nuevo con vida propia. Expresa además el referido autor, que al estudiar la empresa como una unidad de este tipo, en realidad están tomando como empresa lo que no es, si no solamente una parte suya, operando solamente con uno de sus elementos, escapando de esta forma al análisis de los juristas. Pág. 171.

¹⁹⁴ **OSVALDO E PISAN**, Op. Cit. Pág. 43. este autor plantea, el establecimiento mercantil o hacienda mercantil, son conceptos identificados con el fondo de comercio y por consiguiente con el de empresa, por considerarlos estos últimos similares.

¹⁹⁵ Afirma que para alcanzar el concepto jurídico de la empresa que es ante todo un círculo de actividades regido por la idea organizadora del empresario, y este trabajo actúa sobre un determinado patrimonio, dando lugar a una serie de relaciones que son no sólo jurídicas, sino de puro hecho; y este autor concluye que la empresa es un conjunto organizado de actividades industriales, de bienes patrimoniales y de relaciones materiales de valor económico.

los instrumentos por medio de los cuales se realiza la actividad económica, y por tanto la empresa no es un conglomerado de elementos de distinta naturaleza organizados y unidos por un vínculo de finalidad económica, si no todo ejercicio profesional de una actividad económica organizada con la finalidad de actuar en el mercado de bienes o servicios.¹⁹⁶ Pero no establece una separación entre empresa y hacienda. **Paralelismo entre empresa como actividad profesional reposando sobre una organización y comprendiendo elementos humanos y conjunto de bienes y el fondo de comercio concebido exclusivamente como un conjunto de bienes**¹⁹⁷; Escarra considera la empresa como una repetición profesional de actos económicos que reposan sobre una organización preestablecida, y la concibe en términos generales como una sociedad organizada con vistas a una finalidad económica, afirmando que existe en la empresa un conjunto formado por actividades que realiza el elemento humano y por bienes que constituyen el fondo de comercio; además señala un paralelismo entre la noción de empresa y la noción de fondo de comercio, y señala que la diferencia resulta de que los elementos humanos no existen en el fondo de comercio, que es únicamente un conjunto de bienes. La empresa es, pues, una noción más comprensiva, de suerte que el fondo de comercio está contenido en la empresa. **Consideración exclusiva de la empresa como única noción jurídica sin contraponérsela a una noción distinta de hacienda, que es un momento de la vida de la empresa.** Mossa no separa las nociones de empresa y de hacienda y ha abandonado la expresión

¹⁹⁶ **GARRIGUES, J.**, Op Cit., Pág., 167. a ello opina el referido autor, que concebir la empresa de esta forma, es volver al punto de partida y que en verdad es la actividad del empresario y de sus colaboradores la que ha creado a la empresa como cosa distinta de esa actividad y que más bien es esa actividad económica la que crea a la empresa, pero no es la empresa misma; si no que la empresa es la organización de esa actividad y además un conjunto de elementos de variada naturaleza sobre los que se vierte la actividad organizada.

¹⁹⁷ **OSVALDO E. PISANI**, Op. Cit., Pág. 43. para este autor, los conceptos de fondo de comercio y empresa, son tomados como similares por la doctrina mayoritaria, y es una postura que comparte con los mismos.

"hacienda" para utilizar únicamente la de "empresa". Para este autor, la empresa es un organismo que comprende trabajo y cosas materiales e inmateriales con una destinación económico-social común y refiriéndose a la separación formal del Código actual Italiano entre empresa y hacienda, dice que se trata únicamente de distinguir momentos diversos en la existencia y vida de la empresa, pero sin contraponer las nociones de empresa y hacienda, señalando que el vocablo "hacienda" es el nombre con que se designó al principio la empresa dogmática comercialista.¹⁹⁸ **La empresa como organización de un conjunto de actividades y bienes;** Una parte de la doctrina considera la empresa como una organización más que como una actividad, o ve en la organización la característica esencial de la empresa. Es decir, que la empresa será la organización de la actividad económica. Esta organización es necesaria y existe en todas las doctrinas que consideran la empresa como un conjunto de actividades y de bienes con una finalidad económica y las que la definen como un organismo económico o como una institución. Así pues, esta considera que una empresa mercantil es una cosa distinta del edificio en que se asienta, de las maquinas que posee y de la mercancía que fabrica o vende y que la enajenación de la empresa, al pagar el precio, este sobrepasa el valor de los objetos materiales que contiene, y esto se debe a que la empresa es algo que sobrepasa el conjunto de las cosas y de los derechos pertenecientes a la empresa y que es ésta sencillamente, la organización de los medios de producción y una ocasión asegurada de venta.¹⁹⁹ **La empresa como institución.** Se ha mencionado la concepción institucional de la empresa derivada de las teorías de Hauriou sobre la institución, que se han aplicado a la

¹⁹⁸ Puede considerarse, en cierto modo, como posición semejante a la de Mossa, la de Carnelutti, quien señala como diferencia entre empresa y hacienda la que puede existir entre la función y la estructura, siendo la empresa la hacienda en movimiento.

¹⁹⁹ **GARRIGUES, J**, Op Cit., Pág. 168. para esta doctrina, las cosas materiales de la empresa pueden ser destruidas y continuar la vida de la empresa y por el contrario, pueden subsistir estos elementos materiales, cuando la empresa mercantil como tal ya ha dejado de existir.

empresa para explicar su naturaleza jurídica en el derecho francés, en el cual, como en muchos otros derechos, no se ha formulado un concepto legal de la empresa, utilizándose en yuxtaposición diversos contratos, siendo necesario reemplazar tal conjunto de nociones contractuales por una nueva noción que es la noción institucional. **La empresa como agrupación de personas con exclusión de los bienes que forman el fondo de comercio.** Hamel y Lagarde afirman que la empresa se distingue netamente del fondo de comercio, pues mientras éste reúne los elementos objetivos corporales e incorporales por los cuales se ejerce la actividad de la empresa, ésta es una reunión de personas cuya actividad se agrupa con vistas a una finalidad económica limitada, y por esto dicen que el estudio de las personas en derecho comercial debe necesariamente comenzar por el estudio de la empresa, mientras que el fondo de comercio, conjunto de cosas sirviendo a la realización de las finalidades perseguidas por la empresa, debe ser estudiado entre los bienes del derecho comercial.²⁰⁰ **La empresa considerada como especie y la hacienda como género.** Algunos autores asimilan en cierto modo las nociones de empresa y hacienda, y consideran que entre la empresa y la hacienda existe una relación de especie a género. Así, Rotondi considera como empresa una forma más compleja de hacienda, propia de organizaciones muy avanzadas de producción y de venta y concluye que la empresa es una especie cuyo género es la hacienda. Y Santero Passarelli afirma que la empresa es la hacienda estable y productiva de grande o mediana dimensión, y que la hacienda ocasional y la pequeña hacienda no quedan sometidas a la disciplina de la empresa. **La empresa como género del cual la hacienda es una especie.** Algún autor, dentro de la

²⁰⁰ En el coloquio citado celebrado en París en 1954, 102 Friedel, en su informe, después de afirmar que la empresa es una agrupación de personas, sostuvo que la inclusión en la noción de empresa de los bienes por ella utilizados, no es ni posible ni útil. Estos bienes son objeto ya sea de derechos reales, como el derecho de propiedad, ya sea indirectamente de derechos personales por los cuales se ponen a disposición de tal o cual persona en virtud de distintos contratos como el de trabajo, de depósito o de mandato. Estos bienes son simplemente afectados a la empresa.

relación de especie a género, mantiene una opinión a la inversa de la de los autores citados en el párrafo anterior, considerando que la hacienda es una especie de la empresa. ***Asimilación entre Empresa y Hacienda*** Se ha observado que en las diversas doctrinas mencionadas no se establece una neta separación entre las nociones jurídicas de empresa, y las distinciones que se refieren al punto de vista desde el cual se examina la empresa o se basan en relaciones de especie a género. Otros autores no establecen distinción alguna ni de momento ni de significación, de suerte que para una parte de la doctrina de diversos países, empresa y hacienda son vocablos que expresan la misma noción jurídica, o dicen que el fondo de comercio es el aspecto jurídico de la empresa o que económicamente la hacienda es la empresa y que jurídicamente la hacienda es un conjunto de cosas, o estableciendo una distinción añaden, sin embargo, que el concepto de empresa no tiene, en realidad, relevancia jurídica. Recordemos, en fin, que algunos autores hablan exclusivamente de empresa sin referirse a la hacienda, o estudian la hacienda sin referirse a la empresa.

Como se dijo, no se pretende agotar toda la estipulación doctrinal, pero sí generar un mejor panorama sobre el mismo y sobre todo en torno a la concepción de nuestra legislación mercantil.

De todo ello resulta que gran parte de la doctrina confunde las nociones de empresa y hacienda, situación agravada por la carencia de soluciones legislativas en esta materia, que es, sin embargo, muy importante y que está llamada a tener una extraordinaria importancia en el derecho comercial.

3.1.2. LA MATRICULA DE COMERCIO COMO UNICA PRUEBA DE LA PROPIEDAD DE LA EMPRESA MERCANTIL.

Cabe hacer una diferenciación más en este apartado, y es que como ya lo vimos anteriormente, en nuestra legislación se confunde el dominio con la

propiedad²⁰¹, diremos que el dueño de la empresa es el mismo propietario; sin embargo el problema que ahora se nos presenta, es si el propietario de la empresa

²⁰¹ **ALESANDRI RODRÍGUEZ, A. Y SOMARRIVA UNDURRAGA, M.**, Curso de Derecho Civil, Los Bienes y los Derechos Reales, tercera Edición, Editorial Nacimiento, Santiago de Chile, 1974, Pág. 136. Como ya se dijo anteriormente, la legislación confunde el dominio con la propiedad, y los toma como sinónimos; es así que el artículo 568 Código Civil al regular le llama dominio o propiedad, realizando una definición analítica al explicar el concepto desde un punto de vista cuantitativo como una suma de facultades y atribuciones del dueño de la cosa, dicho artículo reza literalmente: Art. 568. Se llama dominio o propiedad el derecho de poseer exclusivamente una cosa y gozar y disponer de ella, sin más limitaciones que las establecidas por la ley o por la voluntad del propietario. Así considera **VALENCIA ZEA, A.**, Derecho Civil, Tomo II, séptima edición, Editorial TEMIS, Bogota Colombia, 1983, Pág. 138. según el análisis de este doctrinario, la esencia de esta definición se encuentra en el poder que tiene el propietario para disponer y gozar de la cosa arbitrariamente, vale decir, según el propio arbitrio que equivale a obra con entera libertad. y es que la propiedad privada representa el imperio de la libertad, esto es, El dominio más completo de la voluntad sobre las cosas, aún más el propietario no sólo tiene libertad en el dominio sobre las cosas existentes, si no especialmente la de producir nuevas cosas. esta libertad implica la necesidad de otra libertad complementaria que es la de comprar fuerza de trabajo. En el mismo sentido se pronuncia **CABANELLAS G.** Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual, Tomos III y VI, veintitresava edición, Editorial HELIASTA, Pág. 319 y 462. Para quien el dominio, es la facultad de usar y de disponer de algo; y en especial, de lo que por eso es propio. Para **Savigny**, es la extensión de la libertad individual o derecho a percibir la mayor suma de utilidades que produzca una cosa. Para **Sánchez Román**, se trata del derecho constituido en cosa corporal, que otorga a una persona el poder exclusivo de su libre disposición y aprovechamiento, sin más limitaciones que las establecidas por las leyes o por la voluntad del transmitente. La propiedad es por autonomía la facultad de gozar y disponer ampliamente de una cosa. El Legislador Argentino, lo considera como el derecho real en virtud del cual una cosa se encuentra sometida a la voluntad y a la acción de una persona. Y el legislador Español, como el derecho de gozar y disponer de una cosa sin las limitaciones que las establecidas en las leyes. Sin embargo, la diferencia entre ambos términos, se encuentra en sus terminologías latinas, de la cual el dominio significa señorío de algo inmueble, en cuanto es objeto de propiedad y así se considera más extenso el dominio que la propiedad. Mientras que otros concluyen que no toda propiedad es dominio; pero éste constituye un género dentro de la propiedad. Al respecto **VALENCIA ZEA, A.**, Op. Cit. Pág. 2. Expresa que un derecho que se ejerza en forma absoluta, indica que se encuentra protegido con acciones que pueden ejercerse contra todos, en los casos en que el derecho es desconocido o lesionado. Se ha dicho que la propiedad es el derecho que confiere al sujeto el poder más amplio sobre una cosa; en principio, lo faculta para apropiarse, en forma exclusiva de todas las utilidades que el bien es capaz de proporcionar; es decir que el mismo otorga el poder más amplio que se puede poseer sobre una cosa, lo cual lo diferencia de los demás derechos reales, los cuales otorgan poderes limitados y sólo autoriza aprovechamientos parciales, de ahí también la importancia de la propiedad, que es la libre disposición sin más limitaciones más que la ley y la voluntad del propietario sobre la disposición, utilización, disfrute que el propietario o dueño desee realizar sobre la cosa. **ALESANDRI RODRÍGUEZ, A. Y SOMARRIVA UNDURRAGA, M.**, Op. Cit., Pág. 135. De lo anterior, debe tomarse en cuenta que a pesar de que la propiedad en la actualidad se ha diferenciado del dominio, el código los toma como sinónimos y además le otorga ciertas características como la exclusividad de la cosa y la disposición de la cosa. La diferencia que actualmente se ha proporcionado sobre el dominio y la propiedad, es que se aplica el vocablo dominio para el derecho real que recae sobre la cosa

mercantil es el titular de la misma; por lo que habrá que definir quien es el titular de la empresa mercantil.

Se dice que el titular de la empresa, es el sujeto de imputación de todos sus derechos y obligaciones. La empresa es el punto de partida de esta imputación unificada. A cada titular de una Empresa corresponde necesariamente una empresa y a cada empresa, necesariamente, un titular.²⁰²

Resulta jurídicamente difícil establecer la relación entre el titular y su empresa, ya que tal relación no se trata de un derecho de propiedad; ya que pueden existir casos en que el capital invertido puede pertenecer sin inconvenientes, a un tercero como en el caso del arrendatario que puede ser el titular de una empresa mientras que el capital invertido pertenece a su propietario.

En el caso de las personas físicas, se entiende que cualquier ser humano y con las capacidades legales puede ser empresario y con ello también comerciante, en este caso el comerciante individual puede ser el titular de la empresa mercantil; en el caso del comerciante social el titular es la sociedad y no cada miembro de la misma.²⁰³

Para identificar quién es el titular de la empresa mercantil no se tiene que determinar quién es el que corre el riesgo, si no en nombre de quien se conduce la empresa, puesto que es quien debe asumir en forma inmediata y general los

material y el de propiedad que es respecto de todo género de derechos susceptibles de apreciación pecuniaria. Para otros, entre dominio y propiedad no hay diferencia sino simplemente puntos de vista, y es que la palabra dominio tiene un sentido predominantemente subjetivo, puesto que el mismo implica la potestad o poder que sobre la cosa corresponde a su titular mientras que la palabra propiedad lo tiene predominantemente objetivo, puesto que éste acentúa el derecho de la pertenencia de la cosa a la persona; **ALESANDRI RODRÍGUEZ, A. Y SOMARRIVA UNDURRAGA, M.**, Op. Cit., Pág. 135; mientras que para otros como lo expresa **JORGE MUSTO, N**, Op. Cit., Pág. 335., le asignan a la palabra propiedad, un sentido mas amplio, reservando para el dominio el estricto sentido de derecho real que recae sobre las cosas.

²⁰² **SCHMIDT, K**, Op. Cit., Pág., 85

²⁰³ **Ídem.**, Pág., 94

derechos y las obligaciones resultantes de la actividad empresarial. En la vida diaria y en los actos jurídicos que se desarrollan, la pregunta es en nombre de quien se ha celebrado un acto; siendo la respuesta que es en nombre del titular de la empresa; y sin embargo hay que considerar que ni el empleado ni el gerente son los titulares de la misma; y ni el representante legal es por sí mismo titular de la empresa que explota en nombre de quien no goce de capacidad plena; todos ellos actúan en nombre ajeno. Por el contrario, la transferencia de una empresa o su cesión conlleva la de su titularidad; es así que el fideicomisario y el arrendatario de una empresa son por sí mismos titulares de dicha empresa, así como lo es el usufructuario en la medida en que la empresa en su totalidad se haga objeto del usufructo. Esto es en razón que todos ellos conducen la empresa en nombre propio y no en representación y nombre de otra persona.²⁰⁴

Es así que puede verse en una misma empresa pueden coincidir la existencia de un propietario y la de un titular; lo que nos lleva a destacar la diferencia entre ambos. Y es que habiéndose hablado y definido quien es el titular, es fácil determinar que el propietario es aquel sobre el cual recae el derecho antes comentado, sobre el objeto del derecho de propiedad que es la empresa mercantil; por tanto se puede afirmar: ***que todo propietario puede ser titular de una empresa mercantil, más no todo titular de una empresa mercantil es su propietario.***²⁰⁵

²⁰⁴ **SCHMIDT, K**, Op. Cit., Pág., 96 sin embargo debe de tomarse en cuenta que el titular de la empresa debe tener capacidad para ser titular de derechos y de obligaciones; que además debe poseer la capacidad de ser parte en juicio, es decir capacidad jurídica procesal; además debe poseer capacidad para hacer concursado así como para actuar en forma jurídicamente eficaz y responsable.

²⁰⁵ **Atributos o Caracteres de la Propiedad.** Dentro de las características de la Propiedad, se encuentra el de ser un derecho absoluto, exclusivo y perpetuo; sin embargo, como es de esperarse algunos autores como más adelante se verá, no les otorgan tales caracteres, o a menos no de forma absoluta. **Ídem.** Pág. 143. Esta es la clasificación común; pero algunos autores como Arturo Valencia Zea, le otorgan dentro de las muchas características que se pueden mencionar de la propiedad privada, las más sobresalientes: a) La plenitud de la Propiedad o principio de universalidad (que equivale a decir el carácter absoluto); b) El de ser

un derecho exclusivo; c) La perpetuidad e irrevocabilidad (que equivale a decir el carácter perpetuo) y e) Que la propiedad no se extingue por el transcurso del tiempo, ni por el no ejercicio del derecho. **El carácter absoluto del dominio**, significa que el dueño puede ejercer sobre la cosa todas las facultades posibles y que el mismo posee un poder soberano para usar gozar y disponer de ella a su arbitrio, sin que nadie pueda impedirlo. **ALESANDRI RODRÍGUEZ, A. Y SOMARRIVA UNDURRAGA, M.**, Op. Cit., Pág. 137. es así, que el ya mencionado autor VALENCIA ZEA, éste es el más pleno y completo de los derechos que pueden tenerse sobre las cosas, en el sentido de que representa el más amplio señorío sobre una cosa; y es que ésta constituye la más amplia de las relaciones jurídicas que el hombre puede establecer sobre las cosas del mundo exterior. Siendo así que la propiedad representa el imperio de la voluntad sobre la totalidad de facultades jurídicas que pueden tenerse sobre una cosa. VALENCIA ZEA, A., Op. Cit., Pág. 143. Esta plenitud en derecho, se ha podido examinar desde varios puntos de vista, como son: a) en cuanto al objeto, siendo que todas las cosas del mundo pueden ser sometidas a propiedad; b) Que el propietario puede comerciar con toda libertad los objetos sobre los cuales recae su propiedad; y c) Que el propietario puede influir libremente sobre su cosa, modificándole inclusive su destino, transformarla en otra naturaleza diferente, paralizar su normal explotación y comerciabilidad o inclusive destruirla. **VALENCIA ZEA, A.**, Op. Cit., Pág. 144. Además, expresa éste autor que el referido derecho se revela también en el hecho que es el más absorbente de los derechos, ya que tiene la virtud de atraer hacia sí, todas aquellas cosas que de una u otra forma pueden presentarle un servicio en razón de colocarse bajo la esfera de influencia del objeto principal. (es lo que nosotros conocemos en el lenguaje jurídico como accesión, que es el modo de adquirir por medio del cual el dueño de una cosa pasa a serlo de lo que ella produce, o de lo que se junta a ella. Art.624 C.C.) Sin embargo, también se ha recalado por los constitucionalistas, que la afirmación de que el dueño posee un poder soberano sobre la cosa sin que nadie pueda impedirlo, es un poco aventurada puesto que se sabe que los derechos de una persona llegan hasta donde inician los derechos de otra persona y que además se debe observar el ordenamiento jurídico, el cual fija límites señalados por la ley y dentro de los cuales se desenvuelve el derecho de propiedad, y es de ahí que se toman como límites al derecho de propiedad tanto la voluntad del propietario como la disposición de la ley, y es por tanto dentro de estos límites que se encuentra el carácter absoluto del derecho del dominio. **BERTRAND GALINDO, F., Y OTROS**, Op. Cit., Pág. 815. Al establecerse las limitaciones al derecho de propiedad, expresan que el mismo no puede tener los carácter de absoluto, perpetuo, ni exclusivo, caracteres que se estudiarán más adelante, siendo en tal momento que se hará una mención más clara de tal postura y sobre todo, en que consisten tales caracteres que se le atribuyen al derecho de propiedad, especialmente por parte de los doctrinarios y autores en Derecho Civil. **VALENCIA ZEA, A.**, Op. Cit., Pág. 145. **El carácter exclusivo del dominio**, lo es por su esencia, puesto que en principio solo el propietario puede influir sobre la cosa objeto de propiedad; y supone la existencia de un único titular, quien además es el único facultado para usar, disponer y gozar de la cosa y de pedir la intromisión de cualquier otra persona. Es aquí en donde se revela la fuerza de este derecho, pues es el propietario quien puede rechazar la intervención de todos aquellos que no son propietarios, sobre la cosa objeto de propiedad. Sin embargo, la exclusividad no es un obstáculo para que puedan existir otros derechos reales sobre la cosa, puesto que junto al derecho de propiedad sin que este se desnaturalice, pueden concurrir otros derechos reales que limitan la libertad de acción del propietario y que se encuentra obligado a respetar. No debe confundirse la exclusividad, con el hecho de que puedan existir otros propietarios del mismo bien, los cuales se encuentren en copropiedad, y en tal caso todos los copropietarios poseerían el derecho de exclusividad sobre el inmueble. **ALESANDRI RODRÍGUEZ, A. Y SOMARRIVA UNDURRAGA, M.**, Op. Cit., Pág. 227. Visto en un sentido amplio como un derecho que pertenece a dos o más sujetos conjuntamente, según el francés, HENRI CAPITANT, la copropiedad constituye un derecho real, distinto del dominio, otorgando a su titular, el derecho

de adquirir parte de los frutos o el uso de la cosa en ciertos casos, intervenir en la administración, la facultad de pedir la partición de la cosa común, y la de oponerse a los actos de enajenación que pretendan realizar los otros copropietarios. **El carácter perpetuo del dominio**, se encuentra evidenciado en que éste no se encuentra sujeto a un límite de tiempo previamente establecido, y puede durar tanto como la cosa objeto de propiedad; y el mismo no lleva una razón de caducidad. La institución jurídica de la Caducidad, se asemeja a la prescripción extintiva en que produce la desaparición de un derecho por el transcurso del tiempo, presenta unos caracteres más severos que la referida prescripción. En la caducidad no se valora la falta de utilización de un derecho prescriptible; se trata del cumplimiento de un plazo, previsto legalmente o acordado por los particulares, a cuyo término ya no puede ejercitarse un derecho o una acción determinados. Por tanto, el plazo de caducidad no admite interrupción o suspensión. El efecto de la caducidad es automático, pudiendo ser apreciada de oficio; es decir, por la autoridad judicial y sin necesidad de alegarla la parte a la que beneficia. El plazo de caducidad se asemeja al plazo preclusivo, que es aquel dentro del cual puede realizarse determinado acto jurídico. **RÍBO DURÁN, L.** diccionario multimedia de derecho, bosch casa editorial, Barcelona, 1995; versión 1.0. Así mismo, el derecho de propiedad subsiste independientemente del ejercicio que se haga del mismo y es por ello que el propietario no pierde su derecho aunque no use la cosa, con la excepción del tercero que realiza actos de dominio sin la voluntad del dueño o contra ella durante el tiempo requerido por la ley para que ésta adquiere por prescripción. La perpetuidad, significa que dura y permanece para siempre o duración sin fin. Diccionario QUILLET. Tomo séptimo, Pág.51. Es decir que el simple transcurso del tiempo no extingue la propiedad y por tanto el simple hecho de no ejercer el derecho, no implica caducidad o prescripción de la propiedad. Siendo que para que se pierda la propiedad, requiere que otra persona adquiriera la posesión de propietario y que este durante un determinado tiempo, lo cual revela que para la propiedad no existe la prescripción extintiva, si no la prescripción adquisitiva o usucapión. **VALENCIA ZEA, A.**, Op. Cit., Pág. 147. La usucapión, también es conocida como adquisición por el uso, y es una forma de adquirir la propiedad y otros derechos reales que sean susceptibles de posesión. Se requiere que el sujeto adquirente o usucapiente use de la cosa como si fuera propia durante un plazo de tiempo. Este plazo es precisamente el que sirve para que se produzca la prescripción extintiva del derecho del anterior titular. El nuevo, al usucapir, realiza una prescripción adquisitiva. Esta tiene su fundamento en la necesidad de proteger una situación estable frente a una falta de diligencia en el uso de los derechos. **RÍBO DURÁN, L.** diccionario multimedia de derecho, bosch casa editorial, Barcelona, 1995; versión 1.0. También a esta cualidad, en ocasiones se le ha determinado como “irrevocabilidad”, es decir, que el derecho de propiedad es un derecho irrevocable; con lo cual se quiere significar que dada la configuración de la propiedad, éste se constituye como un derecho verdaderamente estable, puesto que su existencia no depende de la existencia de otro derecho; así mismo, por el aspecto subjetivo, se ha catalogado como un derecho irrevocable. **VALENCIA ZEA, A.**, Op. Cit., Pág. 146. Este autor especifica tales cualidades del derecho de propiedad, aclarando que objetivamente la propiedad tiene un contenido sumamente independiente; mientras que los demás derechos reales no son estables, puesto que algún día se transforman en otro o desaparecen. Es así que la irrevocabilidad de la propiedad en sentido objetivo, equivale a la afirmación de que es un derecho perpetuo. Más la perpetuidad solo puede predicarse relativamente, no en sentido absoluto, puesto que la propiedad se extingue cuando perece la cosa sobre la cual se ejerce. También se ha dicho que es irrevocable subjetivamente, en cuyo caso se refiere a que su extinción en el propietario depende de su voluntad y no de una voluntad extraña; ya que repugna al mismo concepto de propiedad la sola posibilidad de una voluntad distinta de la del propietario que pudiera hacer cesar ese derecho. En ese caso, se advierte que el señorío eminente no sería tanto del propietario como del extraño. Y se reconoce como única excepción a este carácter de la propiedad la expropiación por causa de utilidad pública o interés social. **Facultades o**

Habiéndose aclarado este punto, es pertinente pasar al estudio de nuestra legislación sobre la matrícula de comercio, como única prueba de la propiedad de la empresa mercantil; en cuyo caso debe entenderse en un primer momento que es este documento mercantil el único capaz establecer la propiedad que un sujeto, sea esta persona natural o jurídica, posee sobre una empresa mercantil; y es así como lo ha reconocido el inciso primero del Artículo 418 del Código de Comercio; el cual dice literalmente:

Art. 478. La constancia que de la matrícula extienda el registrador, será la única prueba: a) para establecer su calidad de comerciante; b) para comprobar la propiedad de la empresa y sus establecimientos.

Por tanto no hay duda pues, que en nuestra legislación si es la matricula de comercio el documento exclusivo para probar la propiedad de la empresa mercantil y de sus establecimientos.

elementos del derecho de Propiedad. Los requisitos que debe poseer la propiedad, son las facultades inherentes que posee el propietario sobre la cosa; las cuales se dividen en materiales y jurídicas siendo las primeras de las que se realizan mediante los actos que permiten el aprovechamiento del objeto del derecho y que será llamado uso, goce y consumo físico de la cosa; mientras que las segundas son las que se realizan mediante actos jurídicos y que constituyen los actos de disposición. **ALESANDRI RODRÍGUEZ, A. Y SOMARRIVA UNDURRAGA, M.**, Op. Cit., Pág. 166. La facultad de uso es una facultad del derecho de dominio, no se confunde con el goce y puede constituir por si sola el objeto de un derecho. **QUILLET**, Tomo VII, Pág. 274. También éstos son considerados como elementos del derecho de propiedad; y se han denominado en el devenir del tiempo, como: a) Usus (jus utendi), con el cual se especifica el derecho del propietario de servirse de la cosa para todos los usos lícitos a que se pueda aplicar; b) Fructus (jus fruendi), que se refiere al derecho del propietario de extraer de la cosa todos los frutos que ésta produzca; y c) Abusus (jus abutendi), que es el derecho del propietario de disponer de la cosa, inclusive de destruirla. **ALESANDRI RODRÍGUEZ, A. Y SOMARRIVA UNDURRAGA, M.**, Op. Cit., Pág. 167 La facultad de uso, se concretiza en aplicar a la cosa misma todos los servicios que es capaz de proporcionar, sin tocar sus productos ni realizar una utilización que provoque la destrucción inmediata de la cosa. Si mediante el uso de la cosa se llega hasta la apropiación de los productos, el uso se transforma en goce; y si la utilización de la cosa trae como consecuencia su destrucción, el uso se confunde con el consumo. Como ya se vio anteriormente, es la facultad de abuso, la que habilita al propietario para poder inclusive destruir materialmente la cosa, transformarla o degradarla. La facultad de disposición, es la facultad jurídica que recae sobre el derecho de propiedad; y constituye el poder del propietario de desprenderse del derecho que tiene sobre la cosa, sea en favor de otra persona o sea por un acto por causa de muerte o por uno entre vivos.

Todo ello trae consigo varias consecuencias, comenzando por el hecho que los medios probatorios que se han establecido en las Leyes, no son aptos para poder probar la propiedad de una empresa mercantil por parte de una persona, ya que solamente puede hacerlo mediante la Matrícula de Comercio; sin embargo, no hay que obviar una realidad en nuestra sociedad, y es que la mayor parte de comerciantes no poseen Matrícula de Comercio, lo que les implica no poder probar la propiedad de la empresa mercantil.

Otro problema que se presenta, es el hecho que no solamente el propietario es el que debe establecer una calidad jurídica; si no que también el titular de la empresa mercantil, que sin ser propietario de la misma, debe establecer además de su calidad de comerciante, la calidad en que tiene la empresa mercantil que maneja y representa; es decir, si la tiene a título de arrendamiento, comodato, etc.

No bastando con ello, también se presentan problemas dentro de un proceso judicial, sea este en materia penal o en materia mercantil, problema que se afronta al momento de establecer en un juicio la calidad de comerciante de un sujeto y sobre todo la propiedad o titularidad de la empresa mercantil por medio de la cual realiza actos de comercio; puesto que por ejemplo en materia Penal, en el Artículo 238 del Código Penal, se encuentra regulado el delito de Competencia Desleal, el cual consiste en propalar hechos falsos o utilizar cualquier otro medio fraudulento, capaz de ocasionar grave perjuicio a un competidor, con el fin de obtener para sí o un tercero una ventaja indebida; sin embargo, la tipificación de tal delito, debe atenerse a lo dispuesto en el Artículo 497 del Código de Comercio; por lo que debe haberse iniciado previamente una acción mercantil. Es así, que en materia mercantil, el acto de competencia desleal, como es de esperar también se encuentra regulado a partir del Artículo 491 del Código de Comercio, el cual como se puede observar, tiene que ser

cometido por un comerciante y como es lógico, de conformidad al Artículo 2 del mismo cuerpo legal, lo más lógico es que sea un propietario o titular de una empresa mercantil. Sin embargo, si el hechor del delito de competencia desleal es de los comerciantes que no poseen Matrícula de Comercio, el mismo no podrá acreditar la calidad de comerciante, ni probar la propiedad de la empresa mercantil dentro del proceso judicial, y por ende tampoco el ofendido podrá establecer tales circunstancias para poder ejercer una acción contra el infractor.

Tan es así el problema, que al ser en materia mercantil en donde se debe iniciar los actos judiciales, al querer el ofendido establecer la calidad de comerciante de su agresor, no podrá hacerlo, y por ende será el hecho cometido, un hecho totalmente atípico tanto en materia mercantil, como en materia penal; puesto que uno de los requisitos para la tipificación del hecho, es que haya sido cometido por un comerciante, lo cual en el caso comentado no podrá ser establecido, por lo que quedaría tal acto totalmente impune; todo ello, por no admitirse otros medios probatorios para poder establecer la calidad de comerciante y probar la propiedad de la empresa mercantil. Siendo el caso planteado, nada más uno de los que se pueden presentar.

Por si fuera poco, todo esto implicaría además la imposibilidad del comerciante que no posee Matrícula de Comercio, de enajenar y de transmitir por causa de muerte su Empresa Mercantil, así como la celebración de cualquier tipo de contrato que recaiga sobre ella, ya que al no poder establecer la propiedad de la empresa mercantil, es como si en verdad éste no fuera su propietario.

CAPITULO IV.

4.1. PROCEDIMIENTO DE CANCELACIÓN DE LA MATRICULA DE COMERCIO Y SUS EFECTOS EN LOS ACTOS DE COMERCIO REALIZADOS POR EL COMERCIANTE.

4.1.1. La Cancelación de la Matrícula de Comercio.

Es importante estudiar la forma y el Procedimiento de Cancelación de Matrícula de Comercio, en especial de cómo es administrativamente, ya que es uno de los aspectos que como se verá, trascienden en la vida del comercio y de quien lo ejerce; haciendo solamente un comentario sobre la cancelación que se da por orden judicial, a el solo efecto de tener un mejor panorama de la situación que se nos presenta y de la amplitud misma del tema.²⁰⁶

Es necesario aclarar desde un inicio que se expondrá lo meramente procedimental establecido en la Ley y los respectivos comentarios, pero sin incluir los criterios registrales, ya que los mismos serán objeto de estudio especial en el siguiente capítulo.²⁰⁷

²⁰⁶ Cabe aclarar desde un inicio, que los comentarios y desarrollo de este tema, se estarían realizando en el supuesto que la norma jurídica que regula a la matrícula de comercio, es aplicada tal y como se encuentra regulada en la actualidad, sin intervención alguna de criterios registrales u otro tipo de injerencias en el procedimiento regulado. Como se verá más adelante, existe la forma judicial y administrativa de cancelar la matrícula de comercio, sin embargo se ha hecho énfasis a la cancelación administrativa, puesto que ésta es la que procede en el caso de la falta de renovación de matrícula de comercio y a la cual se encuentra obligado el comerciante cada año; y es precisamente tal procedimiento administrativo el que ha motivado el desarrollo de la investigación, puesto que es el que no se encuentra claramente establecido, ni justificado en cuanto a los principios generales del derecho.

²⁰⁷ Con el término procedimental, se quiere establecer que el estudio encaminado, precisamente aquella serie de pasos, concatenados entre si, tendiente se llegara a un resultado concreto; es decir, que se referirán a aquellos pasos establecidos en la ley, pendientes al alcanzar la cancelación de la matrícula de comercio, así como los demás procedimientos que se den en torno a esta y tengan injerencia en la misma, como en la imposición de multas por falta de renovación de matrícula de comercio por parte del comerciante, impuesta por el registro de comercio.

La cancelación, consiste en un asiento registral que declara extinguido un asiento registral anterior.²⁰⁸ Cancelar significa anular, hacer ineficaz un instrumento público, una inscripción en el registro, una nota en una obligación que tenía autoridad o fuerza.²⁰⁹ Es de recordar que si la matrícula de comercio es el único documento a través del cual el comerciante puede establecer su calidad de tal y probar la propiedad de la empresa mercantil, la cancelación de la matrícula de comercio, traería como consecuencia que el comerciante no pueda establecer su calidad de tal, ni probar la propiedad de la empresa mercantil; todo ello trae una serie de consecuencias, tales como:

- a) El artículo 553 del Código de Comercio, establece que la empresa mercantil se encuentra constituida por un conjunto coordinado de trabajo, de elementos materiales y de valores incorpóreos, con objeto de ofrecer al público, con propósito de lucro y de manera sistemática, bienes o servicios. Como ya se vio en un capítulo anterior²¹⁰, ésta es la definición que contempla nuestra legislación sobre la empresa mercantil; asimismo el artículo 565 del mismo cuerpo legal, establece que cuando una empresa mercantil deja de ser explotada por más de seis meses consecutivos, sin que su naturaleza justifique la suspensión, perderá el carácter de tal y sus

²⁰⁸ **RIBÓ DURÁN, L**, *Op Cit*, letra C.

²⁰⁹ **DICCIONARIO ENCICLOPÉDICO QUILLET**. Las palabras utilizadas por el diccionario que se comenta, son las más acertadas y para explicar en qué consiste la cancelación y sobre todo la cancelación de la matrícula de comercio, que en tal caso es precisamente hacerla ineficaz, anularla; es decir que si la eficacia de la matrícula de comercio, consistía en establecer la calidad de comerciante y probar la propiedad de la empresa mercantil, con la cancelación de la misma, se anulan y dejan ineficaces tales efectos; es decir, que el comerciante ya no podrá establecer su calidad ni probar la propiedad de la empresa mercantil, esto que en el registro que así lo establecía, a sido cancelado, y por ende ha quedado sin efecto.

²¹⁰ Para entender de mejor forma tal definición, habrá que remitirse al Capítulo III del presente trabajo, en donde se trató las diferentes concepciones en torno a la Matrícula de Comercio y las definiciones de los conceptos que la integran; para poder llegar así al punto de tener una concepción clara de lo que en nuestra legislación de forma integrada se debe entender en verdad por una Empresa Mercantil, y no solamente desde un punto de vista mercantilista, obviando los conceptos laborales y civiles que se mezclan.

elementos dejarán de constituir la unidad jurídica que el Código de Comercio le reconoce.²¹¹ Asimismo, como ya se vio anteriormente ninguna empresa mercantil puede operar sin poseer su respectiva matrícula de comercio, y aquellos establecimientos que funcionen sin cumplir tal requisito, serán cerrados por el alcalde del lugar; esto trae como consecuencia, que si el cierre de tal establecimiento es por más de seis meses, la empresa mercantil podrá desaparecer, lo que nos trae a pensar sobre la calidad del comerciante, ya que nuestra legislación lo reconoce como el titular de una empresa mercantil y al desaparecer esta, el comerciante también pierde su calidad; es decir, que la cancelación de la matrícula de comercio, trae una doble consecuencia, el posible cierre del establecimiento comercial y por ende en muchos casos, el cese de operaciones de la empresa mercantil o inclusive su desaparición, así como la pérdida de la calidad de comerciante.²¹²

²¹¹ Para comprender con mayor amplitud este punto, es necesario remitirnos al capítulo III del presente trabajo, puesto que es en el mismo en donde se desarrolló el concepto de empresa, así como el titular de la misma y la diferencia que éste posee con el propietario. Se hace alusión a la desaparición de la empresa mercantil, porque la misma haya dejado de funcionar en un lapso de tiempo determinado, puesto que si se aplica la sanción del cierre del establecimiento comercial por falta de renovación de matrícula de comercio o la falta de solicitud de la misma, la empresa mercantil dejaría de funcionar, independientemente cual fuera su naturaleza o su actividad o giro comercial; por lo que dicha empresa mercantil desaparecería en caso de no rehabilitarse la matrícula de comercio o solicitarse la misma a efecto de abrir nuevamente el establecimiento comercial.

²¹² La pérdida de la calidad de comerciante a que se hace alusión, es en virtud del artículo 2 del Código de Comercio, romano I; el cual establece que son comerciantes las personas naturales titulares de una empresa mercantil, que se llaman comerciantes individuales; una interpretación a la inversa de tal disposición legal, es fácil deducir que no son comerciantes quienes no sean titulares de una empresa mercantil; como consecuencia de ello, el comerciante que no puede establecer la propiedad de la empresa mercantil por falta de una matrícula de comercio, la cual puede traer como consecuencia del cierre del establecimiento comercial y la desaparición de la misma; en cuyo caso dejaría de ser titular de la empresa mercantil, es lógico deducir que por ende también dejaría de ostentar la calidad de comerciante.

También se deben integrar los apartados desarrollados en este trabajo, en los capítulos I y II, en donde se ha determinado la orientación del Código de Comercio y la evolución histórica de la Matrícula de Comercio, que incluye parte de la evolución del concepto de comerciante; lo cual al integrarse, se ve de forma objetiva y completa como se aprecia la calidad del comerciante en

- b) Una segunda consecuencia, es directa para el comerciante y es cuando el mismo desea participar en licitaciones, puesto que las entidades licitadoras, siempre piden entre los requisitos para que un comerciante y su empresa puede entrar a la licitación, que posea matrícula de comercio debidamente registrada y actualizada, siendo que si la misma le ha sido cancelada al comerciante, este no puede participar en la licitación; puesto que a pesar que tal cancelación es imputable al comerciante por no haber cumplido con una de sus obligaciones profesionales, la consecuencia que el mismo acarrea existe de forma práctica.²¹³
- c) Otra de las consecuencias, es la que se refiere a los terceros con los cuales se obliga el comerciante, puesto que al ser el derecho mercantil un derecho que se caracteriza por su agilidad en los actos mercantiles, el comerciante que no ha renovado su matrícula de comercio y al cual se le ha cancelado la misma, puede adquirir obligaciones para con otros comerciantes o particulares, que desconocen la situación jurídica del mismo, y al momento de entablar una demanda judicial e intentar el embargo²¹⁴ sobre la empresa,

nuestra legislación, que como ya se ha mencionado, constituiría pues un concepto bajo una tendencia mixta predominantemente subjetiva.

²¹³ Esta situación, se ha visto con mucha más claridad, en el capítulo IV de este trabajo, en donde se trataron los derechos de los comerciantes y a cuyos estudios habrá que remitirse; en especial, al derecho al libre ejercicio del comercio, en el cual se ha concluido que la actual regulación y los criterios registrales que giran en torno a la matrícula de comercio, violentan el referido derecho de forma directa al impedir la libertad empresarial de los sujetos de nuestra sociedad, sin que se limite de forma excesiva el mismo.

²¹⁴ Las actividades de instrucción en el proceso de ejecución se concentran en la figura procesal del embargo, de la misma manera que las actividades de instrucción en el proceso de cognición convergen en las alegaciones y las pruebas. Así como en el proceso de cognición el tribunal ha de emitir una declaración de voluntad y para ello son precisas las alegaciones y pruebas que fijan los datos procesales en que se basará la declaración judicial, en el proceso de ejecución el tribunal ha de realizar una operación material que modifique la situación a que se refiere el proceso. Y como tal modificación se proyectará sobre unos bienes, el embargo es el instrumento que permite afectarlos a las resultas del proceso; o como también se ha dicho, el embargo es toda afectación de bienes a un proceso para facilitar al tribunal la satisfacción de la pretensión de ejecución que debe atender. **RIBÓ DURÁN, L**, *Op Cit*, letra E. De lo anterior, se

se encontrarían con que la matrícula de comercio se encuentra cancelada, y por tanto la empresa en referencia no tiene un propietario específico, encontrándose en la imposibilidad de trabar embargo sobre la misma y pudiendo hacer inclusive infructuoso el procedimiento judicial y evadida la obligación por parte del comerciante.²¹⁵

- d) Otra de las consecuencias, es que el comerciante para poder enajenar, hipotecar, usufructuar, o imponer algún tipo de gravamen sobre la empresa, debe poseer su matrícula de comercio para probar la propiedad que posee sobre la empresa mercantil²¹⁶, sin embargo si la matrícula de comercio le ha sido cancelada, el comerciante no podrá gravar ni enajenar por ningún título la empresa mercantil que explota, puesto que no podrá establecer que el es el propietario de la misma.²¹⁷

Las antes mencionadas, sólo son ejemplos de las consecuencias que produce la cancelación de la matrícula de comercio, más no las únicas, por lo que

deja en clara evidencia, que el embargo, no es otra cosa más que un instrumento por medio del cual se asegura el cumplimiento de la obligación patrimonial del demandado o ejecutado, y que en caso que el mismo no posea bien alguno, la ejecución se vería frustrada e infructuosa.

²¹⁵ Como se puede observar pues, no solamente se están violentando derechos de los comerciante a través de la legislación que gira en torno a la matrícula de comercio, si no que también se esta desprotegiendo derechos de los terceros que contratan con el comerciante; lo que deja en mas clara evidencia la necesidad de reformar o transformar la referida regulación.

²¹⁶ Así lo establece el Art. 418 del Código de Comercio, el cual establece que la matrícula de comercio, es el único documento para poder probar la propiedad de la empresa mercantil; y como es jurídicamente lógico, para poder disponer de la misma, debe poder establecer su propiedad, puesto que de lo contrario, los actos jurídicos que realice sobre ésta, podrían resultar no validos, sobre todo si los mismos deben de inscribirse; puesto que al no poseer un antecedente, puesto que se ha cancelado, los actos no podrían ser inscritos y por tanto no podrían adquirir validez jurídica o en su caso, no podrían ser oponibles ante terceros.

²¹⁷ Tal punto ha sido tratado con más detenimiento en el Capítulo III del presente estudio, al cual habrá que remitirse para poder tener una actitud más crítica sobre el problema. Este se representa por el hecho de ser la matrícula de comercio, el único documento capaz de establecer la propiedad de la empresa mercantil, lo que como se ha visto, deja nugatorios los demás medios probatorios y lesiona los derechos de los comerciantes, como es el derecho a la propiedad; sin embargo, no solo se presenta el problema con el propietario, si no que como se ha analizado, también se presenta con el titular de la empresa, aún más cuando éste no es el mismo propietario.

se vuelve de vital importancia realizar un estudio un poco más minucioso sobre esta figura.

La cancelación de la matrícula de comercio, puede ser temporal o definitiva²¹⁸, así lo ha establecido el artículo 422 del Código de Comercio; sin embargo, la ley no ha especificado en qué casos la cancelación de la matrícula de comercio será temporal, ni tampoco lo ha hecho para los casos en que procede la cancelación definitiva; por lo que dependerá de cada uno de las circunstancias en que procede la cancelación de la Matrícula de Comercio, reguladas en el referido artículo 422 del Código de Comercio²¹⁹. Sin embargo, es de lógica jurídica pensar que en los casos en que la cancelación de la matrícula de comercio se ordene judicialmente, será el Juez el que determine si la cancelación será temporal o definitiva, con excepción de aquellos casos especificados en la ley, como son por ejemplo, el Art. 495 del Código de Comercio, que se refiere a la competencia desleal, Arts. 343 y siguiente, que regulan las Sociedades nulas y las Sociedades irregulares, entre otros; a pesar que ni el Código de Comercio, ni la Ley del Registro de Comercio especifican cuando procede la cancelación temporal. En el caso que nos compete que es por falta de renovación de la matrícula de comercio, como más adelante se vera, la figura de la rehabilitación y su regulación deja en clara evidencia que la cancelación de matrícula de comercio por falta de renovación

²¹⁸ El término temporal se refiere a que dura por algún tiempo, es decir que pasa con el tiempo y que no es eterno; mientras que lo definitivo se refiere a lo que se decide, resuelve lo concluye; es decir que se toma una determinación definitiva sobre un punto determinado.

²¹⁹ Valga la aclaración en este momento que el artículo 422 del código de comercio, dentro del cual se ha establecido 10 literales cada uno con una posibilidad diferente para que proceda la cancelación de la matrícula comercio, se encuentran en ella mezcladas las que procede por la vía judicial, y las que lo son por la vía administrativa; lo cual habría que diferenciar según sea la autoridad que juzgue con la competencia correspondiente el supuesto de hecho regulado en cada uno de los literales, para así poder determinar en cuál de ellos corresponde cancelar la matrícula de comercio por la vía judicial y en cuales por la vía administrativa.

de la misma en el término legal establecido, es una cancelación temporal y no definitiva.²²⁰

4.1.1.1. Procedencia de la Cancelación de la Matrícula de Comercio.

Los supuestos jurídicos para la procedencia de la cancelación de la Matrícula de Comercio, sea ésta temporal o definitiva, se encuentran contemplados en el artículo 422 del Código de Comercio, el cual además establece que la cancelación se ordenará administrativamente por el Registro de Comercio o judicialmente por el Juez de lo Mercantil; siendo los supuestos que establece para su procedencia los siguientes:

- a) *Por sentencia ejecutoriada, que se emita en el proceso judicial correspondiente.*²²¹

Debe entenderse, que la sentencia que ordene la cancelación de la matrícula de comercio, habrá sido dada en un juicio sumario o en uno especial²²²,

²²⁰ Esta deducción se realiza, puesto que si la cancelación temporal se refiere a que la misma dura por algún tiempo el cual no es eterno, y pasado el mismo se rehabilitan los derechos suspendidos, es evidente que la cancelación de la matrícula de comercio por falta de renovación de la misma, se da de forma temporal; puesto que basta con que el comerciante cancele los derechos de registro, las multas respectivas y los derechos de registro de la matrícula que en ese momento solicita, para que la misma le sea rehabilitada, es decir, que se le rehabilita el derecho que se le encontraba suspendido; mientras que en ese caso concreto no es una cancelación definitiva, puesto que no se ha decidido de forma definitiva el no volverle a otorgar al sujeto una matrícula de comercio.

²²¹ Es evidente y el mismo Artículo 422 del Código de Comercio así lo establece, que es el Juez de lo Mercantil el competente para ordenar judicialmente la cancelación de la Matrícula de Comercio; por tanto aún y cuando un comerciante sea procesado penalmente por el delito de Competencia Desleal, no será el Juez de Sentencia el competente para ordenar la cancelación de la matrícula de comercio del comerciante, si no el Juez de lo Mercantil y en caso de no ser éste quien lo ordene, la misma no deberá ser cancelada.

²²² Todos los Juicios que se dan en materia mercantil, son sumarios; con excepción de los que expresamente especifique la Ley; y que según el Art. 2 de la Ley de Procedimientos Mercantiles, son: a) Los que tengan por objeto exigir el cumplimiento de obligaciones contenidas en documentos que traigan aparejada ejecución; b) Los que por razón de su cuantía deban tratarse en forma verbal, de acuerdo a lo dispuesto en el Título I del Libro Segundo, Parte Primera del Código de Procedimientos Civiles; c) Los de quiebra y suspensión de pagos;

tal como lo establece el artículo 2 de la ley de procedimientos mercantiles; en el caso de la reincidencia de la competencia desleal, el artículo es claro en especificar que la cancelación de la matrícula de comercio será de forma definitiva; sin embargo, en otros casos en que la matrícula de comercio deba cancelarse, y en la ley no se encuentra claramente establecido si será de forma definitiva o si lo será de forma temporal, será el juez de lo mercantil quien determina tal circunstancia.

Vale aclarar, que el artículo 422 del Código de Comercio, es claro en especificar que el juez competente para ordenar la cancelación de la matrícula de comercio; que es el juez de lo mercantil, haciendo hincapié en ello puesto que existen figuras mercantiles, que también se encuentran reguladas en el Código Penal; y no por ello tiene la potestad el Juez de lo Penal, para ordenar la Cancelación de la Matrícula de Comercio.

b) Por haberlo solicitado su titular o sus herederos, en caso éste sea un comerciante individual y hubiera fallecido.

En el caso de que lo solicite el titular de la empresa mercantil, y por ende de la matrícula de comercio, no necesita mayor explicación; puesto que tal solicitud implica que el comerciante desea dejar de ejercer el comercio de forma definitiva, y por tanto anular una de sus obligaciones profesionales como comerciante que es renovar su matrícula de comercio. En lo que respecta a sus herederos; en el caso que este comerciante hubiera fallecido²²³, es evidente que para poder solicitar la cancelación de la matrícula de comercio, es necesario que los mismos hayan

y d) Aquellos que tengan señalado un procedimiento especial. Todos los demás procedimientos que no se encuentran establecidos de esta forma, serán Juicios Sumarios.

²²³ El caso del fallecimiento, esta de más decirlo que se puede dar única y exclusivamente para el comerciante individual, no así para el comerciante social, quien no fallece, si no que se extingue a través de la liquidación; puesto que el fallecimiento es el cese de aquellos signos vitales de la persona humana, signos que evidentemente solamente posee el comerciante individual.

aceptado herencia del De Cujus; puesto que de lo contrario no ostentan la calidad de herederos, sin embargo una vez declarados herederos, se entiende que adquieren los derechos y obligaciones del difunto; por lo que en caso de querer seguir ejerciendo el comercio con la empresa que poseía su antecesor, necesitará cambiar la titularidad de la matrícula de comercio; asimismo, siendo estos los actuales herederos, podrán también solicitar la cancelación de la matrícula de comercio, en caso de no querer seguir ejerciendo el comercio con la empresa que poseía su antecesor; es decir, que también constituye una declaración de voluntad de rechazo de un derecho que han adquirido como herederos y un rechazo expreso del ejercicio del comercio; por lo que no hay problema alguno en que proceda la cancelación de la matrícula de comercio si estos lo solicitan.

c) Por incapacidad o inhabilidad sobreviniente de su titular para ejercer actos de comercio.

En este caso, nos encontramos en el supuesto que el comerciante si poseía la capacidad y la habilidad necesaria para ejercer comercio; sin embargo, por motivos eventuales el mismo ha perdido la capacidad²²⁴ o la habilidad²²⁵ para

²²⁴ La capacidad para ejercer el comercio, se encuentra establecida en el Art. 7 del Código de Comercio y debe entenderse que si ha perdido la capacidad, es porque en algún momento si la tuvo; los casos en que la ley dice que un sujeto es capaz para ejercer el comercio, son: a) Las personas Naturales que según el Código Civil son capaces para obligarse. b) Los menores que teniendo dieciocho años (entiéndase actualmente catorce años), cumplidos hayan sido habilitados de edad. c) Los mayores de dieciocho años (entiéndase también catorce años) que obtengan autorización de sus representantes legales para comerciar, la cual deberá constar en Escritura Pública. Y d) Los mayores de dieciocho años (también entiéndase catorce años) que obtengan autorización judicial. De todo ello, se deduce que la causal de incapacidad sobreviniente, se puede dar únicamente en el caso del literal a), puesto que en el caso de la mayoría de edad, es un supuesto de tiempo que no se puede retroceder y el caso de las autorizaciones no se puede anular, mientras que la capacidad intelectual de los sujetos si es algo que pueda variar, así como su nivel de comprensión de los actos que ejecuta.

²²⁵ Para el caso de la habilidad, se ha establecido en el Código de Comercio, las inhabilidades, ya que por lógica jurídica, todo aquel que no es inhábil es hábil para ejercer el comercio; siendo inhábiles para su ejercicio de conformidad al Artículo 11 del Código de Comercio: a) Los que por disposición legal no pueden dedicarse a tales actividades. b) Los privados de dichas

seguir ejerciéndolo; es decir, que ya no encaja en los supuestos establecidos en el artículo 7 del Código de comercio; como en la falta de capacidad para obligarse a la que se refiere el Código civil en el Atr. 1316; que es el único caso de incapacidad sobreviviente que puede ocurrir, puesto que el inciso último del artículo 7 del Código de Comercio es claro al establecer que las autorizaciones a que se refieren los romanos segundo tercero y cuarto, son irrevocables y deben ser inscritas en el Registro de Comercio. El Código Civil al respecto, especifica en el artículo 1317 que toda persona es legalmente capaz, con excepción de aquellas que la ley declara incapaces; siendo absolutamente incapaces, los dementes, los impúberes y los sordos que no puedan darse a entender de manera indudable; refiriéndose a estos supuestos y en especial al caso de demencia y de los sordos que no puedan darse a entender de manera indudable²²⁶, a que se refiere el código de comercio.

Sobre la Capacidad para el ejercicio del comercio, el Código de Comercio Español, se separó de casi la totalidad de legislaciones, al expresar que para tener tal capacidad se requería la concurrencia de tres elementos, como son: haber

actividades por Sentencia ejecutoriada. Y c) Los declarados en quiebra, mientras no sean rehabilitados. Dentro de los supuestos del literal a), se encuentran los incapaces para ejercer el comercio, por lo que se debe de entender al igual que anteriormente, que en este supuesto si la inhabilidad es sobreviviente, solamente se puede dar por la causal del romano I del Artículo 7 del Código de Comercio.

²²⁶ Y se tiene claro, pero no esta de más recalcar, que este tipo de personas y este tipo de incapacidades, deben ser declaradas judicialmente por el Juez de lo Civil competente, y no solamente porque una persona lo dice, ya que tal dicho debe ser establecido y probado mediante unas Diligencias de Declaratoria de Incapacidad; en donde sea declarada la persona, como un sujeto incapaz; con excepción de las personas jurídicas, que de conformidad al Artículo 1318 del Código Civil, se consideran absolutamente incapaces, en el sentido de que sus actos no tendrán valor alguno si fuesen adoptado en contravención a las reglas adoptadas para el gobierno de las mismas; lo cual representa un problema, ya que en casos serán capaces y en otros momentos no lo serán; sin embargo esto deberá ser un estudio de un nuevo trabajo, puesto que se corre el peligro que bajo esta interpretación se pretenda establecer que en algunos casos serán capaces para ejercer el comercio y en otros casos no lo serán, lo que genera inseguridad jurídica tanto para la sociedad como para los terceros que contratan con ella.

cumplido la edad de veintiún años; no estar sujeto a la potestad del padre o la madre, ni a la autoridad marital, y tener la libre disposición de sus bienes²²⁷.

Es decir, que la capacidad para ejercer el comercio, es una autentica capacidad de ejercicio; esto es, la capacidad necesaria para actuar en el mundo del derecho creando, modificando o extinguiendo relaciones jurídicas.²²⁸

d) Por liquidación voluntaria o judicial de la empresa.

Por liquidación, se pueden entender todas las operaciones necesarias para concluir los negocios pendientes a cargo de la empresa, para cobrar lo que a la misma se adeuda, para pagar lo que ella deba, para vender todo el activo y transformarlo en dinero constante y para dividir el patrimonio que así resulte²²⁹.

La liquidación de empresa se da específicamente, en la empresa individual de responsabilidad limitada; para la cual establece la ley que se liquidará voluntariamente siempre que lo disponga el titular, pudiendo llevar a cabo la

²²⁷ **GARRIGUES, J.**, Op. Cit., Pág. 262. a la vista de los requisitos implantados por la legislación Española, tenían capacidad legal para ejercer el comercio, no solo los mayores de edad no incapacitados y que no estuvieran sujetos a la autoridad marital si no también, los menores de edad emancipados y los mayores de veintiún años. Es decir, que la especialidad mas importante consistía en permitir el ejercicio del comercio a los emancipados mayores de veintiún años.

²²⁸ **RODRIGUEZ RODRIGUEZ, J.**, Op. Cit., Pág. 43. en tal sentido, expresa **GARRIGUES, J.**, Op. Cit., Pág. 264. Que la capacidad de obrar no es un presupuesto para la adquisición de la cualidad de comerciante, porque el incapaz no necesita explotar personalmente una industria mercantil. Para ser comerciante le basta el consentimiento de su tutor, confirmado por el consejo de familia (véase C. C., art. 269, núm. 4° Cod. Español.). Ciertamente que para gozar de la cualidad de comerciante, que es una profesión en el amplio sentido etimológico de la palabra, se precisa, a más de la personalidad jurídica propia de toda persona, incurrir en un supuesto de hecho especial y visible que sirva para diferenciar a los comerciantes de los que no lo son (realización de operaciones mercantiles, inscripción en el registro, etc). Mas no hay dificultad en admitir que esos hechos diacríticos puedan realizarlos tanto el propio presunto comerciante como otra persona que, obrando en nombre de aquel, le sujete a los efectos jurídicos de su propio operar. El representante del incapaz puede solicitar en su nombre la inscripción en el registro (v. núm. 3°, art. 74 del Regí. R. m.) y realizar por él los actos cuya repetición atribuirán al representado la cualidad de comerciante. La exposición de motivos confunde manifiestamente la capacidad jurídica con la capacidad de obrar del comerciante cuando dice que "no impone otras condiciones de aptitud para ejercer el comercio que las exigidas por el derecho civil para tener personalidad jurídica"

²²⁹ **Idem.** Pág., 238

liquidación nombrando a un liquidador; en este caso, se trata de que la voluntad del comerciante o más bien del titular de la empresa mercantil, no es que siga existiendo la empresa, por lo que es su voluntad que la misma sea liquidada. En cambio, en la liquidación judicial, se entiende que esta es de forma forzosa y también corresponde a la empresa individual de responsabilidad limitada; la ley en el artículo 619 del Código de comercio, establece que los casos en que procede la liquidación forzosa es: por quiebra de la empresa; por quiebra de cualquier otra empresa individual de responsabilidad limitada, perteneciente al mismo titular; por pérdida de la mitad del patrimonio de la empresa, o por una pérdida menor, si dicho patrimonio quedara reducido a menos de 20.000 colones. Esta causal no tiene aplicación, cuando el titular reintegra la pérdida mediante aportaciones complementarias, acto que deberá realizar dentro del mes siguiente a la fecha en que tuvo conocimiento de ella.

El artículo 620 del Código de Comercio, establece que en cuanto fuere aplicable se aplicaran las reglas contenidas para la liquidación de sociedades de personas, en la liquidación voluntaria o forzosa de la Empresa Individual de Responsabilidad Limitada.

e) Por la falta de renovación de la matrícula, si dejó transcurrir tres meses luego de vencido el plazo establecido en la ley.

Este caso tan esencial, que es el que precisamente ha impulsado a este estudio, se tratará de forma especial más adelante, así como se ha venido mencionando en el desarrollo del trabajo, de tal suerte, que será evacuado más exhaustivamente y para evitar la redundancia sobre el mismo, se deja latente para su momento de estudio. No está de más aclarar desde ahora, que es éste un caso muy concreto en el cual la cancelación se lleva a cabo de forma administrativa por el Registro de Comercio y no Judicial por el Juez de lo Mercantil.

f) Por la declaratoria judicial de quiebra de su titular.

La declaratoria judicial de quiebra del titular de la empresa mercantil, debe ser declarada por el Juez de Comercio competente, para lo cual el artículo 2 de la Ley de Procedimiento Mercantiles, lo establece como un procedimiento especial; siendo éste el procedimiento de Declaratoria de Quiebra, el cual debe ir contra el comerciante que ha cesado en el pago de sus obligaciones, y es constitutiva de un estado del mismo. El artículo 498 del Código de Comercio, establece además diez supuestos en los que se presume que el comerciante ha caído en quiebra los cuales son: Incumplimiento de sus obligaciones líquidas y vencidas. Insuficiencia de bienes en los cuales se pueda trabar embargo. Ocultación o ausencia del comerciante por quince días o más, sin dejar al frente de su empresa a alguien que legalmente pueda cumplir con sus obligaciones. Cierre voluntario de los locales de su empresa, por quince días o más, cuando tenga obligaciones que cumplir. Cesión de sus bienes en perjuicio de alguno de sus acreedores. Acudir a expedientes ruinosos, fraudulentos o ficticios, a parte de no dejar de cumplir sus obligaciones. Pedir su propia declaración en quiebra. Solicitar la suspensión de pagos cuando ésta no proceda, o cuando, concedida, no se concluya un convenio con los acreedores. Incumplimiento de las obligaciones contraídas en el convenio de hecho con motivo de la suspensión de pagos. En cualquier otro de naturaleza análoga a la de los anteriores.

El mismo artículo 498 del Código de Comercio establece que tales presunciones se invalidan con la prueba de que el comerciante puede hacer frente a sus obligaciones líquidas y vencidas con su activo disponible; por el contrario se confirman, y debe ser declarada la quiebra del mismo si no puede hacer frente a su obligaciones líquidas y vencidas con su activo disponible.

g) Por liquidación de la sociedad, o por haberse declarado nula o irregular, en caso de comerciantes sociales.

Para el procedimiento de liquidación de una sociedad, debemos remitirnos al artículo 326 del Código de Comercio, este expresa que disuelta la sociedad se pondrá en liquidación la misma; es decir, que un requisito previo a la liquidación de la sociedad, es la disolución de la misma.

Que se cancele la matrícula comercio, por la disolución y liquidación²³⁰ de la sociedad, es algo lógico puesto que tal actuación implica la desaparición del ente social; es decir, en este caso concreto, los comerciantes no son los que integran la sociedad si no la sociedad misma; y al desaparecer esta, es lógico que la matrícula de comercio que le fue otorgada también desaparezca; puesto que la liquidación implica la muerte del ente social, y por ello la desaparición del comerciante que poseía la matrícula de comercio.

En lo que respecta a la declaratoria de nulidad o de irregularidad de una sociedad; en el caso de la nulidad se establece en el artículo 26 del Código de Comercio; y es que en caso de declararse nulo el acto constitutivo de la sociedad, se debe proceder a la disolución y liquidación de la misma. En este caso, puede proceder por falta de alguno de los requisitos establecidos en el artículo 22 del Código de Comercio; tal y como lo establece el artículo 27 del mismo cuerpo legal.

²³⁰ **RÍBO DURÁN, L.** diccionario multimedia de derecho, Bosch casa editorial, Barcelona, 1995; versión 1.0. al darse esta etapa del proceso extintivo que subsigue a la disolución societaria. El también llamado período de liquidación se abre una vez disuelta la compañía. Consiste en una serie de operaciones secuenciales destinadas a la realización del patrimonio social que, una vez convertido en dinero, se utiliza para pagar a los acreedores sociales y, en último término, para repartir entre los accionistas. Mientras duran estas operaciones, la compañía se encuentra en un estado civil especial que se exterioriza formalmente añadiendo a su denominación las palabras en liquidación. Los administradores cesan en sus cargos y son sustituidos por los liquidadores. La sociedad en liquidación, sin embargo, conserva su personalidad jurídica durante ese período liquidatorio.

Existen además de estos otros casos en los que procede la nulidad de la sociedad, como es el regulado en el artículo 343 del Código de Comercio.²³¹

Es obvio que si la nulidad del acto constitutivo de la sociedad acarrea la disolución y liquidación de la misma, traiga como lógica consecuencia la cancelación de la matrícula de comercio, motivos que ya fueron expuestos al tratar la liquidación de la sociedad.

En lo que respecta a las sociedades irregulares, son aquellas cuya escritura social no reúna los requisitos legales necesarias para su validez, es decir los establecidos en el artículo 22 del Código de Comercio, más los especiales que la Ley exige para el caso de la sociedad que se trate, estableciendo el artículo 347 del Código de Comercio, que a las mismas se les aplicara el artículo 346 del mismo cuerpo legal el cual regula la posibilidad que sea ordenada su liquidación.

Sin embargo, tal supuesto es en el caso que la sociedad se halle inscrita; es decir que el Registro de Comercio haya pasado por alto los defectos que poseía la escritura social, puesto que el artículo 347 del Código de Comercio, establece que las sociedades que presenten irregularidades no serán inscritas hasta que sean subsanadas; lo que trae como lógica consecuencia que nunca se expide la matrícula de comercio a su favor, puesto que la misma se otorgaría hasta que la sociedad se encuentra formal y legalmente inscrita.

h) Tratándose de comerciante individuales, por existir más de dos acusaciones iniciadas en su contra, por delito contra patrimonio en las cuales se haya

²³¹ Para este caso, hay que tener en cuenta las nulidades y sus tipos, así como las causales; tales como la autonomía de la voluntad, que cuando es violentada por medio de la coacción, sea ésta física o psicológica, el acto que se ha ejecutado por parte del que recibe la presión, es un acto nulo jurídicamente, puesto que no es su voluntad llevarlo a cabo, al igual sucede con el error y el dolo. De ello pues se deduce que si existe un grado de complejidad en la declaratoria de nulidad de una sociedad, puesto que habrá que determinar en cada uno de los casos concretos, cual ha sido la causal invocada para que la misma sea declarada nula; y si dicha nulidad es absoluta o lo es de forma relativa.

hecho uso de la excusa absolutoria establecidas en la ley correspondiente; o por haber cometido el titular de la empresa cualquier clase de delitos, conforme sentencia judicial.

Tal causal procede en virtud de que un comerciante, debe ser de moralidad notoria y además, asegurar el ejercicio del comercio en forma legal y confiable, lo cual queda desvirtuado por los procesos judiciales en los cuales ha sido condenado, mientras no siga el proceso de rehabilitación, tanto penal, como para recuperar su matrícula de comercio; sin embargo, aún de esta forma cabría la posibilidad de que la matrícula de comercio no le sea renovada. Ello deja en mas clara evidencia la moralidad y la transparencia que se pretende tener en el país en el ejercicio del comercio, así como la ansiedad por otorgar una seguridad jurídica a los terceros que contratan con el comerciante, para que de esta forma no contraten con un comerciante al cual no se le merece buena fé.

i) *Por haber cometido su titular actos de competencia desleal, conforme sentencia judicial.*

El acto de competencia desleal, se encuentra también regulado en especial forma, en el Artículo 491 y siguientes del Código de Comercio, en el cual se establecen los supuestos de Competencia Desleal y además en el Artículo 495 del mismo cuerpo legal, establece claramente que comprobada judicialmente la reincidencia de los actos de competencia desleal, se cancelará definitivamente la matrícula de empresa del comerciante culpable; y además en virtud del Artículo 422 del Código de Comercio, en caso de ser condenado por la comisión del acto de competencia desleal, se cancelará la matrícula de empresa de forma temporal, por ser primera vez; ello se establece de esta forma, puesto que es evidente que alguien que realice actos de competencia desleal, será alguien que no se

encuentra moralmente solvente con la sociedad para ejercer el comercio y será alguien que no inspirará confianza.²³²

j) Por haberlo solicitado el representante legal de la sociedad extranjera, como consecuencia de su retiro voluntario del país.

Es evidente tal cancelación, puesto que es una voluntaria, en la cual no existe violación de derechos ni ningún tipo de comentario en especial; puesto que es evidente que si la empresa se retira del país, ésta debe solventar su situación jurídica, y en tal solicitud, interviene la decisión y voluntad del comerciante de dejar de realizar el comercio en el país.

4.1.1.2. Medios de Cancelación de la Matrícula de Comercio.

Los medios por los cuales se puede cancelar la Matrícula de Comercio, se refiere a cuales son las entidades competentes y como funciona cada una de ellas en el procedimiento de cancelación de la misma. Ya se ha mencionado con anterioridad, que el Artículo 422 del Código de Comercio, expresa que la Matrícula de Comercio puede ser cancelada por medio judicial o administrativo; sin embargo, de forma introductoria y general se tocaran estos puntos, para el solo efecto de determinar la diferencia entre ellos y la necesaria intervención de la administración en cualesquiera de las formas de cancelación del referido documento mercantil.

²³² El acto de competencia desleal, se encuentra definido por **RIBO DURAN, L.**, Op Cit., Letra C., como la actividad de competencia que, por corresponder a alguno de los actos o conductas tipificados legalmente como contrarios a las reglas de corrección y buenos usos mercantiles, pueden ser objeto de reclamación ejerciendo las acciones legales correspondientes. Entre otros actos, se consideran de competencia desleal los capaces de crear confusión por cualquier medio respecto del establecimiento, los productos o la actividad económica de un competidor; las aseveraciones falsas proferidas en el ejercicio del comercio y capaces de desacreditar la actividad o productos de un competidor; la utilización directa o indirecta de una indicación falsa o engañosa sobre la procedencia de un producto. Para que un acto de competencia desleal sea sancionable es preciso que produzca un daño o sea susceptible de producirlo.

A) Judicial.

El asidero de la posibilidad de cancelación de la matrícula de comercio por una orden judicial, se encuentra en el artículo 422 del Código de Comercio; sin embargo el mismo artículo aclara que no es cualquier entidad judicial la competente para ordenar la cancelación de la matrícula de comercio, si no que debe ser necesariamente el juez de lo mercantil; es decir que dicha cancelación debe de ser ordenada en un juicio mercantil que por lo general debe ser sumario con las excepciones reguladas en el artículo 2 de la ley de procedimientos mercantiles; excepciones en las cuales también se puede ordenar la cancelación de la matrícula de comercio en algunos casos como en los procesos de quiebra y suspensión de pago, en cuyo caso al finalizar el proceso también deberá ordenarse la cancelación de la matrícula de comercio; sin embargo de manera general al invertirse dicha orden en un juicio sumario, implica que el mismo contiene como sus partes esenciales: a) una demanda que ponga en acción al órgano judicial, b) un emplazamiento que haga del conocimiento del comerciante la demanda incoada para poder ejercer su defensa; c) un término de prueba en el cual se vertida la prueba a través de los medios probatorios avalados por la ley; d) culminando con una sentencia; que es precisamente en esta sentencia en donde se definirá si la matrícula de comercio debe o no ser cancelada, siendo también en este momento el pertinente para que el juez decida si al proceder la cancelación de la matrícula de comercio ésta sea la de forma temporal o definitiva, según lo regula el artículo 65 de la Ley del Registro de Comercio, debiéndonos guardar siempre de recordar que aún cuando la cancelación sea de forma definitiva, el comerciante puede seguir un trámite de rehabilitación de la misma; lo que conlleva a pensar que no existe una cancelación definitiva propiamente dicha.

Una vez que ha sido dada la sentencia definitiva por medio de la cual se ordena la cancelación de la matrícula de comercio, debe remitirse en un oficio juntamente con una certificación de la referida sentencia, dirigido al registro de comercio, con atención especial al departamento de matrículas de comercio; a efecto de que el registrador de matrículas de comercio acató la orden dada por el Juez de lo Mercantil que dictó la sentencia; es decir, que cuando la cancelación de la matrícula de comercio se ha ordenado por vía judicial, quien realmente cancela la misma, es el registro de comercio en su calidad de ente administrativo; y es precisamente entonces en donde se denota la intervención de la entidad administrativa ante un mandato judicial, el cual de no acatarse dejaría viva la matrícula de comercio; por lo que más bien, se haría notar un trabajo en conjunto entre el Juez de lo Mercantil que ordena la cancelación y el Registro de Comercio que realiza el acto material de la misma, y que para hacerla efectiva en este caso precisamente, no necesita un procedimiento administrativo previo, puesto que se le ha brindado un procedimiento judicial en el cual se le han garantizado todos los derechos constitucionales y procedimentales necesarios para el ejercicio de una buena defensa.

B) Administrativo.

Cuando se habla de cancelación temporal o definitiva de la matrícula de comercio ordenada administrativamente, debe entenderse que el único ente administrativo capaz de ordenar tal cancelación es el Registro de Comercio a través del Registrador de Comercio, en los casos en que como ya se observó anteriormente procede la cancelación; no tocando en este momento del procedimiento por medio del cual se cancela la misma, puesto que ese tema es objeto del siguiente punto a tratar; sin embargo vale la pena decir que no existe un procedimiento administrativo de cancelación de la matrícula de comercio en el cual

se le garantizan los derechos constitucionales y procedimentales necesarios para el buen ejercicio de la defensa por parte del comerciante, a diferencia del procedimiento judicial que ya se vio anteriormente. Será más adelante también en donde se estudiarán precisamente a algunos de los derechos que se violentan por la falta de un procedimiento administrativo para la cancelación de la matrícula de comercio.

En materia de matrículas de comercio, el Registro de Comercio es el único ente administrativo autorizado para otorgar las mismas; sin embargo también lo es para cancelarlas, de igual forma al Registrador de matrícula de comercio y en quien decidirá según la ley, o más bien aplicar a la norma jurídica al caso concreto, a efecto de determinar si la cancelación que llevará a cabo será una cancelación temporal o una cancelación definitiva de la matrícula de comercio; sin tomar en cuenta desde luego lo ya declarado en el caso de la orden de cancelación judicial en el cual se expresó que inclusive la cancelación definitiva de la matrícula de comercio, no está en definitiva y que el comerciante puede seguir un proceso de rehabilitación para poder obtener nuevamente su matrícula de comercio.

Sin embargo vale pena decir también desde ahora que al no existir un procedimiento de cancelación de matrícula de comercio, no existe una resolución fundada y jurídicamente justificada que conste por escrito en la cual se haga consta que se ha ordenado cancelar la matrícula de comercio, puesto que de documentarse dicha orden, solamente se hace de forma escueta y somera sin bases sólidas que justifiquen ni sostengan dicha resolución. Aun peor es el hecho que se suscite en la entidad administrativa; que es precisamente el hecho de la aplicación de criterios registrales que van inclusive en contra de lo regulado por la ley y de las obligaciones impuestas por la misma, estas formas generan dificultad en el estudio de la materia, puesto que ni siquiera se aplica por criterio registral la cancelación de la matrícula de comercio ordenada administrativamente; sino que

se ha mencionado que se comenzara a aplicar a partir del año 2006, tal y como se verá más adelante, donde también se examinará en los criterios registrales que versan sobre la regulación que existe en relación a la matrícula comercio, su forma de obtención y la forma en que la misma desaparece o es cancelada.

4.1.2. Procedimiento Administrativo de Cancelación de la Matrícula de Comercio.

Para poder diferenciar de mejor forma el método de cancelación de la Matrícula de Comercio y determinar si la forma de cancelación de la misma constituye verdaderamente un proceso o un procedimiento, se vuelve necesario diferenciar tales conceptos, y por supuesto, la aplicación de los mismos a la sede administrativa, es decir, el procedimiento administrativo, que como se verá más adelante, no se diferencia en gran medida con el concepto procesal general de dicho término.

Se dice que el proceso es el conjunto de actos jurídicos²³³ realizados principalmente por el juez y las partes, que atiende objetivamente a la realización del derecho sustantivo y, subjetivamente, a la solución de la controversia entre personas.

El procedimiento en cambio, es cosa distinta y se refiere más bien al conjunto de formalidades o trámites que rigen el proceso: así se habla de procedimiento escrito u oral; público o secreto; de única instancia o de doble

²³³ **MARAVILLA Y ROMERO, J.**, Derecho Procesal Administrativo, Segunda Edición, Editorial Revisada de Derecho Privado, Madrid, 1948, Pág. 31. Esta es la que los entiende los actos jurídicos como aquellos producidos por los seres humanos, pero sin consistir en declaraciones de voluntad, y que producen así mismo consecuencias jurídicas; Otra definición para TORRE, A. *Op Cit.*, Pág. 170, Los Actos Jurídicos, son aquellos que tienen por fin inmediato producir consecuencias jurídicas; Para otros, el acto jurídico es la unidad mínima del actuar humano que tiene relevancia jurídica; o, si se prefiere, es el área más reducida de la geografía del derecho respecto a los actos humanos.

instancia, etc. se trata de conceptos distintos, pero estrechamente vinculados, ya que todo proceso requiere un procedimiento.²³⁴

Otros dicen que “El proceso, en una primera acepción es una secuencia o serie de actos que se desenvuelven progresivamente, con el objeto de resolver mediante un juicio de la autoridad, el conflicto sometido a su decisión.

Pero sus actos constituyen en sí mismos una unidad. La simple secuencia, no es proceso, si no procedimiento. La idea de proceso es necesariamente teleológica. Lo que la caracteriza es su fin: La decisión del conflicto mediante un fallo que adquiere autoridad de cosa juzgada²³⁵. En este sentido, proceso equivale a causa, pleito, litigio, juicio.

Examinada esa unidad en sí misma, para poderla definir a través de su carácter esencial, de su contenido íntimo, se advierte que ella es una relación

²³⁴ **TORRE, A.**, *Op. Cit.*, Pág. 571.

²³⁵ Habrá que diferenciar a que tipo de Cosa Juzgada se refiere, si es a la Cosa Juzgada Formal o la Cosa Juzgada Material. La Cosa Juzgada Formal, se define como: El efecto procesal más importante que acarrea la terminación de un proceso mediante sentencia es el que se denomina genéricamente cosa juzgada y que implica la inatacabilidad de lo decidido en el proceso. Ahora bien, como que las posibilidades de atacar lo que se ha conseguido en un proceso ya terminado son variadas se habla de cosa juzgada formal para referirse a la inatacabilidad del resultado del litigio mediante la impugnación de la sentencia que le puso término; es la imposibilidad de atacar el resultado de un proceso impugnando el mismo mediante uno de los recursos judiciales previsto legalmente. Si no se interpuso el recurso dentro de plazo, o se desistió del mismo, o se ha desestimado, o se declara inadmisibles, la sentencia adquirirá firmeza definitiva. Uno de los principales efectos que se derivan del instituto de la cosa juzgada formal es que se abre la posibilidad de la cosa juzgada material. Es así, que entonces procede la Cosa Juzgada Material: Cuando la sentencia es no sólo irrecorrible sino también inatacable por la vía indirecta o mediata que supondría, por ejemplo, entablar un nuevo proceso, se dice que la sentencia adquirió la autoridad de cosa juzgada o que se ha producido la cosa juzgada material. Esta inatacabilidad indirecta hay que entenderla desde el punto de vista de su eficacia, y no de la posibilidad de formular un nuevo ataque. Caso de plantearse un nuevo proceso no podría desconocerse lo decidido en el anterior; esto es lo que constituye la auténtica inatacabilidad de la cosa juzgada material o, si se prefiere, la aplicación del principio básico non bis in idem (no dos procesos sobre lo mismo). El demandado contaría, pues, con la defensa denominada excepción de cosa juzgada. Su utilización sólo es válida cuando el nuevo proceso presente, respecto al ya terminado, tres puntos de identidad fundamental: identidad de sujetos (eadem personae), identidad de objeto (eadem res) e identidad de fundamento o causa de pretensión (eadem causa petendi).

jurídica.²³⁶ La relación jurídica procesal consiste en el conjunto de ligámenes, de vinculaciones, que la ley establece entre las partes y el órgano de la jurisdicción recíprocamente, y entre las partes entre sí.

El hecho de que esos ligámenes y vínculos sean muchos, no obsta a que el proceso sea en sí mismo una unidad, la notificación o el inventario son en sí mismos un acto, conformados a su vez de una serie de actos menores, nada obsta a que el proceso se conciba como una relación jurídica, unitaria, orgánica, constituida por un conjunto de relaciones jurídicas de menor extensión.²³⁷

En la acepción más general, el proceso es la causa judicial y sus escritos y agregados. Serie de actos que se suceden desde que se pide al juez la protección jurisdiccional hasta el momento en que se dicta la sentencia definitiva.

El procedimiento en cambio, es un conjunto de formas de lugar, tiempo y modo, de acuerdo con las cuales se realiza el donde, el cuando y el como de los actos procesales. Generalmente se encuentran establecidas en la ley; tienen carácter público y son de naturaleza instrumental, en cuanto a su finalidad es la de posibilitar la realización del derecho material. Todas las normas que rigen el procedimiento tienen, esencialmente, la misma índole, desde que cualquiera sea el objeto perseguido por medio del proceso, siempre se trata de obtener la prueba de hechos, permitir que, las partes puedan desarrollar sus puntos de vista, y llegar a que el juez pronuncie una sentencia en las mejores condiciones posibles en cuanto al conocimiento de esos hechos y el derecho aplicable.²³⁸

²³⁶ **TORRE, A.**, *Op. Cit.*, Pág. 171. Por relación jurídica se entiende el vínculo que la norma de derecho establece entre el sujeto del derecho y el sujeto del deber. Otro concepto de Relación Jurídica, es el que la entiende como el vínculo jurídico entre dos o más sujetos, en virtud del cual, uno de ellos tiene la facultad de exigir algo que el otro debe cumplir.

²³⁷ **PACHECO, M.** *Op. Cit.*, Pág. 258 y 259

²³⁸ **DICCIONARIO ENCICLOPÉDICO QUILLET**, *Op. Cit.*, letra P.

El proceso, desde un punto de vista aún más amplio, significa marchar, avanzar, ir hacia adelante. El proceso, pues, no es otra cosa que el camino que conduce a una finalidad.²³⁹

Entrando ya a la rama administrativa, se entiende que el concepto de procedimiento no varía en gran medida con el proporcionado por los procesalistas, sin embargo, se hace indispensable conocer el punto de vista de los peritos en la materia procedimental administrativa, aclarando previamente, para poder tener un mejor panorama, las formas en que se puede dar inicio a un procedimiento administrativo, en la sede administrativa.

El procedimiento administrativo o la relación con la administración pública puede iniciarse en tres situaciones distintas:

- a) El primer caso corresponde al momento en que nos ponemos en contacto con un órgano administrativo, cuando todavía no existe ninguna actuación administrativa sobre la cuestión concreta que va plantearse. Esta va a comenzar por la presentación del escrito. Ese escrito puede ser: de simple denuncia; de petición que interesa o la promulgación de nuevas normas; instancia que determina la incoación del procedimiento; o cuando se dirige a la administración, no para formular una petición que ponga en marcha un procedimiento dirigido a obtener un acto formal, si no para fines diferentes.
- b) Puede iniciarse también la relación al comparecer en un procedimiento ya existente, en tal caso la actuación ante la administración pública no va a determinar la iniciación de las actuaciones, puesto que éste ya

²³⁹ **MARAVILLA Y ROMERO, J.**, *Op. Cit.*, Pág. 7. Este autor considera que este concepto es el que responde a la verdadera esencia y naturaleza del proceso, y por su misma amplitud abarca todas las clases posibles de procesos. Los demás conceptos que se plantean suponen una visión parcial del concepto del proceso, visión muy propia de los procesalistas que estiman que sólo cuando existe una actuación de los tribunales de la jurisdicción ordinaria se puede denominar proceso a la sucesión coordinada de actos estatales tienden a la conservación del orden jurídico.

existen, bien porque se hubiere incoado de oficio o porque así se hubiese instado por otra persona. En tal caso la actuación va a determinar la intervención o incorporación como interesados en el procedimiento ya existente.

- c) Una tercera posibilidad es de iniciarse la relación con la administración pública al tener noticias de que en un procedimiento administrativo se ha dictado una resolución que nos afecta. En este caso la actuación se concretará en la impugnación de la resolución, impugnación que dará lugar a un procedimiento de impugnación o recurso.²⁴⁰

La única diferencia entre el proceso judicial y el administrativo radica en que el primero está constituido por la actuación de los tribunales judiciales, de los órganos de la jurisdicción ordinaria, mientras que el proceso administrativo se encuentra integrado por actuaciones de autoridades o tribunales no judiciales, si no exclusivamente administrativos.²⁴¹ Más unos y otros organismos son órganos Estatales, de carácter público, y, por ende, si la diferencia apuntada es válida para distinguir ambos procesos como especies de un mismo género, no lo es en cuanto en ellas se pretenda negar el rango de verdadero proceso al conjunto de actuaciones mediante las cuales la administración dicta sus resoluciones, especialmente en cuanto éstas afectan a derechos de los particulares.²⁴² Así pues,

²⁴⁰ **GONZALEZ PEREZ, J**, Manual de Practica Forense Administrativa, sexta edición, Editorial CIVITAS, 2001, Pág. 109-111

²⁴¹ **MARAVILLA Y ROMERO, J.**, *Op. Cit.*, Pág., 57. Este autor, afirma que además, no se puede dejar de lado tampoco el principio dispositivo y el de renovación en el procedimiento puesto que la diferencia del proceso civil al penal, en el proceso administrativo no puede afirmarse ni que domina el principio de la impulsión procesal de oficio por parte de los órganos estatales, ni tampoco que predomine el principio de la disposición del proceso por el interesado. en el proceso administrativo existe una feliz combinación entre ambos principios, que se muestra tanto por lo que toca a la iniciación del proceso entre sí mismo o de alguna de sus instancias, cuanto por lo que atañe al curso del procedimiento. todo ello por más que sea muy difícil sentar una afirmación de carácter general, dada la multiplicidad y disparidad de procesos administrativos.

²⁴² Es evidente que el procedimiento que actualmente se sigue para la cancelación de la matrícula de comercio, es un procedimiento que va encaminado a afectar derechos de los

el proceso administrativo no es más que una especie del proceso en general, sin embargo en un sentido riguroso y técnico, únicamente se deben designar como procesos aquellos caminos que conduzcan a actos que supongan una aplicación de normas jurídicas a casos concretos, una individualización de la norma, bien para reintegrar el derecho perturbado, bien para reconocer, declarar, modificar, negar derechos cuestionados.²⁴³

Son dos las ideas propias y esenciales de este procedimiento administrativo: La primera consiste en que el mismo participa de un concepto general del derecho propio del derecho judicial y que en sede administrativa dispone de importantes modulaciones; y la segunda que los objetivos son fines primordiales a los que se dirige el seguimiento de un expediente y que son: El de satisfacer los intereses públicos a través del conocimiento pleno de la totalidad de las cuestiones que afectan a la resolución que se debe adoptar por la administración; el de posibilitar la intervención del ciudadano de que va a ver mejorada o empeorada su situación jurídica tras la emisión del acto administrativo que concluyó el procedimiento.²⁴⁴

comerciantes, y por ende, debe ser regulado de forma correcta y no de forma tan simplista como se ha hecho; si en caso se pretendiera de todas formas dejar un procedimiento, puesto que lo correcto más bien sería que ni siquiera se regulara de la forma en que se regula, tal y como se planteará en las conclusiones de este trabajo. Cabe mencionar también, que es en el capítulo IV, que se trató y se observó como es que este procedimiento afecta varios de los derechos de los comerciantes y que verdaderamente atenta contra la integridad de los derechos constitucionales de los mismos.

²⁴³ **MARAVILLA Y ROMERO, J.**, *Op. Cit.*, Pág., 9. La doctrina del proceso debería constituir materia propia de generalización incluida dentro de la teoría general de derecho, y no hallarse acotada dentro del campo del llamado derecho procesal. porque en efecto de un sentido amplio no sólo existe el proceso judicial y el proceso administrativo, sino también el proceso legislativo en cuanto significa la serie de actos necesarios para la elaboración de leyes y demás disposiciones de rango normativo de que son concebidas hasta que empiezan a regir y ser aplicadas en virtud de precedente declaración del órgano estatal competente para ello; y mal puede negarse que el proceso legislativo constituye una sucesión de actos, emanado de órganos estatales y cuya finalidad es la conservación del orden jurídico, La relación del derecho, si bien es cierto que no se propone la actuación de la voluntad concreta de la ley, si no precisamente la declaración de dicha voluntad.

²⁴⁴ **AYALA, J.**, *Manual de Justicia Administrativa*, primera edición, Consejo Nacional de la Judicatura, Escuela de Capacitación Judicial, San Salvador, El Salvador, 2003, Pág., 78. este autor apunta que el proceso judicial que se siga ante órganos judiciales que forman parte de un

No se puede dejar de lado la finalidad del proceso administrativo que es obtener una decisión concreta de la administración que individualiza una norma jurídica o declare, reconozca, proteja un derecho cuya afirmación se pide, bien por persona interesada, bien por la propia Administración. La individualización de la norma jurídica o la actuación del derecho o interés, constituye la finalidad esencial del proceso administrativo. A veces es necesaria no sólo una mera declaración de los órganos Estatales Administrativos en dicho sentido, sino también medida de asesoramiento o de ejecución de la norma, derecho o interés.

La relación procesal que se instaura entre la Administración y el Administrado, surge desde que se inicia el acto o decisión administrativa hasta que ésta se logra; esta relación es de índole jurídica y se manifiesta por una serie de derechos y deberes del interesado y de la Administración. Así el primero tiene el derecho de aportar documentos, ser oído, de tener conocimiento de las resoluciones, de recurrir en su caso contra ellas, etc. Por otro lado se encuentra obligado a justificar sus pretensiones, reintegrar sus escritos, cumplir determinados requisitos formales, designar un domicilio, etc.²⁴⁵

poder autónomo al legislativo y el ejecutivo, siendo lo característico de este proceso: El constituir un conflicto entre dos partes sobre la aplicación del derecho; La imparcialidad esencial propia de la labor judicial; La igualdad aleatoria y probatoria de las partes del proceso; el disponer éste de una mayor complejidad y rigidez; y la preclusión de trámites y de presentación de escritos. mientras que la nota característica del procedimiento administrativo es: que constituye el medio ordinario de expresión jurídica de la administración; que en una amplia mayoría de supuestos no responde a una función de garantía del derecho sino que tiene por objeto conformar un cauce necesario de buena gestión pública; que la administración pública carece de los rasgos sustanciales de imparcialidad que son propios de la jurisdicción; y el existir una mayor flexibilidad y libertad formal en el desarrollo de las diversas fases procedimiento tales y trámites que deben practicarse en su seno.

²⁴⁵ **MARAVILLA Y ROMERO, J.,** *Op. Cit.*, Pág., 11. otros autores, toman como fines primordiales a los que se dirige el seguimiento de un expediente los siguientes: El garantizar la tutela de los intereses públicos, puesto que es así que el órgano administrativo que deba alcanzar una cierta decisión dispondrá de todos los datos objetivos, técnicos y jurídicos precisos para que ésta resulte conforme a derecho y satisfaga de mejor forma los intereses vinculados a esa resolución. y en segundo lugar el garantizar la audiencia de la totalidad de las personas físicas y jurídicas que cuenten con intereses legítimos afectados por la resolución, que en definitiva concluía el procedimiento; con ellos se pretende que con esa audiencia se satisfagan

Ciertamente la relación contiene una naturaleza jurídica, por supuesto menos compleja que la que tiene el derecho procesal judicial, puesto que en este intervienen normalmente al menos dos partes contrapuestas que ligan entre sí una relación y por otra parte existe un tercero que es el tribunal con el cual sostienen a su vez relaciones judiciales; por el contrario en el derecho procesal administrativo, no existen en realidad partes contrapuestas, si no sólo una relación entre la Administración y el interesado, bien como consecuencia de una petición o reclamación que éste dirige a aquella, bien a causa de que la administración se ve obligada a una actuación determinada que se refiere a un particular cuyos derechos va a afectar; en definitiva afectados por la decisión que aquella adopte. El particular y la propia Administración se relacionan pues directa y únicamente entre sí, siendo la intervención de la última, en un doble carácter, como órgano estatal que juzga a las pretensiones o a actos del particular interesado, y como ente jurídico que queda también afectado por la propia decisión que vierta.²⁴⁶

Se concluye pues que el derecho procesal administrativo no es otra cosa que el conjunto de normas que regulan el proceso administrativo; concebido de una manera amplia, el conjunto de normas que regulan las diversas clases de procesos administrativos.²⁴⁷

las garantías procedimentales mínimas que la totalidad de los ordenamientos jurídicos concede a las personas que tienen el carácter de interesados a un procedimiento administrativo, El de contar con el derecho a personarse en ese procedimiento al objeto de exhibir cual es la posición objetiva y jurídica que según su criterio debe alcanzar la administración pública competente, en lo que hace a la resolución dada a un concreto expediente administrativo. Asimismo se expresa **AYALA, J.**, Op. Cit., Pág.81.

²⁴⁶ **MARAVILLA Y ROMERO, J.**, Op. Cit., Pág., 12.

²⁴⁷ **Idem.**, Pág., 13.

4.1.2.1. Desarrollo del Procedimiento Administrativo de cancelación de la matrícula de comercio.

Tomando en cuenta solamente la cancelación ordenada administrativamente, se puede establecer con claridad que el fundamento legal para tal potestad, se encuentra regulado en el artículo 422 del Código de Comercio, el cual establece: que la cancelación temporal o definitiva de la matrícula de empresa o de establecimiento, será ordenada administrativamente por el Registrador de Comercio o judicialmente por el Juez de lo Mercantil.

Sin embargo, como se denota en el precepto legal, existe tanto la cancelación definitiva como la temporal, la cual procederá según sea el caso o supuesto jurídico en que se enmarque el comerciante en un determinado momento.²⁴⁸

El punto que ahora interesa, es la causal establecida en el literal e) del mencionado artículo 422 del Código de Comercio, la cual establece que procede la cancelación de Matrícula de Comercio, por falta de renovación de la matrícula si dejó transcurrir tres meses luego de vencido el plazo establecido en la ley.

Como ya se ha mencionado antes, la matrícula de comercio debe ser renovada por el comerciante, de forma anual, de conformidad con el artículo 420 del Código de Comercio; estos son los parámetros que nos establece el Código de Comercio en cuanto a la renovación y cancelación de la matrícula de comercio; es aquí en donde debemos remitirnos a la Ley de Registro de Comercio y a su

²⁴⁸ Es el artículo 422 del Código de Comercio, el cual como ya ha visto, determina cuales son las causales por las que procede la Cancelación de la Matrícula de Comercio, el cual a efecto de determinar que tipo de cancelación será, expresa que la cancelación temporal o definitiva de la matrícula, de empresa o de establecimiento, será ordenada administrativamente por el Registrador de Comercio o Judicialmente por el Juez de lo Mercantil, siguiendo el procedimiento establecido en la ley. Enumerando posteriormente, una serie de casos por los cuales procede la Cancelación de la Matrícula de Comercio; sin embargo, en ninguno de los casos en particular, especifica con claridad que tipo de cancelación es la que se debe de aplicar, si ésta debe de ser temporal o definitiva. A pesar de ello, el Código de Comercio realiza la enumeración, que ya antes se ha mencionado y comentado en este mismo capítulo.

respectivo Reglamento, así como a la Ley General de Registros; las cuales mediante un trabajo de hermenéutica jurídica, integrando la norma dará como resultado la comprensión completa de los preceptos legales que regulan la figura.²⁴⁹

La Ley del Registro de Comercio, en el artículo 1 al establecer la competencia del Registro de Comercio, expresa que ésta es la institución en la que se inscribirán las matrículas de comercio, cuestión que recalca el numeral 1º del artículo 13 del mismo cuerpo legal al establecer las materias de registro; y es el capítulo décimo el que desarrolla la regulación sobre la matrícula de comercio; y es que para la solicitud de la misma deben cancelarse derechos de registro, al igual que para la solicitud de renovación; derechos que deben apegarse a lo regulado en la tabla de Arancel de Registro que se encuentra en el artículo 63 de la Ley de Registro de Comercio.²⁵⁰

Ahora bien, lo importante de nuestro estudio y desarrollo de los artículos 420 y 422 del Código de Comercio, se encuentra a partir del artículo 64 de la Ley de

²⁴⁹ Como se observa, a diferencia de otros países, en nuestra legislación, se encuentra seccionada la regulación existente sobre la Matrícula de Comercio, ya que por una parte, la obligación se encuentra establecida en el Código de Comercio, así como los motivos por los cuales procede su cancelación; sin embargo, la forma en que se aplican las multas y el momento en que se cancela la misma, se encuentra regulada en la Ley de Registro de Comercio y por último, los recursos que el comerciante posee ante la cancelación de su matrícula de comercio, se encuentran regulados en la Ley General de Registros; por lo que se hace necesario poder integrar tal normativa, al solo efecto de entender tanto el actuar del Registro, como la regulación jurídica que rodea a tal documento mercantil.

²⁵⁰ La tabla de Aranceles de Registro, se encuentra regulada en el Art. 63 de la Ley del Registro de Comercio, la cual se establece de la siguiente manera: En Registro de Matrícula de Empresa Mercantil, de acuerdo a su activo, causará los siguientes derechos: De ¢ 100,000.00 hasta ¢ 500,000.00 - ¢ 800.00. De ¢ 500,001.00 hasta ¢ 1, 000,000.00 - ¢ 1,200.00. De ¢ 1, 000,001.00 hasta ¢ 2, 000,000.00 - ¢ 2,000.00. y si el activo es superior a los dos millones de colones, se pagará además cien colones por cada millón, pero en ningún caso los derechos excederán de cien mil colones. Por la renovación de la Matrícula de Comercio, la cual se debe realizar cada año, deberá la misma cantidad antes establecida en la tabla. Sin embargo, para las sucursales se ha establecido otra tabla extra, en la cual se establece que por cada Sucursal o Agencia, se pagará: Registro de la Matrícula de Cada uno de ellos (inclusive del primero) ¢ 300.00. Por la renovación de cada uno de los mismos: ¢ 300.00. Por el Registro de traspaso de Matrícula de Empresa o de sus establecimientos: ¢ 300.00. Si solo se traspasa el establecimiento, por cada uno: ¢ 300.00.

Registro de Comercio, el cual establece un trámite de renovación de matrícula de comercio, contemplando cuatro supuestos a saber:

- a) Que la solicitud y pago se haga en tiempo²⁵¹;
- b) Que la solicitud o pagos se realice durante los primeros treinta días de vencido el plazo²⁵²;
- c) Que la solicitud o pagos se realice dentro de los 60 días de vencido el plazo²⁵³ y
- d) Que la solicitud pagos se realice dentro de los 90 días de vencido el plazo.²⁵⁴

²⁵¹ Esto significa, que el Pago de los Derechos de Registro se ha efectuado dentro de los tres primeros meses del año, tal y como lo establece el Art. 64 de la Ley del Registro de Comercio, la cual se debe realizar cancelando los derechos que correspondan según la tabla de aranceles de registro establecida en el Art. 63 del mismo cuerpo legal. También implica este supuesto, que la solicitud ha sido presentada acompañada del comprobante de pago de los derechos de registro, durante el mes del cumpleaños del comerciante individual o durante el mes en que se inscribió la Escritura de Constitución de la Sociedad, si fuere un comerciante social.

²⁵² En lo que respecta al pago de los derechos de registro, se estaría en el supuesto que los mismos no fueron cancelados durante los primeros tres primeros meses del año; es decir, de enero a marzo; si no que los mismos fueron cancelados hasta el mes de abril; específicamente, del primero al treinta de abril, en cuyo caso habrá que cancelarse el recargo correspondiente. En lo que respecta a la presentación de la solicitud de renovación de la Matrícula de Comercio, implicaría que ésta se presente en el siguiente mes del cumpleaños o inscripción de la Escritura de la Sociedad; verbigracia: si un comerciante cumple años el 22 del mes de septiembre, si éste no presenta la solicitud en dicho mes, habrá caído en el supuesto, ya que deberá presentarla durante el mes de octubre; específicamente del primero al treinta de octubre; debiendo cancelar los recargos respectivos.

²⁵³ De cancelarse los derechos de registro dentro de los sesenta días de vencido el plazo, implica que no lo realizó dentro de los primeros tres meses del año, ni durante el primero y el treinta de abril; si no que lo ha realizado hasta el mes de mayo; entre el primero y treinta de mayo; debiendo cancelar los recargos respectivos. De igual forma en cuanto a la presentación de la solicitud, significa que ésta se ha realizado, según el supuesto planteado en la cita anterior, durante el treinta y uno de octubre y veintinueve de noviembre; puesto que el artículo se limita a especificar que son treinta días, lo cual se debe de entender que si no se especifica que los mismos sean días hábiles, deben ser considerados días corridos dentro del plazo.

²⁵⁴ Quiere decir, que el pago de los derechos de registro no se efectuó ni durante el lapso del mes de enero a marzo, ni en el mes de abril, ni del primero al treinta de mayo; si no que el mismo se efectuó entre el día treinta y uno de mayo y veintinueve de junio, por los motivos expuestos en la nota anterior; debiendo haber cancelado los respectivos recargos. De la misma manera, siguiendo el mismo ejemplo anterior, significa que el comerciante no presentó la solicitud en el mes de su cumpleaños, ni el siguiente, si no que la misma se ha realizado durante el día treinta de noviembre y veintinueve de diciembre; sin embargo, en este caso específico, el tiempo debe trasladarse hasta el mes de enero; por lo que podrá hacerlo el día

Como se denota, hay que distinguir pues entre la presentación de la solicitud de renovación de matrícula comercio y el pago de los derechos de registro de la misma.

En cuanto a la cancelación de los derechos de registro, estos se deben cancelar mediante un formulario que proporciona el Registro de Comercio, en uno de los Bancos autorizados para captar este tipo de fondos²⁵⁵, y se cancelarán conforme al arancel establecido en el artículo 63 de la Ley de Registro de Comercio, previo a la presentación de la solicitud de renovación de matrícula comercio en el Registro de Comercio²⁵⁶.

El término para cancelar estos derechos de registro, es dentro de los primeros tres meses del año calendario; puesto que de no hacerse en esta fecha, se aplican las sanciones correspondientes, las que se adecuan a los cuatro supuestos ya mencionados de la siguiente manera:

- a) Si el comerciante cancela los derechos de registro dentro del plazo establecido en la ley, el mismo no acarrea sanción alguna y cancela solamente lo que corresponde según la tabla de arancel de registro.
- b) Si cancela los derechos de registro dentro de los primeros treinta días después de vencido el plazo, el comerciante deberá cancelar además de los

tres de enero; esto en virtud de haberse vencido el plazo en días feriados, por lo que se debe correr hasta el siguiente día hábil.

²⁵⁵ No está de más especificar cuáles son los bancos en los cuales se puede cancelar los derechos de registro, que son: BANCO SCOTIABANK, BANCO AGRICOLA, S.A.; BANCO CUSCATLAN, BANCO DE COMERCIO, BANCO DE FOMENTO AGROPECUARIO, BANCO HIPOTECARIO, BANCO PROMERICA, BANCO SALVADOREÑO, BANCO UNO, S.A., BANCO AMERICANO y el BANCO DE AMERICA CENTRAL; todos estos son los bancos autorizados para captar este tipo de fondos y puede avocarse a cualquiera de ellos en cualquier parte del país para cancelar los mismos.

²⁵⁶ Es evidente, que en este caso se refiere a un comerciante que ya posee una Matrícula de Comercio; es así, que al comerciante que solicitará por primera vez dicha matrícula, deberá cancelar los derechos de Registro, pero también deberá presentar su solicitud de expedición de una matrícula la cual deberá ser presentada dentro de los sesenta días siguientes a la instalación del local comercial de conformidad al Artículo 86 de la Ley del Registro de Comercio; la cual deberá cumplir los requisitos establecidos en el Artículo 10 del Reglamento de la Ley del Registro de Comercio.

derechos de registro correspondientes, según la tabla de arancel de registros, un recargo del 25% calculados sobre tales derechos de registro.

- c) Si al cancelar los derechos de registro dentro de los segundos treinta días después de vencido el plazo, el comerciante además de cancelar los derechos de registro correspondientes, según la tabla de arancel de registros, deberá cancelar un recargo del 50% calculados sobre tales derechos de registro. Y
- d) Si cancela los derechos de registro dentro de los terceros treinta días después de vencido el plazo, el comerciante deberá cancelar además de los derechos de registro correspondientes, según la tabla de arancel de registros, un recargo del 100% más calculados sobre tales derechos de registro.

En cuanto a la solicitud de renovación, esta se debe presentar conforme y con los requisitos establecidos en el artículo 10 del Reglamento de la Ley del Registro de Comercio²⁵⁷; y se debe presentar durante el mes del cumpleaños del

²⁵⁷ Estos requisitos establecidos en el Artículo 10 del Reglamento de la Ley del Registro de Comercio, son: 1) El nombre o nombres y apellido o apellidos, nacionalidad, fecha de nacimiento, profesión u oficio, dirección personal, número de Documento Único de Identidad personal o carné de identificación de extranjero residente y de identificación tributaria de comerciante individual, propietario de la empresa. 2) Razón social o denominación, nacionalidad, domicilio, número de inscripción en el Registro de Comercio de la escritura social y de identificación tributaria, el comerciante social propietario de la empresa. 3) naturaleza y actividad económica de la empresa, activo, nombre y dirección; si tiene varios establecimientos, el nombre de denominación y dirección de cada uno de estos. 4) Número de la correspondiente matrícula personal de comerciantes. Y 5) los demás datos que juzgue pertinentes el Registrador. Además de todo ello la solicitud debe ir acompañada de varios documentos como son: 1) constancia de matrícula personal del solicitante. 2) balances certificados de la situación económica de la misma. 3) escritura pública de adquisición de la empresa, debidamente inscrita en el registro de comercio, en su caso. 4) constancia de solvencia de la dirección general de contribuciones indirectas. 5) constancia de que el negocio está inscrito en establecimientos industriales comerciales de la Dirección General de Estadística y Censos. 6) constancia de solvencia de arbitrios y servicios municipales extendida por la alcaldía del lugar donde se instale el establecimiento. 7) si se trata de un expendio de aguardiente, acompañará constancia de estar patentado el solicitante, extendida por la oficina correspondiente. Y 8) autorización del consejo superior de salud pública en los casos en que ésta se requiera.

comerciante, si éste es un comerciante individual y durante el mes en que se inscribió la escritura de constitución de sociedad²⁵⁸, si se trata de una persona jurídica; ahora bien, si tal solicitud no se presenta al Registro de Comercio dentro del plazo estipulado, las sanciones a aplicar serán las mismas que las establecidas para el caso del pago extemporáneo de los derechos de registro.

En lo que respecta al artículo 428 del Código de Comercio, algunas de sus partes se encuentran desarrolladas en el artículo 65 de la Ley de Registro de Comercio, tales como el literal e) del mismo, puesto que es ahí donde se establece el procedimiento de cancelación de la matrícula de comercio y el momento en que esto procede.

Es así, que el artículo antes mencionado establece que una vez transcurrido el plazo determinado en la ley, que como ya se observó el máximo es de 90 días después de vencido el plazo formal, sin que el comerciante presente la respectiva solicitud de renovación de matrícula de comercio, caduca el derecho de matrícula; es de hacer notar que el artículo no establece que se da por la falta de pago, sino por la falta de presentación de la solicitud de renovación de la matrícula de comercio, en el Registro de Comercio; esto se debe a dos circunstancias:

- a) La primera que para poder presentar la solicitud de renovación de matrícula de comercio, el comerciante debe haber cancelado con anterioridad los derechos de registro, como requisito de admisión de la solicitud; y

Sin embargo no son todos estos los requisitos que en la práctica se exige en el registro de comercio si no solamente algunos de estos, los cuales se especifican y agrega en formularios en los anexos del presente trabajo.

²⁵⁸ Esto se debe, a que se tenga por entendido que las sociedades mercantiles se constituye a través de una Escritura Social Constitutiva, que reúna los requisitos establecidos en el artículo 22 del Código de Comercio; es así, que de conformidad al artículo 25 del mismo cuerpo legal, la personalidad jurídica de las sociedades se perfecciona y se extingue por la inscripción el Registro de Comercio de los documentos respectivos, dentro de tales documentos se encuentra la escritura de constitución de la misma; y es por ello que se toma en cuenta que las sociedad han nacido a la vida jurídica, al momento de quedar estas inscritas en el Registro de Comercio; y que ha desaparecido de la misma, al momento de quedar inscrita su liquidación y disolución en el mismo registro.

- b) En segundo lugar a que si se cancelan los derechos de registro y el comerciante no presenta la solicitud, el Registro de Comercio jamás se entera del pago de los derechos de registro realizados por comerciante²⁵⁹.

Es decir, que el Registro de Comercio se entera del pago, sólo a través de la presentación de la solicitud de renovación de la matrícula de comercio y es por ello que se establece como supuesto de hecho, que procederá la cancelación por falta de la solicitud de renovación de la matrícula de comercio.

En tal caso, el Registro procede de hecho a cancelar la matrícula de comercio de la cual no se solicitó su respectiva renovación; sin un procedimiento previo ni resolución administrativa; sin embargo, tal cancelación se debe entender como provisional, puesto que se establece la posibilidad de la rehabilitación y se le otorga al comerciante el mismo número de matrícula de comercio; para que el mismo pueda optar a tal rehabilitación, se ha establecido un requisito a través de una presunción legal y es que cuando un comerciante que se le ha cancelado la matrícula por falta de renovación, se presume que ha seguido ejerciendo el comercio o la industria, aún y cuando esto no sea así; por ello, deben cancelarse los derechos de registro y multas anuales en las que haya incurrido desde la fecha del último pago de renovación, más los derechos de registro de la nueva matrícula.

4.1.2.2. Cede Contencioso Administrativa.

El ámbito de aplicación de la jurisdicción contencioso administrativa, se encuentra regulada en la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa²⁶⁰, en la

²⁵⁹ Es evidente, puesto que como ya se dijo anteriormente, el recibo de cancelación de los derechos de registro tiene que ir adjunto al escrito que se presente de la solicitud de renovación de matrícula de comercio, y es precisamente en ese momento que dentro de la función calificadora del Registro de Comercio, el Registrador se percata que se han cancelado los derechos de registro; sin embargo, si jamás se pone en movimiento tal función del Registro, en virtud de no haberse presentado el escrito de la solicitud de matrícula de comercio, o su renovación, el Registrador jamás se dará cuenta que ya se han cancelado los respectivos derechos de registro.

que se determina por una parte que sujetos pueden ser demandados ante el órgano Jurisdiccional Contencioso Administrativo; y determinadas materias sobre las que puede conocer dicho órgano jurisdiccional. Es así que el artículo 2 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativo dispone que corresponda a ésta el conocimiento de las controversias que se susciten en relación con los actos de la administración pública. Y el artículo 2 del mismo cuerpo legal, establece que concretos órganos e instituciones se incluye en el concepto de administración pública a efecto de aplicación de la ley.²⁶¹

El ámbito material de la jurisdicción contencioso se debe analizar a partir del artículo 5 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, en cuya virtud la jurisdicción del tribunal de lo contencioso administrativo es improrrogable y se extenderá a todo el territorio de la República; dicha improrrogabilidad de la competencia es consecuencia del carácter especial que adquiere la jurisdicción contencioso administrativa, que constituye un orden específico dentro la jurisdicción general del estado, y asume las concretas competencias que le reconozcan las disposiciones vigentes.²⁶²

La admisibilidad de la acción contencioso administrativa, se encuentra condicionada al supuesto que se ejercite dentro del plazo de sesenta días hábiles,

²⁶⁰ En los Artículos 1 y 2 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, es precisamente en donde se establece la competencia material y territorial de la Sala de lo Contencioso Administrativa; ley que fue aprobada mediante Decreto Legislativo número 81 del catorce de noviembre de mil novecientos setenta y ocho, publicada en el Diario Oficial número 236, tomo 261, del día diecinueve de diciembre del mismo año. Y es precisamente de lo regulado en ella, que se determina que las resoluciones emitidas por el Registro de Comercio, como ente administrativo que es, son verdaderos actos administrativos y por ende pueden ser impugnados mediante un procedimiento Contencioso Administrativo, ante la Sala de lo Contencioso Administrativo.

²⁶¹ **GAMERO CASADO, E.**, Op. Cit., Pág. 25. de dicho artículo expresa que para los efectos de la ley de la jurisdicción contencioso administrativo, entiende por administración pública: a) El Poder Ejecutivo y sus dependencias, inclusive las instituciones autónomas, semiautónomas y demás entidades descentralizadas del Estado; b) Los poderes Legislativo y Judicial y los organismos independientes, en cuanto realizan excepcionalmente actos administrativos; y c) El Gobierno local, es decir las municipalidades.

²⁶² **Idem.**, Pág. 30.

contados desde el día siguiente al de la notificación de la resolución que se impone. Dicho plazo es perentorio, lo que significa que la acción caduca si no se intenta en el plazo señalado.²⁶³

El artículo 4 de la ley de la jurisdicción contencioso administrativa regula que materias no son competencia de la jurisdicción contencioso administrativa. Encontrándose dentro de éstas las cuestiones atribuidas a otros órdenes jurisdiccionales; las cuestiones atribuidas a jurisdicciones administrativas específicas; y los conflictos de jurisdicción.

Es necesario acotar que para poder acceder a la sede contencioso administrativo, es necesario que el acto administrativo impugnado posea el carácter de definitivo o que se trate de un acto de trámite asimilable al definitivo; además se requiere el agotamiento de la vía administrativa. Sobre este punto, la Sala de lo Contencioso Administrativo, ha mantenido el criterio que la facultad de impugnación de un acto administrativo determinado se encuentra limitada en el sentido que, únicamente resultan admisibles los recursos que el ordenamiento jurídico autoriza, entendido que, cuando no exista disposición legal que establezca recurso respecto del acto que se trate, se encuentra agotada la vía administrativa, por lo que se torna impugnabile mediante el ejercicio de la acción contenciosa administrativa.²⁶⁴

²⁶³ **CORTE SUPREMA DE JUSTICIA**, *Op. Cit.*, Pág. 1 esta cita se realiza de forma textual en el libro que se relaciona, El cual la corte también lo ha hecho de forma textual de la sentencia pronunciada por la sala de lo contencioso administrativo, la cual se encuentra bajo la referencia 21-H-91 de fecha 27-09-95.

²⁶⁴ *Idem.*, Pág. 10. estas anotaciones, se fundamenta en la sentencia emitidas por la Sala de lo Contencioso Administrativo del 24-06-97, Ref. 108-A-96. es decir que cuando la ley no haya expresamente instaurado un recurso de carácter obligatorio, La Sala de lo Contencioso no puede volver más gravosa la exigencia de los requisitos establecidos por la ley para poder incursionar a la acción judicial. En este sentido es que también se pronuncia nuestra legislación, al establecer en el artículo 2 de la ley de la jurisdicción contencioso administrativo, que corresponda a la misma el conocimiento de las controversias que se susciten en relación con la legalidad de los actos de la administración pública; pero el artículo 7. Literal a) del mismo cuerpo legal, dispone que será requisito para la admisibilidad del recurso al haber agotado previamente la vía administrativa. El mismo precepto expresa que se entiende por agotada la vía administrativa cuando se hayan hecho uso de los recursos administrativos en tiempo y

De todo ello se deduce, que para el caso que nos compete, cual es la cancelación de la matrícula de comercio, se debe agotar la vía administrativa para poder acceder a la jurisdicción contencioso administrativa, es decir, que se tiene que haber hecho uso del recurso de apelación que regula la Ley General de Registros, sin embargo de la misma cabe hacer algunas anotaciones²⁶⁵.

Y es que en la Ley, no se ha establecido un procedimiento, como ya se anoto anteriormente y de ello se desprende, que no existe notificación alguna de la cancelación de la matricula de comercio, y por ende, se desconoce el momento procesal a partir del cual se comienza a contar el término para que el administrado pueda hacer uso del recurso pertinente; puesto que si no tiene conocimiento de tal cancelación, el mismo no podrá hacer uso del recurso dentro del término legal y perderá el derecho a recurrir, lo que también haría imposible incoar la demanda contencioso administrativa, puesto que la vía administrativa, no se encontrará agotada.

forma y cuando la ley lo disponga expresamente. de ello se deduce que existen dos maneras de agotar la vía administrativa: La primera interponer los recursos procedentes y La segunda que una ley diga expresamente que un determinado acto agota la vía administrativa. Ante esta postura de la Corte se apeg a, **GAMERO CASADO, E.**, Op. Cit., Pág. 45.

²⁶⁵ La posibilidad de los recursos en materia de Registro de Comercio, se encuentra partir del artículo 20 de la Ley de la Dirección General de Registros; dentro de los cuales se encuentra artículo 22 el cual expresa que de toda denegativa de inscripción de un documento proveída por un Registrador de la Propiedad Raíz e Hipotecas o de Comercio, cualquiera que sea su fundamento, podrá el interesado recurrir ante la Dirección General de Registros, dentro de los treinta días hábiles subsiguientes, a aquel en que se le notifique la providencia que deniega la inscripción. Pero es hasta el Artículo 27 del mismo cuerpo legal, en donde se establece lo que verdaderamente nos interesa; el cual expresa que de toda resolución del Registrador que conceda, deniegue, suspenda o cancele una matrícula comercio, o una patente de comercio e industria a que se refiere la Ley Reguladora del Ejercicio de Comercio e Industria, en que se admitan o deniegue una oposición presentada, podrá recurrir el interesado para ante la Dirección General de Registros. El único problema que se presenta y que ya se ha mencionado antes, es que ni dentro del procedimiento de cancelación de matricula de comercio, ni en una ley más general ni más especial, más que en el Código de Procedimientos Civiles, se establece una forma de como se dará a conocer la cancelación de la matricula al interesado; y ya que el Código de Procedimientos Civiles no es aplicado para este caso parte del Registro de Comercio, significa que el comerciante no tiene conocimiento del momento en el cual se le ha cancelado la matrícula de comercio y por ende no puede apelar o recurrir de tal cancelación.

4.2. La Calidad de Comerciante y el Procedimiento de Cancelación de la Matricula de Comercio.

Como ya se vio un capítulo anterior, (supra cap. II), la calidad de comerciante en nuestra legislación, no se encuentra claramente determinada; puesto que al hacer un análisis integral de todos los preceptos legales, nos damos cuenta que a pesar que el Código de Comercio inspirado durante el apogeo del comercio y ante el surgimiento de nuevas tendencias doctrinarias, acogiéndose a la que considera actos de comercio, aquellos realizados en masa y por empresa, y al comerciante como el titular de la empresa y el que realiza tales actos²⁶⁶; la verdad

²⁶⁶ El anteproyecto del Código de Comercio, en el cual se basa la legislación actual, expresa literalmente: "Siguiendo la exposición magistral del Licenciado Joaquín Rodríguez Rodríguez, en su obra "Curso de Derecho Mercantil", cuya doctrina, después de largas discusiones, ha aceptado sin reservas la Comisión, dos principios sirven de base al Proyecto que ésta presenta: el que considera los actos de comercio como los actos efectuados en masa y el que considera el Derecho Mercantil como el derecho de empresa. **I. El acto de comercio como acto realizado en masa. El ejercicio repetido de un acto jurídico, su ejercicio en masa, cuantioso, produce importantes fenómenos de adecuación interna y externa.** Internamente, provoca mayor destreza en la capacidad de realización reduciendo al mínimo la atención necesaria para ejecutar cada acto aislado. Externamente, la repetición constante de un mismo acto, al simplificar su realización, exige una especial protección jurídica. Cuando el Código Civil y el Código de Comercio regulan actos de la misma naturaleza, la diferencia entre una y otra regulación se reduce, en último término, a que la mercantil presupone una realización repetida o en serie del acto regulado, en tanto que la civil enfoca el acto aisladamente. En consecuencia, son características de los actos mercantiles, las siguientes: **A.** Ser actos en masa que exigen una reducción de sus formalidades, al grado de convertirlas en simples esquemas. **B.** Requerir para su interpretación el predominio de los usos y costumbres y demandar un creciente empleo de los contratos de adhesión. **C.** Exigir facilidades para la transmisión de derechos y de cosas. **D.** Precisar mayor grado de protección a la buena fe y a la seguridad del tráfico. **E.** Reducir al mínimo la consideración de la persona como elemento determinante de la voluntad de contratar. **II. El Derecho Mercantil como derecho de empresa. Es un hecho indiscutible que el sistema económico imperante en nuestro medio, exige la concentración de las actividades mercantiles en empresas cada vez más grandes.** El papel desempeñado por los individuos aislados va perdiendo importancia. Estamos lejos de la época en que el papel principal lo representaba el mercader que compra para revender, el porteador o el depositario ocasional. Una multitud de operaciones, como los seguros, las operaciones de crédito, los transportes, las fianzas, en una palabra, las múltiples operaciones de la vida comercial, se han transformado en operaciones de empresa. Por lo tanto, podemos afirmar que: **A.** El acto de comercio es acto de empresa. **B.** La empresa es la materia del Derecho Mercantil. **C.** El concepto de comerciante se deriva del de empresa. La esencia del Derecho Mercantil reside, no ya en el concepto de profesionalidad de la escuela clásica, sino en el moderno concepto de empresa. Esta viene a ser para el derecho moderno lo que el comerciante profesional fue para el derecho antiguo. La Comisión considera la empresa mercantil como un conjunto coordinado de trabajo personal, de elementos materiales y de valores

es que tal teoría o tendencia, no fue acogida en su totalidad, puesto que el Código de Comercio más bien se determinó con una orientación del sistema mixto, predominantemente subjetivo²⁶⁷.

Y es que la calidad de comerciante, según el Código de Comercio, en el caso del comerciante individual se adquiere por ser titular de una empresa mercantil; lo cual dejando de lado el problema de diferencia entre titular y propietario (ver cap III), tomaremos al propietario como el titular de la misma.

Existen una serie de circunstancias en torno a la Calidad de Comerciante, como son:

- a) Quien no es titular de una empresa mercantil, no es comerciante.
- b) El comerciante debe solicitar su matricula comercio, puesto que de lo contrario se le cerraría el establecimiento comercial.

incorpóreos o bienes intangibles, para ofrecer al público, con propósito de lucro y de manera sistemática, bienes o servicios. **III. El Derecho Mercantil como derecho de los actos en masa realizados por empresa. De lo que antecede se deducen dos conclusiones: A.** El Derecho Mercantil de nuestros días es un derecho especial, exigido por las necesidades del tráfico en masa. Pero no puede desconocerse que cierto número de actos tales como los exigidos por la explotación agrícola, el ejercicio de profesiones liberales y otros, no obstante realizarse en masa, no se consideran mercantiles. **B.** El moderno Derecho Mercantil regula la organización y la actividad de las empresas. Pero tampoco puede desconocerse que existan algunas empresas que no deben comprenderse entre las mercantiles y que ciertos actos realizados por empresas mercantiles, no son actos de comercio sino puramente civiles. (y cierra expresando) La Comisión ha adoptado, como base del Proyecto, el concepto de que el Derecho Mercantil es el derecho de los actos en masa realizados por empresas. En la doctrina expuesta se basan los cinco primeros artículos del Título Preliminar. El artículo 6 es un desarrollo del mandato contenido en el artículo 146 de la Constitución vigente.” **PROYECTO DE CODIGO DE COMERCIO DE LA REPUBLICA DE EL SALVADOR**, Publicación del Ministerio de Justicia, El Salvador, Centro América, 1959, Págs. VIII, IX y X.

²⁶⁷ Fue precisamente en esa forma que se concluyó en el Capítulo II del presente trabajo, al expresarse que, de lo estudiado se infiere que la teoría que sigue el código de comercio en relación a la matricula de comercio, como obligación profesional del comerciante, es un sistema predominantemente subjetivo, en el cual se exige un dato cierto, extrínseco, inequívoco, de fácil comprobación: la inscripción en la matrícula de comerciantes, como requisito constitutivo del estado de comerciante y como un permiso para ejercer el comercio. Y para la mayor comprensión del punto habrá que remitirse al estudio del referido capítulo, puesto que es en el mismo cuales fueron los motivos y las circunstancias que condujeron a llegar a tal conclusión.

- c) La matrícula de comercio es el único documento que la ley reconoce para probar la calidad de comerciante y la titularidad de la empresa mercantil, por lo tanto quien no la posee no puede establecer tales circunstancias²⁶⁸.
- d) El comerciante al que se le cancela la matrícula de comercio, recae en los supuestos del que no la tiene y acarrea la consecuencia de lo literales a), b) y c), puesto que al no poder probar ni siquiera la propiedad de la empresa mercantil no es un comerciante, ya que tampoco puede establecer su calidad y como consecuencia acarrea el cierre del establecimiento comercial y la imposibilidad legal y material para poder seguir ejerciendo el comercio.

De lo anterior, se induce que el comerciante al que se le cancela la matrícula de comercio, sufre una imposibilidad jurídica y material para seguir en el ejercicio del comercio y ostentar la calidad de comerciante; acarreando por ello con la consecuencia de la pérdida de la calidad de comerciante y el derecho al ejercicio del comercio.

Es precisamente en este punto, en donde converge la relación entre el procedimiento de cancelación de la matrícula de comercio y la calidad de comerciante, como ya se vio el procedimiento, no es ni siquiera un procedimiento en puridad; si no mas bien un simple actuar de la administración, y en la legislación nuestra no se ha establecido un proceso que posea las garantías constitucionales requeridas para privar de un derecho adquirido a un sujeto, o imponer una sanción al mismo; puesto que la cancelación en este caso se da por un simple actuar del registrador que se percató de la falta de renovación de la matrícula de comercio del

²⁶⁸ El ya polémico artículo 418 del Código de Comercio, que tanto se ha tratado en este trabajo, es el que de forma expresa manifiesta: La constancia que de la Matrícula extienda el Registrador, será la única prueba: a) para establecer su calidad de comerciante; b) para comprobar la propiedad de la empresa y sus establecimientos. Y de esta forma cierra la posibilidad de poder establecer estas circunstancias por otros medios diferentes al que el mismo plantea.

comerciante; mas no existe una resolución dada en un procedimiento conforme a derecho.

Es por ello, que habrá que determinar el momento en que el comerciante pierde su calidad, puesto que se puede dar la cancelación de la matrícula de comercio, sin que el mismo se percate de ella.

El artículo 65 de la Ley de Registro de Comercio, es el que regula el procedimiento de cancelación de matrícula de comercio, el cual como ya se vio no regula etapa alguna de notificación de la cancelación de la matrícula comercio, lo cual es lógico en cierta medida, puesto que no existe resolución que notificar ya que es un simple actuar del registrador; sin embargo, por la función del registro que es la de hacer también oponible las circunstancias jurídicas que allí se encuentran ante terceros, el comerciante dejará de tener matrícula al momento en que el registrador se la cancele y no al momento que el comerciante se entere de dicha cancelación; puesto que es cuando el registrador hace que el hecho se de a conocer ante terceros. De ello, hay que anotar entonces, que es a partir de la cancelación que comienza a correr el término para que el comerciante pueda apelar de la misma; sin embargo, tal recurso queda nugatorio al no tener conocimiento del comerciante del momento en que esto ocurrió.

Por ello, es que el comerciante a pesar de la violación a sus derechos antes mencionados (supra cap IV), le es cancelada la matrícula de comercio y son privados de seguir ejerciendo el mismo a un y cuando esto se dé de forma arbitraria.

4.3. Validez Jurídica de los actos de comercio realizados por el comerciante, luego que se le ha cancelado su matrícula de comercio.

La validez jurídica de los actos que realiza el comerciante, luego que se le ha cancelado su matrícula de comercio, se debe analizar en tanto que al cancelársele esta, el comerciante no se encuentra autorizado para seguir ejerciendo el comercio.

Auxiliándonos del apartado anterior, lo primordial es si el comerciante deja de tener la calidad de tal, por la cancelación de matrícula de comercio; a lo cual se especificó que por ser requisito para que un sujeto se pueda dedicar a la actividad mercantil, el comerciante se ve imposibilitado de seguir ejerciendo el comercio; pero suponiendo que éste lo ha ejercido aunque se le ha cancelado la matrícula de comercio, cabe preguntarse cuál es la situación jurídica de tales actos que ha realizado.

En tales casos, habrá que determinar cómo opera el acto de comercio; puesto que nos encontramos en el supuesto que la incapacidad jurídica y material, no ha alcanzado aún al comerciante, es decir no se le ha aplicado la ley en cuanto al cierre del establecimiento comercial.

Al respecto, habrá que tomar en cuenta que los actos de comercio que realiza el comerciante, son con terceras personas que no conocen la situación jurídica del mismo; por lo que para estos el acto es mercantil y en cuanto a la legalidad del acto realizado, el artículo 3 del Código de Comercio regula los actos de comercio; por lo que no contempla la legalidad de la empresa que realiza los actos, sino más bien los actos mismos; teniendo también en favor los artículos 4 del Código de Comercio y el inciso segundo del artículo 2 del mismo cuerpo legal, puesto que los actos que sean mercantiles para una de las partes, serán

mercantiles para todas las que en él intervengan; y además, al existir la figura del comerciante aparente, se solventan la buena fe del tercero que con el contrata.

Por tanto, los actos mercantiles realizados por el comerciante al que se le ha cancelado la matricula de comercio, son jurídicamente válidos; lo cual no es tan difícil de deducir; sin embargo ello acarrea otras consecuencias no sólo para el comerciante sino también para el tercero que con el contrata.

Para el caso del comerciante, es que éste no puede participar en actos de comercio en que necesita acreditar la calidad de comerciante o la propiedad de la empresa mercantil, ni tampoco puede gravar o trair su empresa mercantil, ya que no puede acreditar el dominio de la misma. (tal como se hizo ver en el capítulo III).

Sin embargo, lo peor sucede con los terceros que contratan con el comerciante, ya que en caso de incumplir el comerciante con la obligación adquirida, el tercero podría verse burlado en el cumplimiento forzoso de la obligación por parte del comerciante, ya que no podría en un determinado momento trabar embargo por ejemplo en la empresa, puesto que se encontraría en el problema que la empresa no posee un dueño, ya que se ha cancelado la matricula que acredita la propiedad de la misma, por lo que la diligencia se vuelve imposible; y es así que podría el tercero verse burlado en su buena fe.

CAPITULO V.

5.1. LOS CRITERIOS REGISTRALES DEL REGISTRO DE COMERCIO, EN RELACIÓN A LA MATRÍCULA DE COMERCIO.

5.1.1. El Acto Administrativo.

Con este apartado, no se pretende agotar todo lo referente al acto administrativo, puesto que el mismo constituye verdaderamente un tema que es necesario tratarse de forma individualizada; sin embargo, se hace indispensable para alcanzar el objetivo planteado, mencionar y explicar brevemente algunos puntos sobre éste, especialmente los que tengan incidencia y relevancia para el objeto de estudio, como es la matrícula de comercio como una obligación profesional del comerciante, y en especial en lo que respecta a los criterios registrales, la imposición de multas, la inaplicabilidad de las normas por parte de un ente administrativo, entre otros, en los cuales incide el acto administrativo y por ello se hace indispensable su mención en este trabajo; pero como ya se dijo, sin pretender agotar el mismo, si no más bien siendo selectivo en lo concerniente al interés.

La actividad administrativa se reduce a una serie de actuaciones, mediante las cuales se cumple la finalidad principal del Estado, que es la de dar satisfacción al interés general. Todas esas actuaciones consisten en actos que determinan situaciones jurídicas para casos individuales o en la ejecución de actos materiales.²⁶⁹

²⁶⁹ **CUESTAS, DR. H.**, *Recopilación de Apuntes, Derecho Administrativo II*, Facultad de Jurisprudencia y Ciencias Sociales, Universidad José Matías Delgado, Pág. 73. Esta noción planteada, es la más breve y concisa sobre la cual versa el criterio de conceptualización del acto administrativo, y que es un criterio compartido también por un maestro del Derecho Administrativo en nuestro país, como es el Dr. Humberto Guillermo Cuestas, tal como lo menciona en los Apuntes de clases de Derecho Administrativo, de la Facultad de Jurisprudencia de la Universidad José Matías Delgado; sin embargo ello no basta para alcanzar la meta

Para entender de forma simple como una primera noción, es preciso desglosar el término Acto Administrativo, es así, que **el acto**, simple y llanamente, es una manifestación de voluntad, y es jurídico cuando su objeto es producir un efecto de derecho, o sea, crear, modificar o extinguir el orden jurídico.²⁷⁰

De ello se deduce, que desde un punto de vista, el Acto Administrativo, es un acto jurídico, una manifestación de voluntad unilateral, puesto que su objeto es producir un efecto de derecho. En consecuencia es una categoría especial del acto jurídico.

Cabe aclarar, que no toda la actividad que desarrollan los órganos del Estado es administrativa, y para distinguirlos, habrá que diferenciar los actos regla, los actos condición y los actos subjetivos²⁷¹; encontrándose dentro del primer caso, los que corresponden a la función legislativa; siendo el acto condición y el acto subjetivos, los que se pueden enmarcar dentro de la actividad administrativa, ya que el acto condición se refiere a que las situaciones jurídicas generales se

propuesta. En el mismo sentido, aunque ampliando un poco más, se pronuncia el autor GABINO FRAGA, al mencionar que La actividad administrativa es la satisfacción del interés general, a través de los actos administrativos, los cuales, analizados desde el punto de vista de su naturaleza, se pueden clasificar en dos categorías de actos, como son los actos materiales y los actos jurídicos, siendo los primeros los que no producen ningún efecto de derecho y los segundos los que si engendran una consecuencia jurídica..

²⁷⁰ **FRAGA, G.**, *Derecho Administrativo*, Editorial Porrúa, 1973, Pág. 235 y 236. Cabe aclarar, que el término Acto Administrativo, se puede emplear en dos sentidos en derecho administrativo, tal como lo expresa Abelardo Torr , siendo el primero como aquella actividad de los sujetos u órganos de la Administración Pública y en segundo lugar, como decisiones o norma emanadas de las mismas. Es evidente, que las que interesan en este caso son solamente las segundas, que son las decisiones emanadas de la autoridad administrativa. Asimismo se pronuncia TORRE, A., *Introducción al Derecho*, Séptima Edición, Editorial PERROT, Buenos Aires, 1846, Pág. 534.

²⁷¹ **AYALA, J. y otros**, *Manual de Justicia Administrativa*, 1  Edición, San Salvador, El Salvador, Consejo Nacional de la Judicatura, Escuela de Capacitación Judicial, 2003, Pág., 45. También se dice que el desarrollo de sus funciones y atribuciones, la administración realiza una serie de actuaciones; que no necesariamente sean todas actos administrativos, y de manera ejemplificativa el consejo nacional de la judicatura de nuestro país, los enumera así: 1. dictada actos administrativos; 2. emite normas (reglamentos, ordenanzas); 3. dicta tautos políticos; 4. contrata; 5. realiza actuaciones materiales, etc.

apliquen a una situación determinada; mientras que los subjetivos, es el creador de situaciones jurídicas individuales.²⁷²

En este sentido, el Autor EDUARDO GAMERO CASADO²⁷³, expresa que la más aceptada doctrina es obra de ZANOBINI, para quien el acto administrativo es cualquier declaración de voluntad, de deseo, de conocimiento o de juicio, emanada de un sujeto de la Administración Pública en el ejercicio de una potestad administrativa.²⁷⁴

En El Salvador, también se han establecido como en otros sobre el acto administrativo; siendo uno de ellos el que lo define como un acto jurídico, de voluntad o de juicio; de carácter unilateral; procedente de una administración pública; que dispone de presunción de validez y de fuerza para obligar; en la que se concreta el ejercicio de una potestad administrativa.²⁷⁵

²⁷² **CUESTAS, DR. H**, *Op. Cit.*, Pág. 74.

²⁷³ **CASADO, E.**, *DERECHO ADMINISTRATIVO, MONOGRAFIAS*, 1° edición, San Salvador, El Salvador, Consejo Nacional de la Judicatura, Escuela de Capacitación Judicial, 2001, Pág. 5.

²⁷⁴ Esta definición ha sido acogida y adecuadamente completada por la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Corte Suprema de Justicia, (ver pie de Pág. del libro, Pág. 5) Esta definición ha sido acogida y adecuadamente completada por la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Corte Suprema de Justicia. (ver pie de página del libro.) Pág. 5. Además, este Autor sobre la base de la definición comentada, establece una serie de características del acto administrativo, como son: A) Es una declaración de voluntad, de deseo, de conocimiento o de juicio. B) Es esencialmente unilateral, es decir, que no requiere la mediación del sujeto destinatario del acto para alcanzar la validez del mismo. C) Se encuentra regulado por el derecho administrativo, aunque el mismo sea secundado por el derecho común, en lo que no este regulado por el derecho administrativo. D) Es dictado generalmente por una Administración Pública, esto se refiere, a que actualmente existen otras entidades como las constitucionales, que también se encuentran capacitadas para dictar actos administrativos. E) Es fiscalizable, esto se refiere a que el ente administrativo, posee un ente que controla la legalidad de su actuar, es decir, la legalidad de los actos administrativos, que generalmente es la jurisdicción contencioso administrativa. F) Es singular y concreto, y tiene carácter consuntivo.

²⁷⁵ **AYALA, J. y otros**, *Op. Cit.*, Pág., 45. De la definición anterior, el mismo autor realiza un proceso de análisis y extraer ciertas características que considera propias del acto administrativo, y que son: En primer lugar, que se trata de un acto jurídico, no material, de carácter unilateral. Segundo, que debe expresarse a través de él una declaración de voluntad o de juicio. Tercero, que debe dictarse por una Administración Pública. Cuarto, que se presume conforme al ordenamiento jurídico y cuenta con fuerza para obligar a aquel o aquellos ciudadanos que queden afectados por las declaraciones contenidas en ese acto. y Quinto, que el concreto órgano administrativo del que proceda de la ha de ampararse, de forma precisa y cierta, en el ordenamiento jurídico a los efectos de legitimar y fundar su actuación.

Para la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Corte Suprema de Justicia, “El Acto Administrativo es considerado como una declaración unilateral de voluntad o de juicio dictada por una Administración Pública en el ejercicio de potestades contenidas en la ley respecto a un caso concreto.”²⁷⁶

Una última definición, y con ello no quiero decir que con esto se acotan la existentes, ya que existen muchas definiciones sobre derecho administrativo, y al puntualizar las que se hacen referencia, es para tener una mejor perspectiva sobre lo que se debe de considerar el acto administrativo; siendo una de las más aptas definiciones de acto administrativo la que señala que este es la declaración unilateral de conocimiento, juicio voluntad, emanada de una entidad administrativa actuando en su faceta de derecho público, bien tendiente a constatar hechos, emitir opiniones, crear, modificar o extinguir relaciones jurídicas entre los administrados con la administración con efectos dentro de la esfera administrativa.²⁷⁷

Ahora bien, habiéndose determinado cuales son los actos que constituyen Actos Administrativos con trascendencia jurídica, debe decirse que los mismos poseen elementos que le caracterizan y le dan validez jurídica; es así que la Sala de lo Contencioso Administrativo, ha sostenido que el acto administrativo se encuentra configurado por una serie de elementos, los cuales deben de concurrir para que el acto sea válido, no dejando de lado que se establece doctrinariamente que basta con la concurrencia de vicios en uno de los elementos para que el acto se torne ilegal.²⁷⁸

Para que el acto administrativo sea válido, es necesario que cuente con los elementos que requiere la ley para su creación, considerándose doctrinariamente

²⁷⁶ **CORTE SUPREMA DE JUSTICIA**, *Líneas y Criterios Jurisprudenciales, Sala de lo Contencioso Administrativo*, Centro de Documentación Judicial, 1ª Edición, El Salvador, año 2001, Pág. 2.

²⁷⁷ **AYALA, J. y otros**, *Op. Cit.*, Pág., 53.

²⁷⁸ **CORTE SUPREMA DE JUSTICIA**, *Líneas y Criterios Jurisprudenciales, Sala de lo Contencioso Administrativo*, Centro de Documentación Judicial, 1ª Edición, El Salvador, año 2001, Pág. 3. la misma, hace referencia a la Sentencia del 31 de octubre de 1997, Ref. 45-V-96.

los elementos en general, la legitimidad y su mérito; consistiendo los primeros en que estos se ajustan a las disposiciones legales vigentes y los segundos a la oportunidad y conveniencia del acto y es una la zona en donde se demuestra la discrecionalidad de los entes administrativos. Dentro de esta clasificación, se ha establecido que los elementos esenciales del acto administrativo son²⁷⁹: a) Elemento Subjetivo,²⁸⁰ b) Elemento Objetivo,²⁸¹ c) La Causa,²⁸² d) El Fin,²⁸³ y e) La Forma.²⁸⁴

²⁷⁹ **AYALA, J. y otros**, Op Cit., Pág., 45-50. Cabe realizar la aclaración, que respecto de los elementos de los actos administrativos, como es de esperarse existen muchas posturas; y sin embargo se ha tomado la que se considera más atinente para el estudio que se realiza y sobre todo aquellos elementos que concurren tanto en los actos reglados como en los actos discrecionales. a pesar de ello no está de más mencionar que algunos autores clasifican los elementos del acto administrativo en cuatro; siendo los primeros los elementos subjetivos dentro del cual incluyen la administración, el órgano, la competencia y la investidura del titular del órgano; poniendo como segundo elemento los objetivos, dentro del cual incluye el respeto al principio de legalidad, los hechos determinantes y la finalidad del acto administrativo. Como tercer elemento los elementos formales, dentro del cual incluye en el procedimiento y como cuarto y un último elemento, se refieren al análisis especial de la motivación.

²⁸⁰ **FRAGA, G., Op Cit**, Pág. 276. Dice Gabino Fraga, que el elemento subjetivo, se encuentra constituido por el órgano de la Administración que lo realiza, y en el carácter jurídico del acto administrativo, se requiere que éste sea realizado por el que tiene capacidad para ello. Dentro de éste, se encuentra la llamada competencia por otros autores, y que en nuestro país, la competencia de los órganos y funcionarios deviene básicamente de la Constitución de la República y las Leyes secundarias y pueden atribuir también competencia los reglamentos autónomos en materia de organización. La Sala de lo Contencioso Administrativo ha expuesto sobre la competencia, que el acto administrativo requiere como primer elemento como la existencia de un sujeto legalmente hábil para emitirlo, en el cual se de concurrir como presupuesto la competencia, entendida como la medida de la potestad que corresponde a cada órgano. De similar forma opina AYALA, J. y otros, Op Cit., Pág. 53

²⁸¹ **CORTE SUPREMA DE JUSTICIA**, Op Cit., Pág. 4. La Sala de lo Contencioso Administrativo, considera dentro de este elemento, la motivación y la causa, aunque otros doctrinarios la retoman como diferentes; FRAGA, G., Op Cit, Pág. 280, Tal es el caso del ya mencionado autor GABINO FRAGA, para quien la existencia de un objeto, es otro elemento fundamental del acto administrativo, el cual debe ser determinado o determinable, posible y lícito. La licitud supone no solo que el objeto no este prohibido por la ley, si no que además este expresamente autorizado por ella, salvo el caso de que la propia ley otorgue facultad discrecional a la autoridad administrativa para elegir y determinar el objeto del acto. AYALA, J. y otros, Op Cit., Pág. 50. El detalle argumental de la fundamentación, no es preciso que sea muy amplio, pero si debe de ser suficiente para los efectos de garantizar los derechos de contradicción y defensa del interesado en un procedimiento administrativo.

²⁸² **Idem.**, Pág. 4. La Sala de lo Contencioso Administrativo, como ya se dijo, incluye la causa del acto administrativo, como uno de los elementos objetivos del mismo y lo determina como la adecuación o congruencia efectiva de los fines propios de la potestad que se ejercita, la causa real es la determinada por la ley, y el motivo es la intención del funcionario al emitir el acto., cita

Habiéndose determinado lo anterior, debe hacerse ahora mismo la aclaración que el camino que se sigue, es el de el acto administrativo discrecional, y teniendo ya una noción sobre lo que constituye el acto administrativo, se puede entrar a la mención del acto discrecional; y es que es dentro del objeto del acto administrativo, siendo éste uno de sus elementos, es en donde se denota y fija el limite entre el acto reglado y el no reglado o discrecional, ya que en el caso que la administración actúe en ejercicio de una competencia reglada, el objeto del acto estará determinado por la norma; y si el acto se dicta en el ejercicio de una facultad discrecional el objeto del acto lo establecerá la administración, de acuerdo a los límites establecidos por la ley.²⁸⁵

5.1.2. El Acto Administrativo Discrecional.

El tema de la discrecionalidad, no es un tema que se pueda evacuar en un par de líneas, ni el cual se le pueda dar una respuesta acertada desde un inicio, ya

además, a efecto de referencia en cuanto a los criterios, las sentencias del 28-10-98 de Ref. 134-M-97, la del 28-10-98 de Ref. 135-M-97 y la del 24-03-98 de Ref. 106-M-95. FRAGA, G., *Op Cit*, Pág. 280. para el mencionado auto, Gabino Fraga, El motivo, constituye la causa del acto administrativo, y este es el antecedente que lo provoca. Este elemento se refiere a que un acto administrativo estará legalmente motivado cuando se ha comprobado la existencia objetiva de los antecedentes previstos por la ley y ellos son suficientes para provocar el acto realizado.

²⁸³ **FRAGA, G.**, *Op Cit*, Pág. 280 y 281. En lo que se refiere a la finalidad, el agente puede seguir una de varias o varias finalidades, pero deben cumplir con ciertas reglas, como son: el agente no puede perseguir si no un fin de interés general. El agente público no puede perseguir una finalidad en oposición con la ley. No basta con que el fin perseguido sea lícito y de interés general, si no que es necesario, además, que entre en la competencia del agente que realiza el acto. AYALA, J. y otros, *Op Cit.*, Pág. 54. Pero aun siendo lícito el fin de interés publico y dentro de la competencia de la gente, no puede perseguirse si no por medio de los actos que la ley ha establecido al efecto. se dice que cuando un la se aparta del fin para el cual debía emitirse, ocurre la figura de la desviación de poder.

²⁸⁴ **CUESTAS, DR. H.**, Recopilación de Apuntes, Derecho Administrativo II, Facultad de Jurisprudencia y Ciencias Sociales, Universidad José Matías Delgado, Pág. 75. Ahora bien, sobre este punto, existen varias opiniones de diferentes autores, que en ocasiones agregan y en otras dejan fuera elementos del acto administrativo, así Gabino Fraga, toma como elementos que constituyen el acto jurídico administrativo: el sujeto, el objeto, la voluntad, el motivo, el fin y la forma. FRAGA, G., *Derecho Administrativo*, Editorial Porrúa, 1973, Pág. 176 y Pág. 281. Para el mismo autor, Gabino Fraga, expresa que la forma del acto administrativo, constituye un elemento externo del acto administrativo que viene a integrarlo y en él quedan integrados todos aquellos requisitos de carácter extrínseco que la ley señala como necesarios para la expresión de la voluntad que genera la decisión administrativa.

²⁸⁵ **Idem.**, Pág. 76.

que el mismo es objeto de muchos estudios; sin embargo, en las siguientes líneas se tratará de establecer como éste opera en nuestra legislación y cual es su criterio más aceptado en nuestro país. Para el lector de esta obra, se hace la aclaración que la discrecionalidad ha sido, es y seguirá siendo el gran problema del Derecho Administrativo y no es de extrañar se que en algunos autores expresen que verdaderamente, ¿De que trata del derecho administrativo si no es del control de la discrecionalidad?²⁸⁶

El término discrecionalidad, deviene de una de las clasificaciones del acto administrativo,²⁸⁷ que es aquella que lo determina, desde el punto de vista de la

²⁸⁶ **BACIGALUPO M.**, *Monografías Jurídicas, La Discrecionalidad Administrativa*, Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, S.A., Madrid, 1997. Pág. 21. Este autor, apoya y comparte el criterio de Tomás Ramón Fernández y de Bernard Schwartz, a quienes cita en su obra, como los principales autores que se expresan en el sentido citado.

²⁸⁷ **CASADO, E.**, *Op Cit.*, Pág. 5. Se dice que deviene de una de las clasificaciones del acto administrativo, puesto que se han establecido muchas de ellas, e inclusive varían sustancialmente según el autor que las comente, e inclusive en ocasiones también cambia el título que les otorgan; sin embargo, a manera de ilustrar, según la investigación realizada, es el autor Eduardo Gamero Casado, quien establece la mayor cantidad de métodos de clasificación del acto administrativo, el cual establece de la siguiente manera: Para este autor, la clasificación de los actos administrativos, dependerá de los criterios que se utilicen, pero considera que la más heterogénea y aceptada por la doctrina, es la que los clasifica de la siguiente manera: 1) En función de la administración que los dicta. Según sea, los actos pueden ser del órgano ejecutivo, de las municipalidades o de la administración institucional. 2) En función del número de órganos que intervienen en su elaboración: según esta, los actos pueden clasificarse en simples y complejos o compuestos; siendo los primeros en lo que solamente interviene un órgano para su elaboración, y los complejos los que se adoptan simultáneamente por dos o más órganos que pueden pertenecer a una misma Administración o a dos administraciones distintas. 3) En función de su contenido: entre estos se encuentran los actos favorables y los desfavorables o de gravamen. 4) En función de su modo de expedición: actos expresos, tácitos y presuntos. 5) En función del nivel que ocupa el acto en el procedimiento administrativo: actos definitivos, actos que causan estado o agotan la vía administrativa y actos firmes. 6) En función de la impugnabilidad del acto en vía administrativa: este recae sobre los actos administrativos definitivos, ya que estos son susceptibles de recurrirlos en vía administrativa, existiendo ciertas excepciones. 7) En función de la susceptibilidad de impugnación del acto: según este criterio, se distinguen entre actos firmes y actos no firmes, los primeros son los que no pueden ser objeto de recurso y son los que se dice que han adquirido firmeza y los segundos, son los que aun pueden ser recurridos bien en vía administrativa, bien en vía judicial. 8) En función del número de destinatarios del acto: en este tipo, se pueden distinguir entre singulares, generales y plúrimos. 9) En función del grado de vinculación de la administración al momento de dictarlos. Según este se pueden distinguir entre actos discrecionales y reglados; que es una de las clasificaciones de mayor importancia en el objeto de estudio de este apartado de la presente

relación que guarda la voluntad creadora con la ley. Es así que como se dijo antes, se clasifican en reglados y discrecionales; se dice que existe acto reglado o potestad reglada, cuando la administración tiene que actuar de la manera que determina la ley, en estos casos, es la ley la que no solo determina quien es la autoridad competente, si no que además especifica si la misma debe de actuar y como debe de hacerlo, por tanto se trata del cumplimiento de la norma jurídica.²⁸⁸

Es pues, que **la potestad reglada** es aquella que aparece detalladamente establecida por el ordenamiento jurídico. Se regula pormenorizadamente como tiene que actuar la administración en el ejercicio de la potestad. El ordenamiento contempla la solución que deberá adoptar la administración en cada caso, sin que resulte posible adoptar otra.

Mientras que en **la potestad discrecional**, el ordenamiento jurídico no ha predeterminado la solución que debe adoptar la Administración en cada caso. Le concede un margen de ponderación subjetiva, pudiendo optar a diversas soluciones posibles, todas las cuales serán igualmente validas y justas.²⁸⁹

La distinción entre potestad administrativa reglada y la potestad administrativa discrecional, se da desde la perspectiva propia de la relación vigente

investigación, ya que dependerá de ello, la determinación del actuar reglado o discrecional del Registro de Comercio.

²⁸⁸ **CUESTAS, DR. H**, *Op Cit*, Pág. 80.

²⁸⁹ **CASADO, E.**, *Op Cit.*, Pág. 48. Un ejemplo para diferenciar las potestades regladas de la potestad discrecional, es que es que en las potestades regladas, el ejemplo mas claro ocurre en el caso del otorgamiento de licencias o autorizaciones; y aún con mas razón, en el caso de la potestad sancionadora, esta necesariamente debe encontrarse dentro de la llamada potestad reglada.

El autor citado, realiza el recordatorio, que las potestades administrativas son poderes funcionales, reconocidos para la satisfacción del interés general; y es que como ya se ha comentado antes, el derecho administrativo y los actos administrativos, son actos que la Administración realiza, para alcanzar los fines del interés general y no el particular, con las aclaraciones que antes ya se hicieron sobre los actos que recaen sobre personas en particular; y por tanto uno de los elementos de los actos discrecionales, es que éstos tengan por finalidad, satisfacer el bien común y debe ser vista como una esfera de esta faceta ya que la misma se establece, para que la Administración pueda satisfacer de mejor modo el interés general, adaptándose a las circunstancias que se presenten en el caso concreto.

con el ordenamiento jurídico, siendo la mayor amplitud de la libertad de actuación, la que se da en sede de la potestad discrecional.²⁹⁰

De una breve manera, es pertinente aclarar que la Discrecionalidad en los Actos Administrativos o más bien, la Potestad Discrecional, no debe confundirse con los llamados **Conceptos Jurídicos Indeterminados**; ya que lo que ocurre en estos últimos, es que la norma jurídica no los define, pero existen en ciencias metajurídicas, y la diferencia estriba en que éste aunque no se encuentra definido en la norma, es perfectamente precisable en cada caso concreto, mediante una operación intelectual; es decir, de interpretación y en cada supuesto de interpretación, surgirá como consecuencia una sola solución justa.²⁹¹; mientras que en la discrecionalidad administrativa, la Administración puede optar entre distintas soluciones, y todas ellas serán jurídicamente válidas y posibles y todas serán perfectamente correctas.²⁹² La importancia de esta diferencia, es que quede claro que los conceptos jurídicos indeterminados no otorgan una potestad discrecional a la Administración, ni permite optar entre varias soluciones.²⁹³

²⁹⁰ **AYALA, J. y otros**, Op Cit., Pág. 58. Sin embargo, tal y como lo expresa este autor, tampoco la potestad discrecional y los actos que se dictan en virtud de ésta, se encuentran exentos de que estos también queden sometidos al respeto de una serie de garantías, como la competencia del órgano del cual proviene el acto; hechos determinantes; principios generales del derecho, etc.

²⁹¹ **CASADO, E.**, Op Cit., Pág. 52. Así por ejemplo, o se es buen padre de familia o no se es, o se actúa de buena fe o de mala fe, etc., es decir, que siempre se tendrá una sola respuesta certera y apegada a derecho; en este caso, no caben términos medios, ni tampoco una libertad de apreciación por parte de la Administración.

²⁹² **Ídem.** Pág. 52.

²⁹³ **Ídem.**, Pág. 53. El autor CASADO, E., se preocupa por dejar aún más en claro tal circunstancia, poniendo un ejemplo y una aclaración, lo que considero atinente, y es que en algunas ocasiones, un mismo precepto contiene al mismo tiempo conceptos jurídicos indeterminados y potestades discrecionales; como es el caso del Art. 258 literal c), de la Ley del Servicio Civil, el cual establece que no será necesaria la prueba de idoneidad para cubrir un puesto, cuando para no entorpecer la Administración, haya necesidad de obrar un funcionario o empleado con carácter interino, por un periodo no mayor de dos meses. En este caso, la necesidad es un concepto jurídico indeterminado y configura el presupuesto de hecho de la norma, es decir, se da la necesidad o no se da; mientras que la potestad discrecional, aparece seguidamente ya que la Administración es libre de optar a designar a un funcionario interino o

Además de esta distinción, tampoco se debe confundir la Discrecionalidad Administrativa, y las **Lagunas del Derecho**; ya que en algunos casos la Ley no ha previsto la solución de problemas concretos y a esto es a lo que se le denomina laguna del derecho, y por el contrario, en la Discrecionalidad Administrativa, el ordenamiento jurídico si ha previsto una solución, y lo que sucede es que esa solución no es precisable a priori, puesto que se debe esperar la actuación de la administración, para saber que respuesta le dará, es decir, que la discrecionalidad siempre comporta la incertidumbre de conocer el resultado que se ofrecerá por la administración; siendo la diferencia esencial entre las dos materias, que la discrecionalidad no constituye una imprevisión; si no por el contrario, una regulación, que deja abierta la posibilidad a la administración, de optar sobre cualquiera de esas posibilidades planteadas y reguladas por la norma jurídica.²⁹⁴

Tampoco se puede permitir la confusión del acto administrativo discrecional, ni de los Conceptos Jurídicos Indeterminados, ni tampoco de las Lagunas del Derecho, con la llamada **desviación de poder**; el Art. 3.2 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativo, define la desviación y en lo pertinente expresa:

El ejercicio de las potestades administrativas para fines distintos de los fiados por el ordenamiento jurídico.

Es decir, que la desviación de poder, es un vicio de la actuación administrativa, que consiste en emplearla para una finalidad distinta de la que motivó su otorgamiento, es decir, que es un poder que se ejerce desviadamente,

no hacerlo, siendo libre de optar por cualquiera de las dos soluciones, las cuales son igualmente justas y correctas..

²⁹⁴ **Ídem.** Pág. 56. De lo comentado, se deduce al final, que una laguna del derecho no da lugar nunca a una potestad discrecional; si el ordenamiento no ha previsto respuesta, ello no significa que la administración pueda adoptar la que le parezca o la que mejor satisfaga el interés general. Si el ordenamiento no ha contemplado el supuesto, la administración simplemente se encuentra imposibilitada de actuar en modo alguno, debido a la imprevisión del legislador

para la satisfacción de un interés diferente al que la norma jurídica confirió; por tanto esta puede ocurrir, tanto en la potestad reglada, como en la potestad discrecional otorgada a la administración, sin embargo, constituye un vicio que acarrea la nulidad del acto administrativo, ya que el mismo no posee uno de sus elementos esenciales para su validez, como es la finalidad, que siempre debe ir orientada a la satisfacción del interés general.²⁹⁵

En las potestades discrecionales, no todos los elementos del acto administrativo aparecen precisados por el ordenamiento jurídico, pero al menos alguno de ellos si lo estará. Y se ha comprobado que existen por lo menos tres elementos reglados que se manifiestan en el ejercicio de cualquier potestad, inclusive la discrecional, que son:

- a) La Competencia: la determinación del órgano que concretamente ejercerá la potestad.²⁹⁶
- b) El procedimiento de aplicación: que es el cauce que el ordenamiento ha provisto para que la administración resuelva un asunto²⁹⁷.

²⁹⁵ **CASADO, E.**, *Op Cit.*, Pág. 68. Las clases de desviación de poder que se reconocen por nuestra doctrina, son: a) Desviación de Poder Privado y b) Desviación de Poder Público. como se dijo anteriormente, cuando un acto se aparta del fin para el cual debía emitirse es que se cae a la figura de la desviación de poder. En esa misma línea se enmarca la opinión de AYALA, J. y otros, *Op Cit.*, Pág. 54

²⁹⁶ **TORRE, A.**, *Op. Cit.*, Pág. 568. En una definición más común procesalmente hablando, se entiende por competencia la aptitud del Juez para ejercer su jurisdicción en un caso determinado; entendiéndose pues entonces que además de que el Juez deba tener jurisdicción, éste debe tener competencia. Los órganos jurisdiccionales tienen una aptitud legalmente delimitada para conocer de los procesos; esta capacidad está marcada, de una parte, por la índole de la reclamación y, por la otra, por la cuantía económica de la pretensión procesal en algunos casos. Cuando se han aclarado estos extremos, se puede ya saber qué clase de órgano jurisdiccional es apto o, como también se dice, es competente; pero todavía no se ha determinado qué tribunal en concreto, dentro de la clase ya establecida, es el que debe conocer del litigio. La determinación, pues, de la aptitud de un tribunal concreto para tratar de un litigio con preferencia a todos los demás tribunales, constituye la idea básica de la competencia. **RÍBO DURÁN, L.** diccionario multimedia de derecho, Bosch casa editorial, Barcelona, 1995; versión 1.0. Esta sirve también para designar el conjunto de reglas legales que atribuyen las pretensiones procesales a un tribunal determinado con exclusión de todos los demás tribunales civiles sean o no del mismo rango o clase. La trascendencia de la competencia radica en que sólo es válido el proceso si el tribunal que lo conoce es competente. Por ello se ha dicho que la competencia es la medida de la jurisdicción.

- c) El Fin de la Potestad: la finalidad que se persigue al otorgamiento de la potestad, inclusive si esta es discrecional.²⁹⁸

5.1.3. Los Criterios Registrales.

Los Criterios Registrales en el empleo de los mismos por el Registro de Comercio, se refieren a aquellas decisiones que toman los Registradores de dicha institución, a efecto de aplicar, dejar de aplicar o interpretar normas jurídicas, así como de realizar determinados actos que no se encuentran establecidos en la ley o la forma de aplicar los que si se encuentran en ella; también se conocen como acuerdos tomados en mesa de Registradores.

Es evidente, que los llamados Criterios Registrales en puridad y bien aplicados, no son más que uso de facultades discrecionales del Registro de Comercio, como ente administrativo, que emite actos administrativos; sin embargo, lo que es atinente analizar es que si los Criterios Registrales aplicados actualmente en torno a la Matrícula de Comercio, no sobrepasan la facultad discrecional que este ente ostenta, puesto que en tal caso, nos encontraríamos en presencia de actos administrativos nulos²⁹⁹; puesto que como ya se mencionó antes, no hay que

²⁹⁷ *Ídem*. En lo que se refiere al procedimiento administrativo, es atinente enmarcar y establecer el siguiente punto: y es que el procedimiento administrativo, es el conjunto de trámites y actuaciones que se desarrollan en el ámbito de la Administración Pública con el fin de producir un acto administrativo. Dicho procedimiento se inspira en los siguientes principios: desconcentración administrativa; unidad y flexibilidad del procedimiento; tramitación simplificada; colaboración de los administrados; y reducción del número de disposiciones reglamentarias. Dada la amplitud y complejidad de la actividad administrativa, el legislador tiende a uniformar el procedimiento administrativo, al menos en sus trámites fundamentales. De esta forma, y cuando la especialidad de la materia lo requiere, puede ésta regularse por normas especiales que atienden a las peculiaridades de la materia; pero, en lo demás, se aplican las reglas del procedimiento general o procedimiento administrativo común, que son además supletorias cuando los procedimientos especiales plantean dudas en su aplicación.

²⁹⁸ **CASADO, E.**, *Op Cit.*, Pág. 59.

²⁹⁹ **RÍBO DURÁN, L.** diccionario multimedia de derecho, bosch casa editorial, Barcelona, 1995; versión 1.0., se puede decir que la nulidad de un acto administrativo, es la situación más completa de ineficacia jurídica de un acto administrativo. Denominada también nulidad de pleno derecho, nulidad radical o nulidad absoluta, se refiere al acto administrativo que, por infringir

confundir la discrecionalidad administrativa, con los llamados conceptos jurídicos indeterminados, ni con las lagunas del derecho, ni con la desviación de poder; y además de ello, se mencionó que existen elementos que deben concurrir a efecto de determinar si nos encontramos ante el ejercicio de una actividad discrecional.³⁰⁰

Los criterios registrales a los cuales se hará referencia en este apartado, serán aquellos que versen sobre la matrícula comercio, y sobre todo las que recaen en las sanciones, y en la cancelación de la matrícula de comercio; por tanto es aquí en donde nos auxiliaremos del Código de Comercio y de la Ley del Registro de Comercio y su Reglamento.

A manera de introducción, debemos recalcar que la matrícula de comercio, es la única prueba para establecer la calidad de comerciante y para comprobar la propiedad de la empresa y sus establecimientos; asimismo, que ninguna empresa mercantil ni sus establecimientos pueden funcionar sin tener su respectiva matrícula de comercio y que aquellas que funcionen sin tener este requisito, se encuentran propensas a ser cerradas por el alcalde del lugar, previa resolución del consejo municipal; la matrícula de comercio a la que se ha hecho referencia, debe

una norma de carácter imperativo, no producirá efecto jurídico alguno. Es el acto administrativo nulo o, más exactamente, nulo «ab initio», (nulo desde el principio) o nulo «in radice» (nulo de raíz). En definitiva, se trata de un Acto Administrativo inexistente, en el sentido de que la declaración judicial declarará que la Administración no consiguieron crear un Acto Administrativo verdadero.

³⁰⁰ Anteriormente se dijo, que para que el acto administrativo sea válido, es necesario que cuente con los elementos que requiere la ley para su creación, considerándose doctrinariamente los elementos en general, la legitimidad y su mérito; consistiendo los primeros en que estos se ajustan a las disposiciones legales vigentes y los segundos conciernen a la oportunidad y conveniencia del acto y es una la zona en donde se demuestra la discrecionalidad de los entes administrativos. Dentro de esta clasificación, se ha establecido que los elementos esenciales del acto administrativo son: a) Elemento Subjetivo, b) Elemento Objetivo, c) La Causa, d) El Fin, y e) La Forma.

renovarse anualmente y la falta de renovación de la misma dentro del plazo legal, es sancionada por el registro de comercio.³⁰¹

Los criterios registrales en cuanto a la cancelación de la matrícula de comercio, misma que se trató en el capítulo quinto del presente trabajo, y que como lógica consecuencia nos referimos exclusivamente a la cancelación de matrícula de comercio aplicada de forma administrativa por parte del registro de comercio a un comerciante, la cual puede proceder por la falta de renovación de la matrícula, si el comerciante dejó transcurrir tres meses luego de vencido el plazo establecido en la ley. En este respecto, los registradores del registro de comercio como criterio registral, han tenido a bien no aplicar este precepto legal, sino más bien aplicar la imposición de multas ya que dicen ellos que si se aplicara esta norma más del 50% de los comerciantes incurrirían en esta infracción y serían acreedores a que se les cancelará su matrícula de comercio y por tanto considerar ellos mejor la imposición de multas.

Como ya se dejó claro en el capítulo quinto, el único procedimiento de imposición de multas regulado por la Ley de Registro de Comercio para el caso de la Renovación de la Matrícula de Comercio, es el que se encuentra en el artículo 64 de la misma y que lo regula hasta los 90 días para la presentación o pago de la matrícula de comercio, es decir que la ley le da un plazo máximo de 90 días con una multa del 100% del valor que se debe cancelar según la tabla del artículo 63 del mismo cuerpo legal, para la renovación de la matrícula de comercio; y

³⁰¹ Es precisamente así que lo expresa claramente los Arts. 418 y siguientes Del Código de Comercio, en especial los Artículos 419 y 420 del mismo cuerpo legal; el cual el primero de éstos expresa que ninguna empresa ni sus establecimientos pueden funcionar sin la respectiva matrícula de comercio; aclarando que los establecimientos comerciales que funcionen sin cumplir tal requisito, serán cerrados por el Alcalde del lugar, previa resolución del Consejo Municipal. Y el Artículo 420 del referido código, establece que tal matrícula de comercio, deberá renovarse cada año, la cual sirve para actualización de datos. Es preciso notar que con ello se confirma y aclara aún más el problema que se trata y la veracidad del mismo; sobre todo en el hecho del cierre del establecimiento comercial, que es la sanción más grave considerada por el Registro de Comercio. Y evidentemente si es la más grave.

transcurridos esos 90 días, procede la cancelación de la matrícula de comercio de conformidad al artículo 65 de la Ley del Registro de Comercio, mismo que al no aplicarse, también se encuentra justificada por el Registro de Comercio³⁰², bajo el criterio registral de inaplicabilidad; puesto que una vez cancelada la matrícula de comercio lo único que procede es la rehabilitación de la misma, con la aplicación de la presunción legal que cuando por falta de renovación caduque el derecho de matrícula, se presume que la persona ha continuado ejerciendo el comercio o la industria³⁰³ y en consecuencia cuando el interesado solicite la rehabilitación debe pagar los derechos anuales y recargos en que se haya incurrido desde la fecha del último pago de renovación.³⁰⁴

³⁰² Tal y como se vio en el Capítulo V del presente trabajo, en el que se establecieron los supuestos que pueden concurrir para el caso de la renovación de la matrícula de comercio, y que son: a) Que la solicitud y pago se haga en tiempo; b) Que la solicitud o pagos se realice durante los primeros treinta días de vencido el plazo; c) Que la solicitud o pagos se realice dentro de los 60 días de vencido el plazo y d) Que la solicitud pagos se realice dentro de los 90 días de vencido el plazo. En cuyo caso, se aplica la tabla también relacionada para tales efectos de cálculo, regulada en el Artículo 63 de la Ley del Registro de Comercio, la cual expresa: En Registro de Matrícula de Empresa Mercantil, de acuerdo a su activo, causará los siguientes derechos: De ¢ 100,000.00 hasta ¢ 500,000.00 - ¢ 800.00. De ¢ 500,001.00 hasta ¢ 1,000,000.00 - ¢ 1,200.00. De ¢ 1,000,001.00 hasta ¢ 2,000,000.00 - ¢ 2,000.00. y si el activo es superior a los dos millones de colones, se pagará además cien colones por cada millón, pero en ningún caso los derechos excederán de cien mil colones. Por la renovación de la Matrícula de Comercio, la cual se debe realizar cada año, deberá misma cantidad antes establecida en la tabla. Sin embargo, para las sucursales se ha establecido otra tabla extra, en la cual se establece que por cada Sucursal o Agencia, se pagará: Registro de la Matrícula de Cada uno de ellos (inclusive del primero) ¢ 300.00. Por la renovación de cada uno de los mismos: ¢ 300.00. Por el Registro de traspaso de Matrícula de Empresa o de sus establecimientos: ¢ 300.00. Si solo se traspasa el establecimiento, por cada uno: ¢ 300.00.

³⁰³ Precisamente esa es la tan controvertida presunción legal, regulada en el Artículo 65 de la ley del Registro de Comercio, y que expresamente dice: "Cuando por falta de renovación caduque el derecho de la matrícula, se presumirá que la persona ha continuado ejerciendo o la industria; en consecuencia, cuando el interesado solicite la rehabilitación o el registro de una nueva matrícula deberá pagar los derechos anuales y recargos en que se hayan incurrido desde la fecha del último pago de renovación, mas los, derechos de la nueva matrícula. Presunción que por ser ley vigente se debe de aplicar, pero no con ello se quiere decir que sea correcta ni que sea justa o mucho menos aceptable; ya que es todo lo contrario a tales cualidades y así debe ser considerada, puesto que inclusive se convierte en un gran obstáculo para el ejercicio del comercio.

³⁰⁴ Cabe anotar en este caso, que actualmente en el Registro de Comercio, como ya se ha detectado antes, se cobran multas por el pago extemporáneo de los Derechos de Registro; sin embargo, no solamente por ello se cancelan recargos; si no también se cancelan sumados a los

Visto todo lo anterior, es evidente que el registro de comercio lo que hace es inaplicar los artículos 422 Código de Comercio y, 64 y 65 de la Ley del Registro de Comercio, potestad que según el artículo 185 de nuestra Carta Magna, corresponde únicamente a los tribunales que administran justicia, es decir a los Jueces.³⁰⁵

Esta actuación por parte del ente administrativo, es una actuación que sobrepasa la potestad discrecional que le ha sido conferida, puesto que en el caso concreto, en lo que respecta a la procedencia de la Cancelación de la Matrícula de Comercio, nos encontramos ante la presencia de un Acto Administrativo Reglado, ya que es la ley quien detalladamente como tiene que actuar la administración en el caso concreto, sin establecer ninguna otra opción, sin desvirtuar desde luego, lo acotado anteriormente al referirnos al procedimiento de cancelación de la matrícula

antes referidos, los impuestos por la presentación extemporánea de la Solicitud de Renovación de la Matrícula de Comercio, sea o no que se hayan cancelado en tiempo los derechos de Registro; es decir, que son dos multas que se cuentan por aparte a criterio del Registro de Comercio. Sin embargo, se considera que no fue en realidad ese el criterio del legislador y que se vuelve hasta injusto para el comerciante que deba cancelar una doble multa y se le imponga una doble sanción ante la falta de solicitud de renovación de la matrícula de comercio, cuando ésta no cumple con los requisitos legales o cuando simplemente no se lleva a cabo.

³⁰⁵ El Artículo 185 de la Constitución de la República expresa literalmente: “Dentro de la potestad de administrar justicia, corresponde a los tribunales, en los casos en que tengan que pronunciar sentencia, declarar la inaplicabilidad de cualquier ley o disposición de los otros órganos, contraria a los preceptos constitucionales.” Tan claro es el precepto legal, que ni siquiera la misma Sala de lo Constitucional ha establecido jurisprudencia al respecto, puesto que en verdad no se necesita, ya que es explícito el espíritu del legislador constitucionalista; y en donde no distingue el legislador, no le es lícito distinguir al intérprete; por lo que es evidente pues que no le es lícito inaplicar normas jurídicas a un ente administrativo, tal y como lo es el Registro de Comercio. Al respecto expresa el Licenciado **JULIO RUBÉN TRUJILLO**, Registrador del Departamento de Matrículas de Comercio, que la decisión de inaplicar el artículo 65 de la Ley del Registro de Comercio, el cual regula la cancelación de la Matrícula de Comercio, fue tomado como criterio registral, puesto que no se puede cancelar la Matrícula de Comercio así por así, y aunque discrecionalmente lo puede hacer porque tiene facultad para ello, sin embargo, es una resolución tan de trascendencia, que incide en la actividad comercial y por ello tiene que ser sometida a criterio en conjunto de los registradores. El fundamento de inaplicar el artículo 65 de la Ley del Registro de Comercio, más que estar respaldado por un fundamento legal, lo está por el hecho de no perjudicar a los comerciantes, sin embargo hablando de fundamento legal se fundamenta en el artículo 15 del mismo cuerpo legal, que es el principio de legalidad del Registro de Comercio. Sin embargo, más que todo un fundamento no existe sino más bien en una institución doctrinaria.

de comercio y su mala regulación; sin embargo, a pesar de ello, jurídicamente el Registro de Comercio, tiene la obligación de actuar conforme a la Ley y el actual criterio registral, excede las facultades otorgadas por la misma.

Este actuar del Registro de Comercio, tampoco puede ser enmarcado en el abuso de poder, ya que no constituye ni siquiera el ejercicio de una facultad, si no más bien excederse en la misma y mucho menos podría enmarcarse en un concepto jurídico indeterminado ni en una laguna del derecho, puesto que la ley es clara en estipular el momento y la forma de actuar que debe tomar la Administración.³⁰⁶

Otro de los aspectos, es el que se refiere a la imposición de multas en dos momentos; los cuales tienen estrecha relación con lo anteriormente comentado, y es que además del criterio del Registro de Comercio de la inaplicabilidad de las normas antes referidas, también se ha establecido por criterio registral que se impondrán multas, las cuales se establecen con base a la tabla regulada en el Art. 64 de la Ley del Registro de Comercio, sin encontrarse reguladas en el mismo³⁰⁷;

³⁰⁶ Es tal y como se anotó anteriormente, que la Discrecionalidad Administrativa, no puede confundirse con otros conceptos o materias de derecho, puesto que cumple con sus propios requisitos y cualidades de existencia, tal y como se ha venido distinguiendo. Cuestión que se toma en mención, a efecto de recalcar la importancia de esta circunstancia, a efecto de que el lector, no la vea tan a la ligera o con poca importancia.

³⁰⁷ Precisamente es ésta circunstancia, es la que se ha establecido a través de las entrevistas, que no vienen a más que reforzar y concretizar el punto; es así, que el Licenciado **JORGE CASTRO VALLE**, registrador del departamento de Matrículas de Comercio, expresa que: En cuanto a la inaplicabilidad del artículo 65 de la Ley del Registro de Comercio, no hay un argumento legal puesto que si la ley establece que se tiene que cancelar debiera cancelarse, puesto que la ley no dice si el registrador quiere cancelarla; puesto que inclusive el mismo artículo es claro al expresar que el registrador cancelará; sin embargo el criterio ha sido el de flexibilidad, tomando en cuenta que el comercio se genera en base a movimiento. Según la entrevista realizada al Licenciado **JULIO RUBÉN TRUJILLO**, también Registrador del departamento de Matrículas de Comercio, existe una circunstancia que es mejor explicar en sus palabras de la siguiente manera: Cuando la solicitud de la matrícula de comercio, se hace de forma extemporánea, al comerciante que excede los 100.000 colones, se le impone una sanción la cual se encuentra establecida en el artículo 63 de la Ley del Registro de Comercio, debiendo pagar lo establecido para solicitar la matrícula de comercio y para el establecimiento comercial; en dicho artículo no se establece un límite para el pago de los derechos registrales, y lo que sucede cuando no llega a tiempo a cancelar los derechos registrales ni para presentar la

es decir, que se han atribuido la facultad de imponer multas que no se encuentran estipuladas ni reguladas en la Ley, de tal manera que, no cancelan la Matrícula de Comercio al haber transcurrido el término legal para su procedencia, si no que cada año que el comerciante no la renueva, le aplican las multas de hasta el 100% por la falta de pago de los derechos de registro, más otro cien por ciento del valor a cancelar, por la falta de presentación de la solicitud, hasta que presente la solicitud de renovación de la matrícula de comercio, que es cuando se le realiza la sumatoria al comerciante, a efecto de calcularle a cuanto ascienden las multas, según los años que no renovó su matrícula de comercio.

Tal y como se dijo anteriormente, la potestad sancionadora de la administración pública, es por excelencia una potestad reglada, puesto que la misma siempre se encuentra estipulada en la ley, sin embargo, a pesar de que las

solicitud de la matrícula, ya que son dos cosas diferentes, siendo una la extemporaneidad para la presentación de la solicitud de la matrícula y la otra es la extemporaneidad para el pago de derecho de registro; es el artículo 64 de la Ley del Registro de Comercio, junto con el artículo 86 y 415 del Código de Comercio los que se deben aplicar para estos supuestos; el artículo 64, regula para cuando la Matrícula de Comercio ya está concedida y el 86 establece que toda persona jurídica o natural que deba obtener Matrícula de Comercio está obligado a solicitarla dentro de los 60 días siguientes a la fecha de su instalación, para la persona jurídica se aplica el artículo 415 del Código de Comercio, el cual expresa que la empresa mercantil de todo comerciante social deberá ser inscrita al momento de inscripción de la escritura de sociedad; entonces la instalación para la persona jurídica se interpreta al momento de la inscripción de la escritura de la sociedad. Lo que ocurre si el comerciante no se avoca al Registro de Comercio en el mes que le tocaba sino que hasta el siguiente mes, se aplican las reglas del artículo 64 de la Ley del Registro de Comercio, en el inciso final hablando de los términos para el cobro de multas por incumplimiento o extemporaneidad de esas obligaciones. Resumiendo, si se va a iniciar un negocio, tiene 60 días después de instalados; si es personas naturales para pagar y solicitar su matrícula comerciante, y tiene 60 días; y si es persona jurídica a partir de la fecha de inscripción de la escritura de constitución de sociedad, para pagar los derechos registrales y para solicitar la matrícula de comercio; pasados esos término de 60 días, empieza a correr y aplicar el tipo de reglas establecidas en el trámite de multas que se encuentra en la Ley; específicamente sólo para la renovación, pero también se aplican las multas cuando se inicia operaciones o se inscribe la constitución de la sociedad y no se solicita la matrícula, puesto que ello constituye un incumplimiento. Si no se realiza dentro de los 60 días la solicitud de la matrícula, se puede realizar dentro de los 90 días siguientes, a sí, si se hace dentro de los treinta días siguientes al término de los 60 días, se de realizar un recargo del 25%, si llega dentro de los segundos treinta días se recarga el 50% y si llega dentro de los 90 días siguientes se paga el 100%, por haber presentado extemporáneamente la solicitud; la misma operación funciona con la aprobación de la Matrícula de Comercio por primera vez.

sanciones impuestas por el Registro de Comercio, no se encuentran estipuladas en la ley, si las imponen y las cobran, excediendo de esta forma las potestades que les otorga la misma ley, puesto que la función que realizan, es una función Legislativa, la cual les esta vedada y corresponde de forma exclusiva al Órgano Legislativo.

Y el tercer y último criterio que se comentara en este trabajo, y que también corresponde a la potestad sancionadora de la administración y en este caso al Registro de Comercio, es el que se refiere a la imposición de multas por falta de solicitud de matrícula³⁰⁸ de comercio. Esta se da, cuando un comerciante comienza a realizar su actividad mercantil, y no solicita dentro del término legal, la respectiva matrícula de comercio; en tal caso, el Registro de Comercio, impone una multa tomando en cuenta la misma tabla regulada en el Art. 64 de la Ley del Registro de Comercio, sin encontrarse contemplado tal supuesto; alegando que de forma análoga se puede aplicar ésta a ese caso; sin embargo, tal como se observa, el legislador en ningún momento estipuló esta circunstancia, por lo que se creería que nos encontramos ante un supuesto de laguna del derecho, sin embargo es de hacer notar que el legislador no plasmó multas para tales casos, puesto que reguló

³⁰⁸ La diferencia entre la solicitud de una matrícula y la solicitud de renovación de la misma, estriba en que la primera se da cuando el comerciante jamás ha solicitado una matrícula y lo hace por primera vez; mientras que la segunda se refiere a cuando el comerciante si ya ha solicitado la matrícula y solamente debe renovarla durante cada año, según se ha visto antes. Es decir, que como se ha visto, es criterio registral que las mismas multas que se imponen al comerciante cuando éste no renueva su matrícula, se aplican a cuando éste no la ha solicitado dentro del término de ley; por lo que también se aplican las multas cuando se inicia operaciones o se inscribe la constitución de la sociedad y no se solicita la matrícula, puesto que ello constituye un incumplimiento. Si no se realiza dentro de los 60 días la solicitud de la matrícula, se puede realizar dentro de los 90 días siguientes, a sí, si se hace dentro de los treinta días siguientes al término de los 60 días, se de realizar un recargo del 25%, si llega dentro de los segundos treinta días se recarga el 50% y si llega dentro de los 90 días siguientes se paga el 100%, por haber presentado extemporáneamente la solicitud; la misma operación funciona con la aprobación de la Matrícula de Comercio por primera vez. Multas que como se sabe no se encuentran reguladas en la ley y se han querido aplicar analógicamente, cuestión que es imposible de llevar a cabo.

una sanción mayor, como es el cierre del establecimiento comercial³⁰⁹, por tanto no necesitaba la regulación de multas administrativas, sin embargo en la práctica si se aplican.

5.1.3.1. Criterios Registrales y sus efectos jurídicos.

El aspecto de los efectos jurídicos que producen los criterios registrales arriba mencionado, es un tema muy delicado, complejo y sobre todo es digno de generar discusión al respecto, puesto que con ello, se enmarcan los efectos jurídicos de tales criterios, tanto en el comerciante, como en los actos de comercio que éste realiza y que lógicamente vinculan a terceros; por lo que se tratará de desenlazar este aspecto, sobre los tres criterios registrales arriba mencionados, desglosando cada uno de ellos en los dos aspectos antes mencionados.

En cuanto al criterio de inaplicar los Arts 419 del Código de Comercio y 65 de la Ley del Registro de Comercio, que se materializa en la no cancelación de la matrícula de comercio e imposición de multas no reguladas, en cuanto a los efectos que produce en el comerciante mismo, aparte de la violación a algunos de los derechos de los comerciantes, como ya se puso en evidencia, trae como consecuencia que el Comerciante que no solicitó la renovación de la matrícula de comercio habiendo transcurrido el término para hacerlo, tendrá jurídicamente su matrícula de comercio, más no la tendrá materialmente; puesto que la certificación de la matrícula de comercio, el Registro de Comercio la expide cuando se ha solicitado la renovación, puesto que de lo contrario no la expedirá; es decir, que según el Libro de Registro de Matriculas de Comercio, éste comerciante tendrá matrícula de comercio, pero no podrá hacer uso de ella, y es aquí en donde se

³⁰⁹ Tal es el Artículo 419 del Código de Comercio, el que regula tal posibilidad, y establece que el comerciante que no posea matrícula de comercio, le serán cerrados sus establecimientos comerciales no matriculados, diligencia que realizará el Alcalde del lugar en que se encuentre ubicado el referido establecimiento comercial.

presentan algunos problemas, ya que el comerciante a pesar de serlo, no podrá acreditar aún así, su calidad, puesto que el Artículo 418 del Código de Comercio, al establecer que la Certificación de la Matrícula de Comercio es el único documento que sirve para probar la calidad de comerciante y la propiedad de la empresa mercantil y sus establecimientos, también se debe entender que éste artículo supone la actualización de la misma; es decir, que estos efectos probatorios los tendrá únicamente la Certificación de Matrícula que se encuentre vigente, y por ende que se haya renovado. Ahora bien, este es solo un inicio de estas consecuencias, ya que al percatarse de ese efecto, nos damos cuenta que el hecho abarca mas allá de lo que en un inicio nos pudiéramos imaginar; debe notarse, que al no poseer materialmente el comerciante su matrícula de comercio actualizada y vigente, el mismo al no poder establecer fehacientemente la propiedad de la empresa mercantil, no puede disponer libremente de ella, ya que no puede arrendarla, venderla, transferirla, hipotecarla, etc., puesto que es obvio que para ello debe establecer la propiedad de la misma; así mismo, el comerciante no puede participar en actos jurídicos especiales en los que necesita establecer su calidad de comerciante y la propiedad de la empresa mercantil, como es el caso de las licitaciones, en las cuales la entidad licitadora pide como requisito de participación, la respectiva certificación de la matrícula de comercio vigente, ya que es de esta forma como ellos se garantizan.

Los aspectos antes mencionados, si bien se deben al hecho que es imputable al comerciante como no haber solicitado la renovación de la matrícula de comercio, son circunstancias que se debieran evitar, puesto que si se aplicara la ley, pensaríamos en la cancelación de la matricula de comercio, cancelación que trae como consecuencia el cierre del establecimiento comercial y por ende la no posibilidad de realizar actos mercantiles y perder la calidad de comerciante, puesto que la ley es clara al establecer que nadie puede ejercer el comercio sin poseer su

respectiva matrícula de comercio; es lógico pensar, que esto es algo que agravia más al comerciante, pero que genera mas responsabilidad por parte del mismo y sobre todo mayor posibilidad de competencia mercantil. Se debe aclarar ahora mismo, que como ya se ha dicho antes, el procedimiento de cancelación de matrícula de comercio y sus efectos no es el mas adecuado ni se esta a favor de ellos, ya que lo ideal seria, que el comerciante poseyendo una buena cultura, solicitara solamente una vez su matrícula de comercio y no tener que estarla renovando cada año, ya que en principio, esta matriculación sirve únicamente para tener un control de los comerciantes en ejercicio, control que no es fidedigno, pero que es el que mas se acerca al fin que se pretende alcanzar; es así, que en países como España, la matrícula de comercio se solicita solamente una vez y se informa al registro solo cuando han existido cambios y cuando el comerciante dejará de ejercer la actividad mercantil, puesto que de lo contrario, el comerciante se encuentra matriculado y no debe de preocuparse por renovar su matrícula de comercio; y es que éste es el verdadero actuar de una legislación que verdaderamente se encuentre inspirada en el Acto de Comercio y no en el Comerciante. Sin embargo, nuestra legislación no regula de esta forma, por lo que debe aplicarse la misma, ya que la no aplicabilidad, como se mencionó en otro capítulo, también acarrea inseguridad jurídica.

En cuanto al comerciante que ha dejado de ejercer el comercio,

Ahora bien, también se debe analizar los efectos que se producen en los actos que el comerciante realiza y sobre todo en aquellos que se incluyen terceros;

CAPITULO VI.

6.1. SITUACIÓN DE LOS DERECHOS DE LOS COMERCIANTES, RESPECTO DE LA NORMATIVA JURÍDICA QUE REGULA LA MATRICULA DE COMERCIO.

6.1.1. Derechos de los Comerciantes.

6.1.1.1. Derecho a la Seguridad Jurídica.

Constituye la seguridad jurídica un derecho fundamental³¹⁰ que tiene toda persona frente al Estado y un deber primordial que tiene el mismo Estado hacia el gobernado.³¹¹

El término de la Seguridad, es aplicado en relación a lo que consideramos digno de certeza y confianza. En estos casos pues median una previsibilidad axiológicamente positiva. En un sentido más específico, la seguridad jurídica implica una actitud de confianza hacia el derecho vigente, y una razonable previsibilidad sobre su futuro³¹². Es

³¹⁰ La Sala de lo Constitucional, ha aclarado que con el *concepto derechos fundamentales* "se hace referencia a las facultades o poderes de actuación reconocidos a la persona humana como consecuencia de exigencias ético-jurídicas derivadas de su dignidad, su libertad y su igualdad inherentes, que han sido positivadas en el texto constitucional y que, en virtud de dicha positivación, desarrollan una función de fundamentación material de todo el ordenamiento jurídico, gozando asimismo de la supremacía y la protección reforzada de las que goza la Constitución". [Sentencia de 23-III-2001, Inc. 8-97, Considerando VI 1.](#)

³¹¹ **BERTRAND GALINDO, F.**, Manual de Derecho Constitucional, Tomo II, Primera Edición, Centro de Investigación y Capacitación, Proyecto de Reforma Judicial, 1992, Pág. 848. y es que la seguridad jurídica implica una libertad sin riesgo, de tal modo que el hombre pueda organizar su vida sobre la fe en El orden jurídico existente, cuando elementos básicos, como son la visibilidad de las conductas propias y ajenas de sus efectos; y la protección frente a la arbitrariedad y a las violaciones del orden jurídico.

³¹² Proyecto Regional de Justicia / PNUD, Acceso a la justicia en Centroamérica: seguridad jurídica e inversión, 1a. Edición, San José, C.R., Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo, año 2000, Pág. 15. Para la PNUD, la seguridad jurídica, vista de una forma más sistemática, implica que el sistema jurídico ha de poseer ciertas características, a saber: Facilitar el conocimiento y certeza del derecho positivo. Dar confianza a los ciudadanos en las instituciones públicas y en el orden jurídico. Hacer previsibles las consecuencias jurídicas derivadas de las propias acciones o de la conducta de terceros. Proveer estabilidad, sin que suponga petrificar el ordenamiento o su aplicación judicial. Que las normas y actuaciones administrativas sean resultado de un depurado proceso de elaboración preestablecido por las leyes, y que en él se dé participación a los ciudadanos. Suministrar certeza a la hora de aplicarse la ley por parte de los jueces y de obtener un remedio si se incumple.

la que permite prever las consecuencias de las acciones del hombre, así como las garantías de orden constitucional de que gozan tales actos.³¹³

La seguridad entendida como término genérico, se puede concebir de diversas maneras entre las que caben destacar:

1. **Seguridad del Estado**, que consiste en la capacidad que tiene para poder afirmar su identidad fundamental en el tiempo y en el espacio, Art. 212 Cn.³¹⁴
2. **Seguridad material**, como la llama la exposición de motivos de 1983 al comentar el Art. 2 Cn., que consiste en el "derecho que pueda tener una persona a que se le garantice estar libre o exenta de todo peligro, daño o riesgo, que ilegítimamente amenace sus derechos.
3. **Seguridad jurídica**, conceptualizada por la Comisión Redactora de la Constitución de 1983 "como concepto inmaterial. Es la certeza del imperio de la ley, en el sentido de que el Estado protegerá los derechos de las personas tal y como la ley los declara."³¹⁵

Seguridad material.

³¹³ **GABINO ZIULU, A.**, Derecho Constitucional, Tomo I, Editorial DEPALMA, Buenos Aires, 1997, Pág. 365.

³¹⁴ **LATORRE, A.**, INTRODUCCIÓN AL DERECHO, Octava Edición, Editorial ARIEL, S.A., Barcelona, 1991, Pág. 40. **Art. 212.** La Fuerza Armada tiene por misión la defensa de la soberanía del Estado y de la integridad del territorio. El Presidente de la República podrá disponer excepcionalmente de la Fuerza Armada para el mantenimiento de la paz interna, de acuerdo con lo dispuesto por esta Constitución. Los órganos fundamentales del Gobierno mencionados en el Art. 86, podrán disponer de la Fuerza Armada para hacer efectivas las disposiciones que hayan adoptado, dentro de sus respectivas áreas constitucionales de competencia, para hacer cumplir esta Constitución. La Fuerza Armada colaborará en las obras de beneficio público que le encomiende el Órgano Ejecutivo y auxiliará a la población en casos de desastre nacional."⁽²⁾

³¹⁵ En su plano más elevado, la seguridad jurídica supone algo más que la certeza. Hay seguridad jurídica en este sentido más amplio cuando el Derecho protege en forma eficaz un conjunto de intereses de la persona humana que se consideran básicos para una existencia digna.

La Sala de lo Constitucional, ha señalado que el derecho a la seguridad tiene dos dimensiones: como seguridad material y como seguridad jurídica. En su *dimensión de seguridad material*, tal derecho "equivale a un derecho a la tranquilidad, es decir, un derecho de poder disfrutar sin riesgos, sobresaltos ni temores los bienes muebles o inmuebles que cada uno posee, o bien la tranquilidad de que el Estado tomará las medidas pertinentes y preventivas para no sufrir ningún daño o perturbación en la persona"³¹⁶

Seguridad jurídica.

En su *dimensión de seguridad jurídica*, que es el que verdaderamente nos interesa, ha sido caracterizado por la Sala de lo Constitucional como "un derecho fundamental, que tiene toda persona frente al Estado y un deber primordial que tiene el mismo Estado hacia el gobernado; pero entendido como un deber de naturaleza positiva, traducido, no en un mero respeto o abstención, sino en el cumplimiento de ciertos requisitos, condiciones, elementos o circunstancias exigidas por el propio ordenamiento jurídico, para que la afectación de la esfera jurídica del gobernado sea válida. Es decir, que todos y cada uno de los gobernados tenga un goce efectivo y cabal de sus derechos."³¹⁷

³¹⁶ Sentencia de 7-IX-2001, Inc. 15-98, Considerando IV 1 B.

³¹⁷ Sentencia de 21-VII-1998, Amp. 62-97, Considerando III. Con el mismo derecho ha *vinculado el principio nec reformatio in peius*: "la figura llamada de la reforma peyorativa –reformatio in peius– consiste, como es bien sabido, en la situación que se produce cuando la condición jurídica de un recurrente resulta empeorada a consecuencia exclusivamente de un recurso (...); el principio nec reformatio in peius, además de constituir un elemento importante del proceso constitucionalmente integrado, contribuye al desarrollo del principio de seguridad jurídica, puesto que al impedir que el tribunal de alzada modifique –en perjuicio del recurrente– puntos que no le han sido alegados, se protege al apelante en su situación jurídica adquirida, brindándole seguridad en relación con la esfera de sus derechos y fomentando asimismo el acceso a la segunda instancia ya que se sabe que con ello se puede lograr una modificación de la sentencia de primera instancia favorable a su pretensión, pero no una más gravosa" Sentencia de 15-VI-1999, Amp. 197-98, Considerando III 3.

Desde la perspectiva del derecho constitucional, la seguridad jurídica es pues la condición resultante de la predeterminación, hecha por el ordenamiento jurídico, de los ámbitos de licitud e ilicitud en la actuación de los individuos, lo que implica una garantía para los derechos fundamentales de la persona y una limitación a la arbitrariedad del poder público. Puede presentarse en dos manifestaciones: la primera, como una exigencia objetiva de regularidad estructural y funcional del sistema jurídico a través de sus normas e instituciones; y en la segunda, en su faceta subjetiva, como certeza del derecho, es decir, como proyección, en las situaciones personales, de la seguridad objetiva, en el sentido que los destinatarios del derecho puedan organizar su conducta presente y programar expectativas para su actuación jurídica futura bajo pautas razonables de previsibilidad"³¹⁸

La seguridad jurídica es pues la certeza del imperio de la ley, en el sentido que el Estado protegerá los derechos de las personas tal como la ley los declara; así, se impone al Estado el deber insoslayable de respetar y asegurar la inviolabilidad de los derechos constitucionales, delimitando las facultades y deberes

³¹⁸ [Sentencia de 19-III-2001, Amp. 305-99, Considerando II 2.](#) y es que nuestra Constitución prevé la seguridad jurídica como categoría jurídica fundamental, a través de la cual se obtiene la certeza de que una situación jurídica determinada no será modificada más que por procedimientos regulares y autoridades competentes, establecidas previamente. Sentencia de 26-II-2001, Amp. 54-99. Máxima 4.

Proyecto Regional de Justicia / PNUD, *Op. Cit.*, Pág. 15. Y es que además, la falta de seguridad jurídica no afecta solamente una faceta como es el derecho que poseen las personas; si no que además, estudios han comprobado que las consideraciones tradicionales sobre crecimiento y desarrollo económico de una sociedad determinada, destacan la disponibilidad de factores y el estado de la infraestructura como sus principales determinantes de tal crecimiento; la teoría y evidencia disponibles parecen respaldar razonablemente que el crecimiento económico de una nación también se encuentra en estrecha vinculación con mejoras en el sistema jurídico y el judicial, que conllevan necesariamente mayor previsibilidad y certeza en las transacciones que requiere un sistema económico para su adecuado funcionamiento; y es que para poder alcanzar la previsibilidad, se tiene que comenzar por los aplicadores de las normas jurídicas, para que éstos las apliquen conforme se han inspirado y no a su libre arbitraje, para que de esta forma, las personas que se sometan a tales leyes, puedan saber que esperar de la aplicación de las mismas; de allí que también sea necesario que el Registro de Comercio aplique las leyes según éstas han sido promulgadas y no de la forma que a ellos mejor les parezca..

de los poderes públicos.³¹⁹ Concluyendo además, que la seguridad jurídica es la condición resultante de la predeterminación hecha por el ordenamiento jurídico, de los ámbitos de licitud e ilicitud en la actuación de los individuos, lo que implica una garantía para los derechos fundamentales de una persona y una limitación a la arbitrariedad del poder público, las cuales son condiciones indispensables para la vigencia de un Estado Constitucional de Derecho.

La misma Sala de lo Constitucional, además ha expresado que sobre las dimensiones de la faceta objetiva de la seguridad jurídica, se encuentran "relacionadas las principales características y dimensiones del concepto de seguridad jurídica, todas ellas se pueden englobar en dos exigencias básicas: (a) corrección funcional, que implica la garantía de cumplimiento del Derecho por todos sus destinatarios y regularidad de actuación de los órganos encargados de su aplicación; es decir, la vinculación de todas las personas públicas y privadas a la ley, que emana de la soberanía popular a través de sus representantes, y que se dirige al reconocimiento y tutela de los derechos fundamentales, lo cual constituye el fundamento del Estado de Derecho; y (b) corrección estructural,³²⁰ en cuanto

³¹⁹ Sentencia de 25-XI-2002, Amp. 349-02. Máxima 1.

³²⁰ Respecto de los *requisitos derivados de la corrección estructural*, ha dicho que "aunque es frecuente identificar ésta última –corrección estructural– con el principio de legalidad, su alcance se proyecta sobre todo el ordenamiento jurídico al propiciar una interpretación del término ley, que se desglosa en los requisitos de: (a) ley promulgada, porque lo que define a la ley no es sólo el ser un precepto general, justo y estable, sino el haber sido objeto de adecuada promulgación; la cual responde a la demanda de publicidad de la norma, es decir, a la posibilidad de ser conocida por aquellos a quienes obliga su cumplimiento; (b) ley manifiesta, es decir, la ley debe ser clara para que a nadie induzca a error por su oscuridad y dicha claridad normativa requiere de una tipificación unívoca de los supuestos de hecho, que evite en lo posible, el abuso de conceptos vagos e indeterminados, así como una delimitación precisa de las consecuencias jurídicas, con lo que se evita la excesiva discrecionalidad de los órganos encargados de la aplicación del Derecho; (c) ley plena, que implica que no se producirán consecuencias jurídicas para las conductas que no hayan sido previamente tipificadas; (d) ley previa, porque el derecho a través de sus normas, introduce la seguridad en la vida social, al posibilitar la previa calculabilidad de los efectos jurídicos de los comportamientos; y (e) ley perpetua, en tanto que la tendencia de las normas jurídicas hacia la permanencia se conecta con el principio de irretroactividad y cristaliza en dos manifestaciones de la seguridad jurídica frecuentemente invocadas: la cosa juzgada, que atribuye firmeza a las decisiones judiciales no

garantía de disposición y formulación regular de las normas e instituciones integradoras de un sistema jurídico.³²¹

Dentro de la faceta subjetiva de la seguridad jurídica, debe entenderse la certeza que el individuo posee de que su situación jurídica no será modificada más que por procedimientos regulares y autoridades competentes, ambos establecidos previamente. Desde este punto de vista, resulta entonces válido inferir, que una de las manifestaciones de lo que implica seguridad jurídica, es el derecho de audiencia.³²²

La Sala de lo Constitucional, además ha reconocido como una de las manifestaciones de la seguridad jurídica, la prohibición de la arbitrariedad del poder público y más precisamente de los funcionarios que existen en su interior, ya que estos se encuentran obligados a respetar los límites que la ley prevé de manera permisiva para ellos, al momento de realizar una actividad en el ejercicio de sus funciones.³²³ Ello quiere decir, que el actuar de parte de la administración pública,

susceptibles de ulterior recurso; y los derechos adquiridos, que amparan las situaciones jurídicas surgidas de acuerdo con la legalidad vigente en el momento de su conformación, frente a eventuales cambios legislativos que pudieran incidir retroactivamente en ellas" [Sentencia de 17-XII-1999, Amp. 48-98, Considerando III 2.](#)

³²¹ [Sentencia de 17-XII-1999, Amp. 48-98, Considerando III 2.](#)

³²² Sentencia de 21-VII-1998, Amp. 62-97, Considerando III. Además de ello, la Sala también ha determinado que el derecho de audiencia, es un concepto abstracto en cuya virtud se exige que, antes de procederse a limitar la esfera jurídica de una persona o a privársele por completo de un derecho, debe ser oída y vencida con arreglo a las leyes. Sentencia de 26-II-2001, Amp. 54-99. Máxima 1. siendo que en la Máxima 2 de la misma sentencia, la Sala ha establecido que la violación al derecho de audiencia puede verse desde un doble enfoque a saber: desde la inexistencia de proceso o procedimiento previo, o desde el incumplimiento de formalidades de trascendencia constitucional necesarias al interior del mismo. Habiéndose pronunciado en el mismo sentido en la Sentencia de 16-IV-2002, Amp. 50-2001. Máxima 1. Así mismo, ha establecido que la violación al derecho de audiencia desde el supuesto de la inexistencia de proceso o procedimiento da lugar, habiendo existido la necesidad de seguirlo, a la advertencia directa e inmediata de la violación a la Constitución. Y al revisarse la legislación sobre la cancelación de la matrícula de comercio y la imposición de multas por parte del registro de comercio, no existe un procedimiento previo, debiendo existir más que todo en lo que respecta a la cancelación de la matrícula de comercio y a la imposición de multas por parte del registro de comercio, cuando éstas no se encuentran expresamente determinadas por la ley.

³²³ Sentencia de 26-II-2001, Amp. 54-99. Máxima 6.

se encuentra enmarcada dentro de un ordenamiento jurídico y no puede sobrepasar las atribuciones que el mismo le da; tan es así, que los actos que sobrepasen tal capacidad, constituyen verdaderos actos nulos e ilegales, tales como la imposición de multas no reguladas, inaplicación de leyes no autorizadas, etc.³²⁴

En la técnica legislativa, la seguridad jurídica exige, cuando menos, claridad y precisión de las normas que permitan un conocimiento cierto de las leyes. Además que las normas y las situaciones que en ellas se contemplan, gocen de cierta estabilidad y que sean modificables sólo de la forma prevista en las leyes. Por el contrario, la inseguridad jurídica proviene de la mala técnica legislativa,³²⁵ de la inadecuada actuación de los poderes públicos y de la injustificada inestabilidad de las instituciones jurídicas.³²⁶

La falta de seguridad jurídica proviene principalmente de las siguientes fuentes:

- Un sistema político inestable.
- Normas demasiado ambiguas y cambiantes.
- Actuación administrativa excesivamente discrecional.
- Una tutela judicial inefectiva.
- Criminalidad.

³²⁴ Es precisamente esta la conclusión a la cual se llegó en el capítulo VI del presente trabajo, el cual fue denominado como los criterios registrales del registro de comercio en relación a la matrícula comercio; en el cual luego determinar qué es un acto administrativo, y en qué consiste la discrecionalidad administrativa, así como las diferencias con otra instituciones, se llegó a determinar que las multas o recargos impuesta por el registro de comercio y no regulados en la ley constituyen verdaderos actos ilegales de que sobrepasan la discrecionalidad permitida a los entes administrativos; y para mayor información sobre el punto sugiera remitirse al capítulo antes mencionado.

³²⁵ La Técnica Legislativa o de Formulación del Derecho, es la que se refiere a la actividad del legislador en la elaboración de las normas jurídicas. TORRE, A., Op. Cit., Pág. 261.

³²⁶ Proyecto Regional de Justicia / PNUD, Op. Cit., Pág. 15

La inseguridad jurídica suele ser más acusada en algunos ámbitos, respecto a los cuales las empresas son especialmente sensibles, y se dan en materias tales como fiscal, laboral, concursal, financiero, ambiental, expropiaciones, y otras.³²⁷

Un clima de negocios adecuado para la inversión, se construye entre otras cosas, sobre la base de ciertas instituciones jurídicas y políticas, que muchas veces no son tratadas en forma adecuada y que tienen que ver lo siguiente:

Libertad de establecimiento empresarial³²⁸, lo que conlleva también libertad de contratación³²⁹. Se trata de una concreción de la libertad de actuación, con respeto a las libertades de los demás, y a verse libre de impedimentos provenientes de terceros o de los poderes públicos. Es la idea popularmente asociada a la libre iniciativa privada³³⁰. Libertad de acceso a los mercados, de

³²⁷ Proyecto Regional de Justicia / PNUD, *Op. Cit.*, Pág. 15

³²⁸ Esta libertad de establecimiento empresarial, dice el mismo al cual se le ha denominado en esta obra es libre ejercicio del comercio, en el cual se desarrollará más detalladamente en la parte final del presente capítulo; por lo que para su mayor comprensión nos remitimos a este.

³²⁹ esta libertad de contratar, se encuentra regulada en nuestra legislación bajo el trasfondo de un derecho constitucional, estampando se decía en el artículo 23 de la Constitución de la República; sobre el cual se ha expresado la Sala de lo Constitucional reconociendo sobre *el contenido y los alcances de la libre contratación*, que "los aspectos que ofrece el derecho a la libre contratación son: (i) el derecho a decidir si se quiere o no contratar, esto es, el derecho a decidir la celebración o no celebración de un contrato; (ii) el derecho a elegir con quién se quiere contratar; y (iii) el derecho a determinar el contenido del contrato, es decir la forma y modo en que quedarán consignados los derechos y obligaciones de las partes. Ahora, esta libertad, no obstante ser una actividad humana –y en cuanto humana, privada, es decir, librada a la iniciativa de los particulares–, puede estar limitada (regulada) por razones de interés público y de distintos modos. Así, el Estado puede eventualmente alterar *ex post facto* los efectos de los contratos celebrados con anterioridad al pronunciamiento de una norma; puede establecer de forma obligatoria el contenido de los contratos (derechos y obligaciones), como sucede comúnmente con los servicios públicos, seguros, etc.; y puede, finalmente, imponer razonablemente a determinados individuos la celebración o no de un contrato, aún en contra de la voluntad de los interesados" Sentencia de 13-VIII-2002, Inc. 15-99, considerando VI 3).

³³⁰ Ésta también se encuentra reconocida en nuestra legislación de una forma constitucional, denominada como libertad económica y regulada en el artículo 102 de nuestra carta magna; y sobre el *significado de la libertad económica*: la Sala de lo Constitucional ha expresado que "En cuanto a la connotación que tiene la manifestación de tal libertad en el orden económico, se advierte que la misma se encuentra en relación directa con el proceso económico que vive un país; desde ahí que son tres las grandes etapas de manifestación: la primera, referida a la iniciativa de producción de bienes y servicios destinados a satisfacer necesidades humanas; segunda, la distribución de esos bienes y servicios puestos al alcance de los consumidores en la cantidad y en el tiempo que son requeridos; y la tercera, el consumo o uso, utilización y

forma que no existan ámbitos de acceso restringido sin causa que lo justifique. Esto afecta tanto a restricciones al acceso provenientes del Estado mediante regulación o reserva, como a las restricciones monopolísticas establecidas por los particulares. Un sistema de derechos de propiedad, privada y pública, en sus distintas formas y modalidades. Los derechos de propiedad deben ser completos y estar bien definidos, especificados y efectivamente protegidos. Tales derechos se protegen mediante mecanismos privados conducentes a la cesación de la agresión y regulación preventiva ambos previos a la trasgresión, mediante mecanismos indemnizatorios de responsabilidad civil después de producido el daño, y mediante mecanismos de responsabilidad penal, aplicados generalmente una vez producida la trasgresión.³³¹

6.1.1.2. Forma en que se violenta el derecho.

Desde el punto de vista de la legislación que regula lo correspondiente a la matrícula de comercio.

Una de las garantías fundamentales que debe de asegurar todo Estado de Derecho, es la posibilidad cierta y efectiva de recurrir a un tribunal de justicia para

aprovechamiento de esos bienes o servicios. La libertad económica manifestada en estas etapas, construye una gran red de personas partícipes en el proceso económico, dentro del cual los productores satisfacen las necesidades económicas de los consumidores y éstos retribuyen tal satisfacción de necesidades, lográndose así un círculo que se completa con la producción, comercialización y consumo de lo producido. Cuando todo este proceso opera sin estorbos, sin más regulaciones que las necesarias para garantizar la libre elección de la iniciativa privada y lograr así los fines y metas del Estado, se dice que existe **libertad** económica. Por el **contrario**, no existirá dicha libertad cuando el Estado posee un proceso económico centralizado, en el que es productor y distribuidor de todos o de la mayoría de los bienes y servicios; en este caso, se trata de un Estado que se caracteriza por limitar la iniciativa privada y la libre elección o preferencia de los consumidores" [Sentencia de 26-VII-1999, Inc. 2-92, Considerando III 2.](#)

³³¹ Proyecto Regional de Justicia / PNUD, *Op. Cit.*, Pág. 15

que resuelva su pretensión. Es por ello que se puede sostener que si esta garantía no existe, se carece de seguridad jurídica.³³²

El derecho a la jurisdicción no se agota con la mera posibilidad potencial de acceso a un órgano judicial, si no con su concreción práctica. Se vincula en forma inescindible con la necesidad de jueces naturales³³³ realmente imparciales, probos e idóneos, con la existencia efectiva de órganos judiciales suficientes y con dotación de personal, recursos económicos y procedimientos adecuados.³³⁴

Por medio de una encuesta entre empresarios de sesenta y nueve países se trató de determinar cuáles son los elementos relevantes que conforman el concepto de seguridad jurídica. Los resultados del estudio confirman que para el sector empresarial, son importantes: la credibilidad del Estado, la previsibilidad de las normas y de las políticas, las percepciones sobre la estabilidad política y seguridad de la propiedad, la relación Estado-Empresa, la incertidumbre creada por la ineficiencia del gobierno en la prestación de servicios, la importancia de la criminalidad, la confianza en la aplicación de la ley por la justicia, las trabas burocráticas y la importancia de la corrupción.³³⁵

Así mismo, en lo que se refiere ya a la regulación de nuestra legislación, la seguridad jurídica del comerciante además se ve violentada por otra serie

³³² **GABINO ZIULU, A.**, *Op Cit*, Pág. 367. el derecho a la jurisdicción lo tienen todas las personas, sean físicas o jurídicas, en la medida en que dispongan de capacidad para ser parte en un proceso judicial. Este derecho debe ser ejercido por medio de las vías legales previamente establecidas, no ampara en consecuencia el acceso a un órgano judicial incompetente, siempre y cuando la exclusión no sea arbitraria.

³³³ **RÍBO DURÁN, L.** diccionario multimedia de derecho, Bosch casa editorial, Barcelona, 1995; versión 1.0. Es una de las garantías constitucionales que afectan al proceso. La garantía del juez natural consiste en que todo ciudadano que accede a la justicia lo hará a través del juez ordinario predeterminado por la ley. Así, el pleito o causa incoado por el ciudadano será enjuiciado por un órgano jurisdiccional, con todos los atributos de idoneidad y competencia exigidos; asimismo, dicho tribunal será ordinario, no excepcional, con lo que cabe que se trate de un tribunal ordinario y especializado en determinadas materias. Juez predeterminado por la ley es el previsto en normas generales preexistentes, con lo que se descarta el juez o tribunal creado con posterioridad al hecho que se somete a su enjuiciamiento.

³³⁴ **GABINO ZIULU, A.**, *Op Cit*, Pág. 367.

³³⁵ Proyecto Regional de Justicia / PNUD, *Op. Cit.*, Pág. 15

situaciones, como por la mala legislación en el Artículo 64 de la Ley del Registro de Comercio, en el cual se establece la renovación de la Matrícula de Comercio, regulándose dos momentos a saber para renovarla; siendo el primer momento, el del pago de los derechos de registro y el segundo, el momento material de presentación de la solicitud de renovación de la Matrícula de Comercio; debiendo dársele cumplimiento al primer momento durante el primer mes del año; y al segundo, durante el mes del cumpleaños del comerciante si es una persona natural y durante el mes en que se inscribió la escritura de Constitución de la Sociedad, si es un comerciante social. Según pudiera interpretarse la norma, al hablar de dos momentos, se entendería que en el fallo por parte del comerciante en cualquiera de esos dos momentos, éste debe cancelar los recargos correspondientes del 25%, 50% o 100%, según sea el caso, por lo que se entendería que el legislador pretendía realizar dos cobros de multas sobre la misma infracción; sin embargo, si se pretendía imponer recargos éstos debían constar para uno de los actos, puesto que de lo contrario, se encontraría en el supuesto de una doble sanción.³³⁶

Por si no fuera poco, además dicha norma jurídica, da pie a poder realizar sobre la misma una doble interpretación, lo que genera una incertidumbre futura de cómo la misma será aplicada, y por tanto de no saber que esperar de su aplicación.

³³⁶ Art. 64.- El trámite de renovación de matrículas se hará de la siguiente manera: Previo a la presentación de la solicitud y dentro de los tres primeros meses del año calendario, se efectuará el pago de los correspondientes derechos de registro. En lo que se refiere a la solicitud, ésta se presentará durante el mes de su cumpleaños si el titular fuere una persona natural, y dentro del mes en que se inscribió la respectiva escritura de constitución en el Registro de Comercio, si se tratare de una persona jurídica. No obstante, las personas cuya fecha de nacimiento o de inscripción de escritura de constitución, según el caso, sea durante el mes de enero tendrán hasta el último día hábil del mes de febrero para presentar su solicitud de renovación. A la solicitud se acompañará el comprobante de pago de los derechos de registro. Si la solicitud de renovación o el pago de los derechos no se efectuare en los períodos antes indicados, podrá realizarse ésta dentro de los noventa días siguientes a partir del vencimiento de los plazos estipulados anteriormente, pagando recargos calculados sobre el derecho de la respectiva matrícula, de la manera siguiente: si la presentación o pago se realizare durante los primeros treinta días el 25 %; si se realizare dentro de los segundos treinta días el 50%; y si es dentro de los últimos treinta días del plazo de próroga el 100 %.⁽⁶⁾

Un segundo elemento normativo que genera inseguridad jurídica para el comerciante, es lo referente al procedimiento de cancelación de la Matrícula de Comercio³³⁷, para el cual no se ha establecido un momento procesal claro en el que el comerciante tenga un término en el cual poder ejercer su derecho de defensa previo a la cancelación de su Matrícula de Comercio; ni tampoco se ha establecido una forma de notificación de la resolución para que éste pueda recurrirla, lo que le despoja de toda posibilidad de impugnación y sobre todo de representar y defender el derecho que se le esta conculcando.³³⁸

Un tercer momento legislativo en el cual no se le respeta el derecho a la seguridad jurídica al comerciante, es el hecho de la presunción legal, la cual consiste en que se presumirá que la persona que no ha renovado su Matrícula de Comercio y que por ello se le ha cancelado, ha continuado ejerciendo el comercio o la industria; y en consecuencia, cuando éste solicite la rehabilitación de la misma o el registro de una nueva matrícula, tiene la obligación de pagar los derechos anuales y recargos en que haya incurrido desde la fecha del último pago de renovación, más los derechos de la nueva matrícula.³³⁹ Tal presunción, no deja

³³⁷ Art. 65.- Transcurrido el plazo indicado en el Artículo anterior (Art. 64) sin que se haya solicitado la renovación, caducará el derecho de matrícula, procediendo el Registrador a su correspondiente cancelación. No obstante la cancelación, el Interesado podrá solicitar la rehabilitación de la matrícula caducada.

³³⁸ Cabe hacer notar sin embargo, que en lo que se refiere al procedimiento de cancelación de Matrícula de Comercio, en la práctica en verdad no se aplica el Artículo 65 de la Ley del Registro de Comercio, pero si se comenzara a aplicar a partir del mes de enero del año 2006, se negó en todo resultado de la entrevista realizada a Licenciado Jorge Castro Valle, registrador del departamento de Matriculas de Comercio, del Registro de Comercio. Sin embargo, además considera que en cuanto a la inaplicabilidad del artículo 65 de la Ley del Registro de Comercio, no hay un argumento legal puesto que si la ley establece que se tiene que cancelar debiera cancelarse, puesto que la ley no dice si el registrador quiere cancelarla; puesto que inclusive el mismo artículo es claro al expresar que el registrador cancelará; sin embargo el criterio ha sido el de flexibilidad, tomando en cuenta que el comercio se genera en base a movimiento.

³³⁹ Es el mismo Artículo 65 de la Ley del Registro de Comercio, el cual al respecto expresa que: Cuando por falta de renovación caduque el derecho de la matrícula se presumirá que la persona ha continuado ejerciendo el comercio o la industria; en consecuencia, cuando el interesado solicite la rehabilitación o el registro de una nueva matrícula deberá pagar los derechos anuales

cabida alguna a que el comerciante manifieste e inclusive pruebe su inactividad, ya que la ley no regula tal supuesto, y por tanto, aunque haya dejado de ejercer el comercio y fuera este el motivo por el cual no renovaba su matrícula, no puede alegar tal circunstancia si desea rehabilitarla. Aunado a ello, que tal presunción en principio no debía tener aplicación, ya que el Código de Comercio es claro al expresar que el comerciante que no posea su Matrícula de Comercio, le será cerrado el establecimiento comercial; y por tanto, aunque le sea cerrado el establecimiento comercial, se caería en el absurdo y rompimiento de toda seguridad jurídica, de que además de cerrarle el establecimiento comercial, tener que aplicar la presunción legal en referencia.

Desde el punto de vista de los criterios registrales que versan en torno a la matrícula comercio.

Como ya se ha visto anteriormente, en torno a la matrícula de comercio existen una serie de criterios registrales; y es claro que algunos de ellos violentan la seguridad jurídica del comerciante, y peor aún de los terceros que con él contratan, tales como uno de los criterios más delicados, como el de inaplicar el artículo 65 de la Ley del Registro de Comercio, en lo que respecta a la cancelación de la Matrícula de Comercio por falta de renovación de la misma; ya que si bien es cierto, la norma ya de por sí violenta derechos de los comerciantes, también su inaplicabilidad, que es una potestad exclusiva de los Jueces según lo reconoce la Constitución de la República³⁴⁰, genera una incertidumbre en el hecho que la

y los recargos en que se hayan incurrido desde la fecha del último pago de renovación, más los, derechos de la nueva matrícula

³⁴⁰ Tal potestad, se encuentra claramente otorgada a los Jueces de forma exclusiva, en los Artículos: **Art. 149**. La facultad de declarar la **inaplicabilidad** de las disposiciones de cualquier tratado contrarias a los preceptos constitucionales, se ejercerá por los tribunales dentro de la potestad de administrar justicia.

norma expresa algo que no concuerda en lo más mínimo con el efecto que se produce en la realidad; ya que en primer lugar, en la práctica el comerciante tiene como efecto de la inaplicabilidad de tal norma, la no cancelación de la Matrícula de Comercio, pero tal criterio genera la imposición de las multas no reguladas en la ley, por extemporaneidad en el pago de los derechos de registro y la extemporaneidad por la falta de presentación de la solicitud de renovación de la Matrícula de Comercio en el término establecido por la ley; multas que se imponen por cada año que no la ha renovado, circunstancias que como ya se dijo, no se encuentran reguladas en la ley.³⁴¹ Y en segundo lugar, el tercero que con él contrata, puede creer que si un comerciante tiene un establecimiento abierto al público, es porque se encuentra solvente con los requisitos legales³⁴², puesto que de lo contrario le cerrarían el establecimiento; sin embargo, la verdad es que no se encuentra solvente con los requisitos legales y sí tiene el establecimiento abierto al público³⁴³, cuando lo que el tercero entendería por lógica por ser la consecuencia

Art. 185. Dentro de la potestad de administrar justicia, corresponde a los tribunales, en los casos en que tengan que pronunciar sentencia, declarar la **inaplicabilidad** de cualquier ley o disposición de los otros Órganos, contraria a los preceptos constitucionales.

³⁴¹ Es decir, que lo que realmente se encuentra regulado en la ley que es la cancelación de la matrícula de comercio, no se aplica actualmente; si no que bajo un criterio de "flexibilidad", los registradores han optado por imponer multas calculadas en base al Artículo 64 de la Ley del Registro de Comercio, pero que no se encuentra el supuesto de la imposición de multas por cada año en tal artículo; sin embargo, es así como se encuentran aplicando actualmente, y en vez de cancelar la matrícula del comerciante imponen multas; por tanto un comerciante que espere los efectos regulados en la ley, jamás los tendrá.

³⁴² Hablando precisamente de la matrícula de comercio; es decir, que se puede creer que un comerciante posee la actualizada su matrícula de comercio, puesto que si no fuera así, la ley regula que se le debe cerrar el establecimiento comercial, a lo cual se encontraría confiado el tercero que generalmente es un consumidor; es decir, que confiaría en la seguridad jurídica de la aplicación de la ley, lo cual no se estaría cumpliendo.

³⁴³ Esto se debe, a que como ya se hizo ver, el Registro de Comercio ha optado a imponer multas en vez de aplicar la ley y cancelar la matrícula de comercio y cerrar el establecimiento comercial; que como ya se dijo también, no es correcto, cabría la posibilidad que un comerciante no haya renovado su matrícula de comercio durante diez años, y el Registro no le cancela su matrícula ni le cierra el establecimiento comercial; es decir, que el tercero estaría confiado que según la ley este comerciante debe poseer matrícula, pero en verdad, a causa del criterio registral no la posee.

jurídica regulada, es que si el comerciante no se encuentra solvente, se le debe cerrar el establecimiento comercial.

Otro criterio Registral, es el de la imposición de multas por la falta de solicitud por primera vez de la Matrícula de Comercio dentro de los sesenta días después de instalado el establecimiento comercial, ya que no solamente se aplica la multa regulada en el Art. 86 de la Ley del Registro de Comercio, si no que además por lógica jurídica (según le han llamado), se ha dicho por criterio registral que se debe aplicar por interpretación extensiva³⁴⁴ las multas establecidas para la falta de renovación de la misma, reguladas en el Art. 64 del mismo cuerpo legal; todo ello, genera que el comerciante presuma que las consecuencias de sus actos, son las estipuladas en la ley, y que resulten ser en la practica otras muy diferentes a las esperadas, lo que deja una clara falta de previsibilidad de las consecuencias jurídicas y por ende una clara inseguridad jurídica.

Aunado a ello, los criterios registrales adoptados en Mesa de Registradores por el Registro de Comercio, en realidad no son publicados en ningún sitio, ni siquiera son pegados como carteles en las propias oficinas; es decir, que el comerciante y cualquier usuario del Registro de Comercio, no tiene la más mínima idea de cómo le resolverán sus peticiones, puesto que no conocen ni tienen la posibilidad de conocer los llamados criterios registrales. Sin dejar del lado desde luego, que tales criterios son modificados periódicamente; es decir, que en ningún momento son estables, y por ende a una solicitud que un día fue denegada por el

³⁴⁴ **RÍBO DURÁN, L.** diccionario multimedia de derecho, bosch casa editorial, Barcelona, 1995; versión 1.0. Cuando la interpretación reduce el significado de las palabras de la ley, se habla de interpretación restrictiva; y, por el contrario, cuando la operación es a la inversa, se dice que hay interpretación extensiva. En todo caso, la interpretación de la norma jurídica es un proceso cuyas etapas vienen marcadas por los siguientes criterios: atenerse al sentido propio de las palabras; interpretar la norma en relación con el contexto en que aquélla está integrada; relación de la misma con los antecedentes históricos y legislativos; interpretar las normas en relación con la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas; y, por último, valorar el espíritu y la finalidad de la norma, con el objeto de evitar una interpretación meramente literal.

Registro de Comercio, una semana después, la misma solicitud puede ser aceptada, lo que también genera una clara inseguridad jurídica no solo para el comerciante, si no también para todo usuario del Registro de Comercio

6.1.1.3. Derecho al Patrimonio.

Debe tenerse muy en cuenta desde un inicio, que el patrimonio aparece como una idea que cohesiona, vincula, liga los derechos de contenido económico de una persona; sea esta persona, una persona natural o sea una persona jurídica o como otros le llamarían moral.³⁴⁵

El conjunto de los derechos que competen a un sujeto constituye su ámbito jurídico, la esfera de poder que el ámbito jurídico le reconoce. En esta se encuentra otra menor que, sin embargo, es la más importante desde del punto de vista de las relaciones privadas; se la llama Patrimonio.³⁴⁶ En nuestra legislación, no existe un precepto legal que establezca que se debe entender por derecho al patrimonio, ni una que exprese cuales son los derechos patrimoniales.³⁴⁷

El derecho al patrimonio, en muchas ocasiones se ha confundido con la propiedad así por ejemplo, el antiguo Código Penal los confundía. Los tipos delictivos que protegen al patrimonio y el orden socioeconómico, tradicionalmente

³⁴⁵ **RIVERA, J.**, Instituciones de derecho civil, Parte General, Editorial Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1993, Pág. 412. Y es que el mismo afirma que la idea de patrimonio, es deducida directamente de la personalidad; puesto que el mismo es un atributo de la personalidad y como consecuencia de ello, solo las persona pueden tener un patrimonio; sean estas personas físicas o jurídicas.

³⁴⁶ **VON TUHR. A.**, Derecho Civil, Teoría General del Derecho Civil Alemán, Volumen I, Editorial marcial Pons, ediciones jurídicas y sociales, s.a., Madrid, 1998, Pág. 315. Así concibe este autor el derecho patrimonial, como el más importante de un sujeto en sus relaciones civiles, puesto que es éste derecho el que sale a relucir en el ejercicio de la actividad, no solo civil, si no también mercantil y en general en todo el ámbito del derecho privado; de allí, que el mismo se distinga como el más importante en ese tipo de relaciones.

³⁴⁷ **Ídem.** Pág. 315. Al respecto, VON TUHR. A., hace referencia a otros autores, como SOHM, ARCHBÜRGR, quien opina que sería carácter común de todos los derechos patrimoniales, el de poder ser objeto de un negocio de enajenación, o de nacer de un negocio de tal índole. No obstante el mismo considera como derechos patrimoniales a la propiedad y a los créditos, aun si no son transferibles en el caso específico: bastaría con que propiedad y créditos fueran derechos transferibles por su esencia.

habían sido encuadrados por el legislados bajo la rubrica genérica de DELITOS CONTRA LA PROPIEDAD, pero tal titulación se mostraba insuficiente para referirse a la objetividad jurídica de todos los tipos penales en el comprendidos ya que la mayoría de las infracciones no exigían la violación del derecho de propiedad en su sentido estricto, tal y como se concibe privatísticamente. En efecto, los denominados delitos contra la propiedad no presuponían en todo lugar el ataque al derecho de gozar y disponer de una cosa sin más limitaciones que las establecidas en las leyes. Así junto a la propiedad eran castigadas conductas atentatorias contra la posesión y mera tenencia de las cosas o la titularidad de otros derechos reales distintos a la propiedad.³⁴⁸ Fue pues por tal motivo de incapacidad del concepto adoptado, que para abarcar la cantidad de supuestos regulados, se adoptó un concepto que fuera capaz de englobar las relaciones jurídicas, de este modo, el único concepto que era capaz de enlazar el cometido propuesto, no era otro que el de Patrimonio; el cual eventualmente, paso a ser en el Código Penal denominado como Delitos Contra el Patrimonio y el orden Socio Económico. Lo importante que se sustrae de la definición dada por el legislador penal del concepto de patrimonio, es precisamente la amplitud que el mismo le otorga, por lo que el sentido empleado por el mismo, para significar la acepción patrimonio, requiere una visión amplia del mismo, como la suma de relaciones jurídico – patrimoniales susceptibles de valoración económica.³⁴⁹

³⁴⁸ **ROBLEDO VILLAR, A.**, Delitos contra el Patrimonio y el Orden Socioeconómico, Primera Edición, Editorial BOSCH, Barcelona, 1997, Pág. 8 Por las razones expuestas, y por la confusión existente, es que surgieron interpretaciones que consideraban al termino propiedad en su sentido bien diferente a su formulación jurídico - positiva, interpretación que se encontraba forzada por la evidente finalidad de admitir la diversidad de tipos que se relacionaban en el título en referencia, y que con una visión mas amplia, intentaban redefinir el concepto de propiedad.

³⁴⁹ **ROBLEDO VILLAR, A.** *Op. Cit.*, Pág. 11. Con esta definición dada, y que es la que concibe el legislador penal, se llega a la conjugación del carácter jurídico y de la visión económica del patrimonio de tal forma que partiendo de una perspectiva económica, se incluyen en el patrimonio tan solo las cosas que son evaluables por su repercusión y valor en el comercio, con base en una relación jurídica tutelada por el ordenamiento.

En las relaciones jurídico – patrimoniales, intervienen dos o más personas, puesto que no es del todo viable aludir como relación jurídica, la relación que una persona posee con una cosa; y en la relación jurídico - patrimonial, cabe además distinguir entre un sujeto pasivo y un sujeto activo; sin embargo, también pueden confluir al mismo tiempo en una misma persona derechos y deberes. El objeto de estas relaciones, se encuentra constituido pues por bienes que reciben o que son susceptibles de recibir una determinada valoración económica.³⁵⁰

En una concepción Civilista, el patrimonio es pues la suma de los derechos que competen a una persona. Lo integran también las expectativas; en particular los derechos a plazo o bajo condición y los que carecen todavía de una condición juris para su constitución.³⁵¹

Clásicamente, se distingue entre universalidades de derecho (*universitas iuris*) y las de echo (*universitas facti*), según sean creadas por la ley o por la voluntad del propietario; sin embargo, la generalidad de la doctrina, entiende que dentro del patrimonio de una persona, se encuentran inmersos también el pasivo, o sea las deudas.³⁵²

La transferibilidad constituye entonces, un carácter normal de los derechos patrimoniales. Junto con esta nota característica, también se encuentra otro

³⁵⁰ **DÍAZ PICAZO, L.**, Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial, Volumen primero, Quinta edición, Editorial CIVITAS, Madrid, 1996, Pág. 39. este autor, expresa además que la idea de derecho patrimonial, es una aplicación genérica del derecho subjetivo. Esto en razón que los derechos patrimoniales son aquellos derechos subjetivos cuya finalidad consiste en la atribución a la persona de un poder de contenido económico o de un señorío sobre bienes de naturaleza económica.

³⁵¹ **VON TUHR. A.** *Op. Cit.*, Pág. 319. El Valor pecuniario de las expectativas, depende de cuando y con que probabilidad el derecho definitivo podrá realizarse. Así, si s muy lejana la posibilidad de que a la condición se cumpla, el valor patrimonial puede ser igual a cero, así también es problemático el valor pecuniario de la expectativa que deriva de un testamento de persona viviente, por ser revocable. Para Luis Diez Picazo, la idea de patrimonio aparece como una derivación necesaria de la idea misma de persona y se concibe como un conjunto unitario de relaciones jurídicas, a las cuales el ordenamiento dota de la necesaria unidad por estar sujetas a un régimen unitario de poder y responsabilidad. Por igual opina DÍAZ PICAZO, L., *Op Cit.*, Pág. 39.

³⁵² **NESTOR JORGE MUSTO.** *Op. Cit.* Pág. 111.

carácter propio de los derechos patrimoniales, capaz de contribuir en gran medida a fundar su valor económico, y es la calidad de transmitirse por herencia. Sin embargo, el carácter esencial de los derechos patrimoniales consiste en que todos juntos forman en concepto de patrimonio el objeto en que incide la responsabilidad del sujeto a quien pertenecen, para el pago de sus deudas.³⁵³

Además de todo ello, es necesario distinguir dentro del patrimonio, el como éste se divide, que es precisamente en derechos reales y derechos personales o de crédito. Los primeros, es decir los derechos reales, son aquellos que se caracterizan por consistir en un poder inmediato del titular sobre una cosa, pues dicha terminología quiere decir precisamente derechos sobre las cosas; mientras que los derechos personales o de crédito, son aquellos que atribuyen a su titular un poder que le permite dirigirse a otra persona o reclamar de ella una acción o una omisión.³⁵⁴

³⁵³ **VON TUHR, A.** O.p. Cit., Pág. 317. Para este autor, el valor económico de los derechos depende de la duración del señorío que otorgan; quien adquiere el derecho de propiedad, se propone obtener las utilidades de la cosa para si y sus herederos. Además de ello, en cuanto a la última nota característica, dice el autor, que la ley no expresa que únicamente los derechos patrimoniales estén afectados de responsabilidad por las deudas del titular; es decir, que en principio por medio de compra venta y a veces utilizando los frutos patrimoniales del derecho para la satisfacción del acreedor.

³⁵⁴ **DÍAZ PICAZO, L.,** *Op Cit.*, Pág. 58. Para este autor, el paradigma de los derechos reales, sería la propiedad; mientras que el paradigma de los derechos personales o de crédito, sería el derecho del acreedor a reclamar por ejemplo una suma de dinero; o mas bien como antes se dijo, un hacer o un no hacer. Lo importante de tal diferenciación tanto de forma teórica como practica, es que el concepto de derechos reales, es tenido en cuenta para establecer un determinado régimen jurídico en orden a su adquisición, en cambio los derechos personales o de crédito, que nacen inmediatamente de un contrato, para que se entienda adquirido y constituido un derecho real, hace falta que al contrato se añada un elemento especial, que es la tradición, o entrega de la cosa, es decir, el traspaso de la posesión de la cosa sobre la cual el derecho recae; entre otras de las circunstancias en que la importancia de tal distinción aflora; como en el caso de la prescripción, en el que se regulan de forma diferente, tato en plazos, como en procedencia. Según lo expresa Julio Cesar Rivera, Los derechos reales, son aquellos en que ninguna persona es individualmente sujeto pasivo del derecho...Un derecho real es aquel que da la facultad de sacar de una cosa cualquiera un beneficio mayor o menor. Este autor también cita a Demolombe, para quien el derecho real, es el que crea entre la persona y la cosa, una relación directa e inmediata, de tal manera que no se encuentran en ella si no dos elementos, la persona que es el sujeto activo del derecho, y la cosa que es el objeto. En igual sentido, se expresa Aubry y Rau, quien expresa que hay derecho real cuando una cosa se

Sin embargo, la calidad de transferible, transmisible por herencia y de afectación a la satisfacción de los acreedores, no siempre concurren todas a caracterizar el patrimonio. Hay derechos que pueden valorarse en dinero, aun no teniendo algunos de los caracteres comunes del derecho patrimonial, más no por eso pueden excluirse de este campo. Para VON TUHR, A.³⁵⁵, la propiedad y demás derechos reales, los créditos, en cuanto su objeto sea una prestación de valor pecuniario; los derechos de autor, de inventor, y el derecho de marca, entre los derechos entre cosas incorporales; también tiene naturaleza patrimonial el derecho hereditario; así mismo son derechos patrimoniales, la participación de una comunidad unitaria y bajo ciertos supuestos, la calidad de socio de una asociación. Los derechos de configuración, especialmente los de apropiación, pueden tener valor pecuniario.

Según MORENO QUEZADA³⁵⁶, las notas características de la categoría de los derechos patrimoniales son: a) Los derechos patrimoniales significan atribución a la persona de un poder jurídico sobre los valores económicos; b) los derechos patrimoniales son susceptibles de una valoración pecuniaria³⁵⁷; c) Los derechos

encuentra sometida, total o parcialmente, al poder de una persona, en virtud de una relación inmediata oponible a toda otra persona. Así mismo, Rivera expresa que los derechos personales o creditorios, son las relaciones jurídicas establecidas entre dos personas, acreedor y deudor, en virtud de las cuales el primero puede exigir del segundo una determinada conducta, denominada prestación; este tipo de derecho, se funda en el principio de la libertad de creación, de modo que las partes pueden dar a luz todas las figuras de derecho personal que sean útiles a la satisfacción de sus intereses patrimoniales. Comparte la misma posición RIVERA, J., *Op. Cit.*, Pág. 422 – 429.

³⁵⁵ VON TUHR, A. *O.p. Cit.*, Pág. 319.

³⁵⁶ RIVERA, J., *Op. Cit.*, Pág. 415. Autor citado por DIAZ PICAZO, en su obra *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*, Volumen primero, Quinta edición, Editorial CIVITAS, Madrid, 1996, al referirse a las notas características de los derechos patrimoniales. Julio Cesar Rivera, le atribuye como caracteres al patrimonio, los siguientes: a) La Universalidad, b) Necesidad, puesto que toda persona tiene necesariamente un patrimonio; c) Unidad, la persona puede ser titular de un único patrimonio; d) inhabilidad, no se puede transmitir el patrimonio en su totalidad; e) Garantía de los acreedores, puesto que esta gravado por las deudas que contrae el titular; y f) Transmisión de los bienes del difunto.

³⁵⁷ DÍAZ PICAZO, L., *Op. Cit.*, Pág. 57. Para este autor, la valoración pecuniaria puede ser: a) Valor e cambio, que se funda en la posibilidad de conseguir dinero u otros derechos por medio

patrimoniales tienen siempre un carácter instrumental en cuanto que se dirigen a satisfacer intereses, económicos o de otra índole, propios de su titular.

Desde el punto de vista jurídico, el patrimonio solo comprende derechos, entendidos como derechos y obligaciones; no pueden considerarse como integrantes del patrimonio los hechos y relaciones de la vida económica, que benefician al sujeto pero no se fundan en un derecho subjetivo, o no le corresponden. En estos casos se trata de intereses patrimoniales en cuanto acrecientan el valor de ciertos derechos patrimoniales, o abren la posibilidad de adquirir derechos para el titular del patrimonio.³⁵⁸

El patrimonio, se encuentra integrado por derechos, no por cosas; y estas constituyen solo medianamente el patrimonio. Los derechos que la integran, son los patrimoniales, es decir, aquellos que forman las relaciones jurídicas de contenido económico, y que por ende tienen un valor en dinero. Los derechos que no tienen contenido económico, no forman parte del patrimonio; pero su violación puede dar lugar a una reparación de contenido económico.³⁵⁹

El patrimonio en sí mismo, constituye una unidad en cada sujeto; es decir, que a cada sujeto corresponde un único patrimonio y solo excepcionalmente y por disposición de la ley, un grupo de derechos en cierta medida, puede tener existencia separada del patrimonio. Todo lo que una persona adquiere durante su existencia forma una entidad única, que los hechos históricos no afectan. El sujeto no puede librarse de su patrimonio; puede enajenar parte y hasta todos los

de la disposición del derecho mismo; y b) Valor en uso, que radica en la posibilidad de prometer a otro el ejercicio del derecho, a cambio de una contraprestación o de usar personalmente la cosa ahorrándose así los gastos que, de no poderlo hacer, el titular debería efectuar con su propio patrimonio..

³⁵⁸ **VON TUHR, A.** O.p. Cit., Pág. 321, Un ejemplo de este caso, dice el autor, es la fuerza de trabajo y capacidad de ganancia del hombre, que es un factor económico de los mas importantes; pero bajo el aspecto jurídico constituye una calidad propia del sujeto y no integra el patrimonio que esta bajo su señorío.

³⁵⁹ **RIVERA, J.**, Op. Cit., Pág. 412.

elementos que lo integran en un momento dado, pero lo que el adquirente recibe no es el patrimonio del enajenante, si no la suma de los derechos que le correspondían en el momento de efectuarse la transferencia. Este patrimonio, posee un activo y un pasivo.³⁶⁰

El patrimonio pues representa el total de los derechos que competen a una persona, pero no es a su vez objeto de derecho. El sujeto del patrimonio no tiene un derecho sobre la totalidad de esos derechos, junto con ellos, ni puede existir a favor de terceros un derecho sobre el patrimonio ajeno; estos únicamente pueden tener facultades derivadas en forma constitutiva de los derechos del sujeto.³⁶¹

Por lo general, tiende a considerarse como una de las facetas del patrimonio, el objeto por medio del cual los acreedores pueden realizar sus derechos. Con ello solamente se quiere expresar que el acreedor esta facultado para valerse de cualquier derecho perteneciente al patrimonio del deudor; no es que de la responsabilidad surja un derecho sobre el patrimonio como tal. Con el embargo, el acreedor consigue un derecho sobre las cosas determinadas que embarga. Pero no se puede imaginar esta relación con un derecho subjetivo de los acreedores, que tengan a la masa que constituye el patrimonio por objeto.³⁶²

En lo que respecta el daño al patrimonio, que es el punto esencial que nos interesa, por encontrarnos analizando si el procedimiento de cancelación de la matrícula de comercio y los criterios registrales, atentan contra el patrimonio y lo

³⁶⁰ **VON TUHR, A.** O.p. Cit., Pág. 322. Según Julio Cesar Rivera, no existe una unificación en cuanto a que se debe de entender por pasivo en el patrimonio, pero concibe éstas como las obligaciones de las cuales es deudor el titular del patrimonio; sin embargo, la discusión doctrinal se centra en si forman o no parte de ese patrimonio; y mientras una corriente da una respuesta afirmativa, otros consideran que las obligaciones son cargas que gravan el patrimonio, pero no son parte de él.

³⁶¹ **Ídem.** Pág. 329

³⁶² **RIVERA, J.,** Op. Cit., Pág. 413. Quien expresa que el patrimonio es, entonces, como conjunto de los derechos económicos de una persona, la garantía común de todos los acreedores de ese sujeto, cualesquiera sea los bienes que los compongan y esta concibe como la principal función de la idea de patrimonio concebida como cohesión de derechos diversos sobre bienes distintos. En el mismo sentido, se expresa VON TUHR. A., Op. Cit. , Pág. 329.

perjudican. Es así, que en efecto, el daño al patrimonio, no implica necesariamente la lesión de un derecho patrimonial; si no mas bien, puede resultar de la lesión de bienes jurídicos valiosos bajo el aspecto económico y de otras intromisiones perjudiciales en el patrimonio; en particular, de la frustración de una ganancia en perspectiva.³⁶³

6.1.1.4. Forma en que se violenta el derecho.

La forma en que se violenta el derecho al patrimonio en el tema que nos concierne, debe tratarse desde dos puntos de vista, como son la legislación y el actuar concreto del registro.

Desde el punto de vista de la legislación que regula lo correspondiente a la matrícula de comercio.

Como ya se dijo anteriormente, el daño al patrimonio no implica necesariamente la lesión a un derecho patrimonial, sino también surge de la intromisión perjudicial en el patrimonio como la frustración de una ganancia en perspectiva.

Y es que la actual regulación sobre la matrícula de comercio, si lesiona de forma directa derechos patrimoniales, como es el derecho de propiedad el cual se tratará de forma más específica posteriormente, al referirse al derecho a la propiedad sobre la empresa mercantil³⁶⁴; asimismo, la forma de cancelación de la matrícula de comercio es claramente atentatoria al patrimonio del comerciante, puesto que el mismo no conoce con precisión el momento en que se le cancelará la

³⁶³ **VON TUHR, A.** O.p. Cit., Pág. 322.

³⁶⁴ Para tal efecto, habrá que remitirse al Capítulo III del presente trabajo, en el que se trata todo lo referente al derecho de propiedad y al dominio, procediendo luego a desarrollar el aspecto de la propiedad sobre la Empresa Mercantil, como una cosa típicamente mercantil y como un bien mueble que la ha considerado nuestra legislación.

matrícula de comercio, puesto que en ningún momento se le otorga una oportunidad procesal para ejercer su defensa; y es así, que como ya se ha observado antes, la cancelación de la referida matrícula trae como consecuencia el pago de multas y recargos en el mejor de los casos; o inclusive en el peor de ellos ocasiona el cierre del establecimiento comercial, que es precisamente la forma de vida y único ingreso que posee la mayor cantidad de comerciantes, frustrándole así por completo una ganancia en perspectiva; y siendo el cierre del establecimiento comercial la consecuencia de la falta de renovación de la matrícula de comercio, resulta inclusive absurdo y aún más violatorio al patrimonio del comerciante, el hecho de que se presuma que el tiempo que no ha renovado su matrícula comercio ha seguido ejerciendo el comercio³⁶⁵; regulándose así que para tener derecho a la rehabilitación debe cancelar los derechos, multas y recargos de los años anteriores en que no ha renovado su matrícula de comercio y el año vigente; sin embargo, tal presunción legal no es más que una sanción a la falta de renovación de la matrícula de comercio, sanción accesoria a la cancelación de la misma; ello implica que al comerciante se le sanciona la falta de renovación de la matrícula de comercio con la cancelación de la misma y como lógica consecuencia el cierre del establecimiento comercial; y las multas, derechos y recargos por el tiempo que

³⁶⁵ Se dice que es absurdo, puesto que el Código de Comercio regula el hecho que nadie puede ejercer el comercio sin una matrícula de comercio; y que el que lo realice de esta forma, acarrea como consecuencia el cierre del establecimiento comercial; es así, que es evidente que el que no ha renovado su matrícula y por ello se le cancela, ejerce el comercio sin matrícula de comercio y procede el cierre del establecimiento comercial. El anterior razonamiento, trae como consecuencia, el hecho de que al comerciante se le cierra el establecimiento comercial por no poseer matrícula de comercio y a pesar de ello, se presume que ha seguido ejerciendo el comercio, la pregunta en este caso, sería ¿por medio de cual establecimiento ha seguido ejerciendo el comercio?, si se le ha cerrado su establecimiento comercial. La única lógica que se le encuentra a tal presunción, es que previo a que el alcalde del lugar cierre el establecimiento, se le otorga un plazo e treinta días al comerciante para que ponga en regla su matrícula, en cuyo caso, sería tal lapso únicamente el que se pudiera presumir que ha seguido ejerciendo el comercio, puesto que posteriormente según la ley, se le cierra el establecimiento comercial.

inclusive ya no poseía su matrícula de comercio por habersele cancelado³⁶⁶; todo ello sin un procedimiento administrativo ni judicial previo en el cual se le garantizaran todos los derechos procesales y constitucionales al comerciante.

De todo ello, se deduce clara y fehacientemente la violación a derechos patrimoniales y sobre todo al patrimonio como universalidad del comerciante, causados por la actual regulación que existe sobre la matrícula de comercio.

Desde el punto de vista de los criterios registrales que versan en torno a la matrícula comercio.

En cuanto a los criterios registrales, ya se ha visto anteriormente que los mismos sobrepasan la discrecionalidad de los actos administrativos, constituyéndose verdaderamente en actos ilegales (amenos los criterios registrales que se mencionan en este trabajo), y es que siendo uno de los criterios registrales el de la inaplicabilidad del artículo 65 de la Ley de Registro de Comercio, a efecto no cancelar la matrícula comercio a un comerciante, en razón que esto le afectaría más que pagar una multa según el registro, trae además como consecuencia la imposición de multas y cobros no regulado por la ley por parte del registro.

Es más que evidente, que la imposición de multas por parte del Registro de Comercio es una actitud lesiva al patrimonio al igual que como lo es la actual regulación sobre la matrícula comercio, puesto que tal imposición de multas y recargos genera una disminución en el patrimonio y el activo del comerciante³⁶⁷; y

³⁶⁶ Es decir, que de forma enumerativa y cronológica, al comerciante se le sanciona de las siguientes forma la falta de renovación de la matrícula de comercio: a) La Cancelación de la Matrícula; b) El cierre del establecimiento comercial; y c) el pago de recargos y derechos de registro de los años que no ha renovado la matrícula, para pedir su rehabilitación, como si hubiera seguido ejerciendo el comercio. Todo ello, por la misma falta.

³⁶⁷ Para hacer notar esto, habra que ver las graficas que se agregan como anexos y además, analizar la situación que las multas que se imponen, también son en base a los derechos de registro regulados en la Ley del Registro de Comercio, arancel que actualmente se encuentra demasiado alto, y que además como ya se ha planteado, es innecesario. Sin embargo, si el solo

no sólo eso, sino que además, para poder lesionar un bien jurídico de un sujeto de legal forma, solamente se puede mediante un procedimiento previo y en el cual haya tenido todas las garantías procesales de defensa; y es que la imposición de multas de forma arbitraria si lesiona tanto derechos patrimoniales como el patrimonio mismo puesto que es una intromisión perjudicial al patrimonio por parte del Registro de Comercio.

Es decir, que tanto la actual legislación que existe sobre la matrícula de comercio así como los criterios registrales, lesionan el patrimonio del comerciante; por tanto no es del todo cierto que el fundamento para inaplicar el artículo 65 de la Ley del Registro de Comercio sea el querer beneficiar al comerciante, puesto que so pretexto de ser un beneficio para comerciante, realiza la imposición de multas sin un fundamento legal, lo que deja en más clara evidencia que es la recaudación de fondos y no precisamente el ordenamiento de los comerciantes, lo que genera la existencia de la matrícula de comercio como obligación profesional del comerciante y única prueba para establecer la calidad del mismo y la propiedad de la empresa mercantil³⁶⁸.

Además de ello, otro de los criterios registrales es la imposición de multas por la falta de solicitud de matrícula de comercio dentro del término establecido por

arancel lesiona el patrimonio del comerciante, cuanto más lo lesionan las multas no reguladas en la ley e impuestas en base al arancel en referencia.

³⁶⁸ Por otro lado, si el motivo de la existencia de tal documento mercantil fuera el ordenamiento de los comerciantes, no se ve la necesidad de complicar su adquisición, puesto que entre más sencillo sea adquirirlo, más personas lo harían; de tal suerte que si su adquisición fuera de forma gratuita, el acceso sería más factible; y aún lo sería más, si la misma no revistiera el hecho que sea necesaria para poder tener un establecimiento comercial; si no que solamente fuera para que los comerciante pudieran tener acceso a la inscripción de otros documentos como los poderes; y desde luego, como es un control no la necesitan los comerciante sociales, puesto que los mismos ya poseen un control en el registro, que es la inscripción de la escritura de constitución de la sociedad, y como la ley les da desde ese momento la calidad de comerciantes sin necesidad de una matrícula, en realidad si ésta fuera un control no se le requeriría a las sociedades, lo que deja aún más evidenciado, la intención de la simple recaudación de fondos bajo la excusa de una matricula de comercio y control de los comerciantes..

la ley; es decir, que si un comerciante comienza a realizar el comercio a través de una empresa mercantil, este se encuentra obligado a solicitar la matrícula de comercio dentro de los 60 días siguientes al que inició sus labores comerciales; si no lo hace en dicho plazo, la ley ha establecido para tal supuesto únicamente la imposición de una multa equivalente al valor de la matrícula que le corresponda, o en su caso el cierre del establecimiento comercial, por realizar el comercio sin una matrícula de comercio³⁶⁹; pero además de ello, el registro de comercio ha establecido por criterio registral que al comerciante que haya iniciado labores y no haya solicitado su matrícula comercio se le impondrán las multas establecidas para la falta de renovación de la misma; es decir, el 25%, 50% o 100% en su caso, por cada año que realice el comercio sin una matrícula; supuesto que no se encuentra establecido en la ley y que evidentemente perjudica el patrimonio del comerciante, pues porque lo disminuye sin fundamento alguno y obviamente sin procedimiento alguno.

³⁶⁹ **Art. 86.-** Todo titular de una empresa o establecimiento comercial o industrial, que de conformidad al Código de Comercio deba obtener matrícula, estará obligado a solicitarla dentro de los sesenta días siguientes a la fecha de su instalación. Igual obligación tendrán quienes establezca en el mismo lugar o en otro distinto, sucursales, agencias o nuevos establecimientos mercantiles a efecto de extender los que tengan ya establecidos y matriculados. La falta de cumplimiento de las disposiciones indicadas en el inciso anterior hará incurrir al infractor en una multa equivalente al valor de la matrícula que le corresponda, para lo cual se calificará de oficio el nuevo establecimiento con base en las informaciones que el Registro estime conveniente recoger. Hecha la calificación e impuesta la multa a que se refiere el inciso anterior, señalará al infractor un plazo de treinta días contados desde el siguiente al de la notificación que se le haga a efecto de que pague el valor de la multa impuesta, e inicie los trámites a fin de obtener la matrícula correspondiente y si no lo hiciera en dicho término y se tratara de un establecimiento comercial, éste será cerrado por el Alcalde del lugar en que funcione, mediante oficio que librará el Registrador.

6.1.1.5. Derecho al Debido Proceso.

La Institución del debido proceso³⁷⁰, es uno de los principales principios procesales que deben existir en un Estado de Derecho, y es que entendido de esta forma, hay que referirse al debido proceso como el principio de contradicción o el principio de audiencia³⁷¹, vinculándolo con el respeto a la persona humana, a la que debe darse ocasión de manifestarse antes de que otra persona tome una decisión en un asunto que concierne a la primera.³⁷²

Y es que no se puede concebir el respeto a los derechos de la persona humana sin el debido proceso como garantía, puesto que el derecho procesal y el sustancial, se encuentran sobre dos planos, dado que a fin de que el órgano

³⁷⁰ **GONZÁLEZ RODRÍGUEZ, M.**, Seminario Debido Proceso y Derechos Humanos, Primera Edición, Ediciones de la Comisión de las Comunidades Europeas, 2001, Pág. 16. Si bien es cierto, la institución del debido proceso surgió históricamente en el derecho constitucional norteamericano, a raíz de la aprobación de la cuarta enmienda de la constitución de los Estados Unidos de 1787, al establecer el principio de que nadie puede ser privado de su vida o libertad sin el debido proceso judicial, tal garantía en la actualidad abarca no solamente el ámbito penal, si no todos los ámbitos de la vida de una persona, puesto que en definitiva, nadie puede ser privado de ninguno de sus derechos sin que exista un debido proceso en el que se le garanticen sus derechos.

³⁷¹ **BERTRAND GALINDO, G. y otros**, Op. Cit. Pág. 923-950. Dentro de los principios constitucionales que rodean al proceso, de entenderse que no solamente están el de contradicción o principio de audiencia, sino que además para que existe un verdadero proceso legal, se reconocen en nuestra legislación varios principios constitucionales que lo infraestructuran, como son: a) el de legalidad procesal, la cual confiere a la autoridad administrativa una limitada potestad sancionatoria, de los cuales se deduce además la exigencia de un proceso establecido según las leyes preexistentes, para poder resolver sobre la vida, la libertad, la propiedad, posesión y cualesquiera otros derechos de la persona; b) el principio de proporcionalidad, del cual resulta que se puede lesionar un derecho fundamental, únicamente a si la intromisión esta constitucionalmente prevista innecesaria para la consecución del objetivo fundamentalmente establecido y desde luego que el fin perseguido no pueda ser alcanzado por otro medio distinto y menos gravoso; c) el principio de contradicción y audiencia bilateral, el cual conlleva a que nadie puede ser privado de su derecho sin ser oído y vencido en juicio y que a toda persona ha de asegurarse la toda la garantía necesarias para su defensa; d) el derecho a no ser juzgado veces por el mismo asunto; y e) de derecho a un proceso público, contradictorio, sin dilaciones indebidas, con vigencia de los principios de inmediación, concentración y libre valoración de la prueba y, eventualmente, a un tribunal popular..

³⁷² **HOYOS, A.**, El Debido Proceso, Editorial TEMIS, S.A., Bogota Colombia, 1996, Pág. 5. esta es una opinión otorgada por el jurista Karl Larenz, quien además expresa que tal relevancia a este principio que sostiene que él debe regir también en la actuación de la administración pública y como principio moral fuera de la esfera del derecho.

judicial pueda llegar a aplicar el derecho sustancial, se hace indispensable el desarrollo de los actos procesales de conformidad con el derecho. Si estas prescripciones no se cumplen, no habrá decisión sobre el mérito cuando su violación revista cierta gravedad.³⁷³

En esta materia, además de la posibilidad de acceso al órgano jurisdiccional y la garantía de su imparcialidad³⁷⁴, que forma parte del derecho a la seguridad jurídica de las personas, se debe tutelar también el proceso como integridad.³⁷⁵

La garantía de audiencia llamada también "Garantía del Debido Proceso Legal" o "De La Ley de la Tierra", en los países anglosajones, "Garantía a la Tutela Judicial Efectiva para los Tribunales", en España "Garantía de Legalidad", "Garantía de Jurisdicción" o "Garantía Jurisdiccional", en México; implica el derecho que tiene todo gobernado de obtener la protección de los tribunales contra las arbitrariedades del poder público y cuyo objetivo es tutelar la seguridad y certeza jurídica, y por consiguiente mantener el orden público.³⁷⁶

La Convención Americana sobre Derechos Humanos o Pacto de San José de Costa Rica, la recoge en el Art. 8.1. al estatuir que "Toda persona tiene derecho a ser oída con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella, o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter".

³⁷³ **VARELA, C.**, Valoración de la Prueba, Segunda Edición actualizada y ampliada, Editorial ASTREA, Buenos Aires, 1999, Pág. 28.

³⁷⁴ **DICCIONARIO ENCICLOPÉDICO QUILLET**, Op. Cit., tomo V, letra I, la imparcialidad se encuentra definida como aquella falta de designio anticipado o de prevención en favor o en contra de personas o cosas, de que resulta poderse juzgar o proceder con rectitud.

³⁷⁵ **GABINO ZIULU, A.**, *Op Cit*, Pág. 369. Este autor opina que el debido proceso judicial, como lo entienden la doctrina y la jurisprudencia, se integran con etapas que son indispensables; tales como la acusación, la defensa, la prueba, la sentencia y la ejecución de ésta.

³⁷⁶ **GABINO ZIULU, A.**, *Op Cit*, Pág. 369.

Esa misma tutela, es recogida en la Constitución vigente en el Art. 11 inciso primero, en la que establece: "Ninguna persona puede ser privada del derecho a la vida, a la libertad, a la propiedad y posesión, ni de cualquier otro de sus derechos sin ser previamente oída y vencida en juicio con arreglo a las leyes, ni puede ser enjuiciada dos veces por la misma causa".³⁷⁷

El derecho a la defensa, en el transcurso del proceso es también una prerrogativa necesaria que tiene todo aquel que es acusado o demandado. Este derecho incluye como primera exigencia la posibilidad de ser oído.³⁷⁸

Este principio, no es exclusivo del derecho Constitucional, Civil o Penal, si no que también éste debe encontrarse en el derecho Administrativo, y así lo ha determinado la Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia³⁷⁹; es decir, en el actuar de la administración. Y es que es evidente, que el debido proceso como derecho fundamental que es, surge históricamente vinculado a tramites judiciales, no frente a actuaciones de la administración publica en la forma que hoy se entiende; sin embargo, el proceso judicial y el procedimiento administrativo son dos institución jurídicas muy similares y que en

³⁷⁷ La Sala de lo Constitucional, ha determinado que sobre la *naturaleza* del derecho consagrado en el inc. 1°, "esta disposición constitucional establece lo que se conoce como derecho de audiencia, el cual se caracteriza, en primer lugar, por ser un derecho de contenido procesal, instituido como protección efectiva de los demás derechos de los gobernados; y, en segundo lugar, es un derecho relacionado indiscutiblemente con las restantes categorías jurídicas subjetivas protegibles constitucionalmente" [Sentencia de 13-X-1998, Amp. 150-97](#). y en cuanto al *alcance* de tal derecho, ha afirmado que derecho de audiencia es una "expresión omnicomprensiva con que se hace referencia a las facultades, poderes y garantías que han de obligatoriamente observarse en un proceso" Sentencia de 16-XII-1997, Amp. 9-S-95, Considerando III 4.

³⁷⁸ **GABINO ZIULU, A.**, *Op Cit*, Pág. 369.

³⁷⁹ Sobre el *ámbito de aplicación* del derecho de audiencia, la Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, ha señalado que "el vocablo 'juicio' consignado en el Artículo 11 de la Constitución de la República, no está referido única y exclusivamente al concepto de proceso jurisdiccional –el proceso por antonomasia–, sino que se amplía a la idea de trámite, de actividad dinámica destinada al pronunciamiento de una decisión, eventualmente conflictiva con el interés o derecho de unas personas" [Sentencia de 17-XII-1992, Inc. 3-92, Considerando XVIII.](#)

definitiva ambas deben contar con las garantías constitucionales necesarias para acreditar la legalidad de sus actos, y sobre todo la tutela del derecho al debido proceso.³⁸⁰

Allan R. Brewer – Carias³⁸¹, sostiene que el principio de contradicción, que implica la necesidad de confrontación de los criterios entre la administración y los administrados y en muchos casos ante varios administrados antes de que la administración decida, es de amplia aplicación en el procedimiento administrativo; siendo la consecuencia principal de tal principio, que en el mismo puede existir la noción de parte.

El derecho de audiencia, el cual ha sido consagrado en El Art. 11 Cn. señala además que en esencia la privación de derechos -para ser válida jurídicamente- necesariamente debe ser precedida de proceso seguido 'conforme a la ley'. Tal referencia a la ley no supone que cualquier infracción procesal o procedimental implique por sí violación constitucional, pero sí exige que se respete el contenido del derecho de audiencia. Aspectos generales de dicho derecho, de modo genérico y sin carácter taxativo, son: (a) que a la persona a quien se pretende privar de alguno de sus derechos se le siga un proceso, el cual no necesariamente es especial, sino aquel establecido para cada caso por las disposiciones constitucionales respectivas; (b) que dicho proceso se ventile ante entidades previamente establecidas, que en el caso administrativo supone la tramitación ante autoridad competente; (c) que en el proceso se observen las formalidades esenciales procesales o procedimentales; y (d) que la decisión se dicte conforme a leyes existentes con anterioridad al hecho que la hubiere motivado³⁸²

³⁸⁰ **HOYOS, A.**, Op Cit., Pág., 93.

³⁸¹ **Ídem.**, Pág., 104. Este mismo autor, sostiene que desde el punto de vista del due process of law, el derecho a la defensa en el procedimiento administrativo se desdobra, en los siguientes derechos: derecho a tener acceso al expediente, derecho a ser oído, derecho a presentar pruebas y alegatos y derecho a ser informado de los medios de defensa frente a la administración.

³⁸² [Sentencia de 13-X-1998, Amp. 150-97, Considerando II 1.](#) La expresión "debido proceso", según el tribunal, solo puede tener un *contenido procesal, no material*. En ese sentido, ha dicho que "el derecho constitucional al debido proceso únicamente puede considerarse desde el punto de vista procesal, con exclusión del punto de vista material, porque el mismo, dentro de

6.1.1.6. Forma en que se violenta el derecho.

Desde el punto de vista de la legislación que regula lo correspondiente a la matrícula de comercio.

Como ya se dijo anteriormente, para proceder a la privación de derechos y que ésta sea válida jurídicamente, necesariamente debe ser precedida de un proceso seguido conforme a la ley; entendiéndose no solamente conforme a la ley especial que regule el mismo, si no que también éste debe cumplir con los prerequisites establecidos en la Constitución de la República y que además sea un procedimiento previamente establecido por la ley.

Sobre el *contenido del proceso previo*, la jurisprudencia constitucional ha afirmado que "la exigencia del proceso previo supone dar al demandado y a todos los intervinientes en el proceso, la posibilidad de exponer sus razonamientos y defender sus derechos de manera plena y amplia. Y es que, hacer saber al sujeto contra quien se pretende en un determinado proceso, la existencia de éste, y facilitarle el ejercicio de los medios de defensa, constituyen circunstancias ineludibles para el goce irrestricto del derecho de audiencia. Por todo ello, la Sala ha sostenido repetidamente que existe violación al derecho constitucional de audiencia cuando el afectado por la decisión estatal no ha tenido la oportunidad real de defensa, privándole de un derecho sin el correspondiente proceso, o cuando en el mismo no se cumplen las formalidades esenciales –procesales o

un Estado de Derecho en el cual vive la independencia judicial a todo nivel jurisdiccional, rige sin vulneración al anterior principio si sólo se controla en relación a las garantías procesales y procedimentales de las personas, mas no cuando se pretende llevar a las tierras materiales, y ser considerado como un mecanismo de control de la esfera discrecional que todo juzgador posee al momento de aplicar las leyes que sustenten sus decisiones. En suma, el derecho constitucional al debido proceso, en nuestro ordenamiento jurídico, debe referirse exclusivamente a la observancia de la estructura básica que la misma Constitución prescribe para todo proceso o procedimiento, y no a la aplicación razonable, adecuada y justa de las leyes materiales, labor exclusiva del juzgador ordinario al momento de dictar sentencia en base a su discrecionalidad jurídica objetiva [Sentencia de 2-VII-1998, Amp. 1-I-96, Considerando II 1.](#)

procedimentales establecidas en las leyes que desarrollan el derecho de audiencia"³⁸³

Una vez aclarado este punto, es necesario trasladarnos a la Legislación Mercantil, que es precisamente el objeto de estudio, en donde se enfocará de forma específica, en el llamado procedimiento de cancelación de la Matrícula de Comercio. Tal institución, comienza a regularse en el Art. 422 del Código de Comercio, del cual para el análisis de violación del derecho que se comenta, habrá que referirse a la causal regulada en el literal e) de dicho artículo; el cual regula la cancelación de la Matrícula de Comercio, por falta de renovación de la misma, si dejó transcurrir tres meses luego de vencido el plazo establecido en la ley.

El problema en realidad se genera, ya en la forma de aplicación de tal disposición, la cual se desarrolla a partir del Artículo 63 de la Ley del Registro de Comercio y más precisamente en el Artículo 65 del mismo cuerpo normativo; en el cual se establece que habiendo transcurrido el plazo otorgado para la renovación de la Matrícula de Comercio, sin que se haya solicitado la misma, caducará el derecho de matrícula, procediendo el Registro a su correspondiente cancelación; pudiendo el interesado solicitar la rehabilitación de la matrícula caducada.

Tiene que comenzarse a analizar tal disposición, desde el hecho de los términos utilizados, puesto que confunde los mismos, ya que habla de la cancelación de la Matrícula de Comercio, de la Caducidad del derecho de Matrícula y por último de la rehabilitación de la matrícula caducada; términos en los cuales se debe emplear diferencia, tal y como se ha visto en capítulos anteriores.

³⁸³ [Sentencia de 13-X-1998, Amp. 150-97, Considerando II 1.](#) Esto es precisamente lo que sucede con el procedimiento de Cancelación de la Matrícula de comercio, ya que en la ley, no se regula momento de notificación alguno, si no que solamente el Registrador procede a su cancelación, privándosele de un derecho esencial para el ejercicio del comercio al comerciante, lo cual se regula que se hará sin darle un previo conocimiento de que se le cancelará o se le ha iniciado un procedimiento de cancelación de matrícula, y de esta forma, el comerciante pueda comparecer a hacer uso de sus derechos previo a que se le cancele la matrícula.

Es de hacer notar en este momento, que por la importancia que la misma ley le ha otorgado a la Matrícula de Comercio, ya que es el único documento por medio del cual el comerciante puede establecer su calidad de tal y probar la propiedad de la empresa mercantil; es obvio que genera un agravio y una gran relevancia para el comerciante el hecho que le cancelen la misma. Desde este punto de vista, la Matrícula de Comercio le permite gozar de una serie de derechos, como es el de propiedad, entre otros y por ende, la cancelación de la misma, genera el cese de tales derechos, así como el derecho a poder ejercer el comercio. En ese orden de ideas, tal y como se ha expresado, para que la lesión de los derechos de una persona sea legítima y válida jurídicamente, debe encontrarse ésta precedida de un proceso en el cual se le hayan garantizado todos sus derechos al demandado. Como se puede observar, en el procedimiento de cancelación de Matrícula de Comercio, el Registrador del Registro de Comercio, cancela la Matrícula del comerciante de forma oficiosa, por el hecho de no haberse renovado la misma, sin que el comerciante sea oído previamente. Es decir, que el comerciante en ningún momento puede alegar excepciones, contestar un traslado, vertir prueba, etc., puesto que tampoco se establece una forma procesal por medio de la cual el comerciante se entere de que se le ha cancelado su Matrícula de Comercio, ya que no existe notificación alguna; sin embargo, si se le cancela la misma sin atención de los derechos que se le lesionan.

Hay que hacer notar también, que en el caso de la existencia de un procedimiento, ya existe una presunción legal arriba comentada, y que genera una gran ventaja y abuso por parte del órgano que administra; ya que el administrado además de enfrentarse a un gran monstruo como es el Estado, también tiene que enfrentarse a una presunción legal que no admite prueba en contrario.

Por si no fuera poco, el Art. 27 de la Ley General de Registros, le concede al comerciante la posibilidad de apelar de la resolución del registrador que conceda,

deniegue, suspenda o cancele una Matrícula de Comercio, siendo el término para interponer tal recurso, el de treinta días hábiles, contados a partir del día siguiente al de la notificación de la resolución respectiva. Sin embargo, debe preguntarse que a partir de cuando se comenzará a contar el término en el caso de la cancelación de la Matrícula de Comercio, puesto que para los demás casos, actualmente se aplica la Ley de Procedimientos Uniformes Para la Presentación, Tramite y Registro o Deposito de Instrumentos en los Registros de la Propiedad Raíz e Hipotecas, Social de Inmuebles, de Comercio y de Propiedad Intelectual, pero para el caso de la cancelación, no se ha establecido una forma de notificación, puesto que ni siquiera se regula una resolución sustentada, si no que solamente el mero actuar del Registrador de cancelar el asiento de la matrícula, el cual de conformidad a los Arts. 31 y 33 de la Ley del Registro de Comercio, se realiza con la sola razón de cancelación en el libro respectivo por parte del registrador; por lo que en principio, tal cancelación no se fundamenta en ninguna resolución y por ende no se notifica, y se haría del conocimiento a través de los libros, que constituyen un registro público y se presumiría que es del conocimiento de todas la personas; sin embargo tal forma de pensar sería absurdo al igual que como lo es la actual regulación, puesto que otorga un recurso que en verdad por las razones expuestas, es un recurso nugatorio e improcedente y totalmente inservible para el caso de la Cancelación de la Matrícula de Comercio.

Por si no fuera poco, la regulación del recurso y su imposibilidad de ejecutarlo, genera la imposibilidad de incoar el correspondiente Juicio Contencioso Administrativo, ya que no se habrán agotado todas las instancias administrativas.

Todo lo antes mencionado, deja en clara evidencia de la lesión al debido proceso, por parte de la legislación que regula lo referente a la Cancelación de la Matrícula de Comercio, por la falta de renovación de la misma.

Desde el punto de vista de los criterios registrales que versan en torno a la matrícula comercio.

En lo que se refiere ya a los criterios registrales, la inaplicabilidad del Art. 65 de la Ley del Registro de Comercio, no ha permitido que los registradores transgredan el debido proceso³⁸⁴, en lo que respecta a la Cancelación de la Matrícula de comercio, más no se puede decir lo mismo del criterio adoptado sobre las multas o recargos que éstos imponen; puesto que como ya se ha visto antes, los registradores imponen multas que no se encuentran reguladas en la Ley y que para la imposición de las mismas no siguen procedimiento alguno, si no que solamente las imponen.

En tal presupuesto, si se violenta el derecho al debido proceso, puesto que se imponen multas que no se encuentran justificadas en norma alguna ni en procedimiento alguno, sin posibilidad siquiera de una defensa ante tal circunstancia, puesto que no le avisan al comerciante que le impondrán una multa, si no más bien le informan que ya se la han impuesto; pudiendo darse el caso de que el comerciante si haya cumplido con los requisitos legales y que sea el registro el que no haya tomado nota de ello, e imponer multas sin justificante, lo que se hubiera podido evitar si se le hubiese corrido traslado al comerciante y se le diese otorgado la oportunidad de pronunciarse al respecto, previo a la imposición de las multas, con mas razón, si éstas no se encuentran reguladas en la ley.

No se puede obviar el hecho que a partir del año dos mil seis, se comenzará a aplicar la cancelación de la Matrícula de Comercio, y al no existir una regulación sobre su procedimiento, el mismo se basará en criterios registrales, lo que desde ese momento, ya es una violación a este derecho, puesto que el mismo presupone

³⁸⁴ Se dice que no se violenta el derecho al debido proceso por parte de la legislación que regula la cancelación de la matrícula de comercio, puesto que de esta forma, puesto que ya se ha visto que actualmente por criterio registral no se aplica la cancelación de la matrícula de comercio y por ende no puede existir violación fáctica, si no solamente jurídica.

que exista un procedimiento previamente establecido y autorizado de conformidad con la Ley, por lo que debe ser creado por el órgano competente, como es el Legislativo, y no por los registradores; y además, el mismo debe garantizar el derecho de defensa del administrado, así como los demás derechos procesales que éste posee. Por lo que se denota que inclusive en las intenciones que se tienen, las mismas ya transgreden el derecho que se comenta.

6.1.1.7. Derecho a la Propiedad.

Sobre éste tema, ya se ha hablado bastante en el Capítulo III de la presente obra, por lo que a ese nos remitimos, para complementar éste apartado y evitar la redundancia y explicaciones ya expresadas; por lo que se expondrá meramente lo medular del caso concreto y que no se ha tratado en el capítulo en referencia.

El *concepto de derecho a la propiedad*,³⁸⁵ ha sido entendido por la Sala de lo Constitucional, como aquel "cuya génesis se encuentra en el Art. 2 Cn., y debe entenderse como la plena potestad sobre un bien, que a la vez contiene la potestad de ocuparlo, servirse de él de cuantas maneras sea posible, y la de aprovechar sus

³⁸⁵ El Derecho a la Propiedad, también se ha entendido denominado con más exactitud como derecho a la propiedad privada y a la herencia, es uno de los derechos fundamentales agrupables como derechos económicos. Su proclamación está matizada con la nota de subordinación de toda la riqueza del país al interés general, así como con la posibilidad de propiedad pública estatal y la planificación económica. Se perfila como una suma de facultades notablemente contrapesadas por deberes y obligaciones constitucionales. En cualquier caso, nadie puede ser privado de sus bienes y derechos sino por causa justificada de utilidad pública e interés social, mediando siempre la correspondiente indemnización.

Cabría también pues dar una definición que ayude a tener una mejor idea sobre la propiedad en sí, la cual es un derecho subjetivo que faculta a su titular, el propietario, para aprovechar la relación económica que tiene con la cosa o bien de su propiedad en la medida que le permite la ley. Dentro de los derechos de dominación, el derecho de propiedad es el más extenso que permite el ordenamiento jurídico. El amplio contenido de este derecho real varía significativamente según la cosa o bien sobre el que se proyecta. Así, se distinguen claramente entre las facultades que ostenta el titular de la propiedad industrial y las del propietario de una máquina. ³⁸⁵ **RÍBO DURÁN, L.** diccionario multimedia de derecho, bosch casa editorial, Barcelona, 1995; versión 1.0. En todo caso, el derecho de propiedad no es la suma de las facultades que lo integran, porque puede faltar alguna de ellas, que se desglose para formar un derecho separado, sin que desaparezca la propiedad. Esta otorga a su titular la exclusiva de la acción reivindicatoria, que le permitirá recuperar la cosa de su propiedad.

productos y acrecimientos, así como la de modificarlo y dividirlo. El derecho de propiedad, pues, se concibe como un derecho real³⁸⁶ –naturaleza jurídica– y absoluto en cuanto a su oponibilidad frente a terceros, limitado únicamente por el objeto natural al cual se debe: la función social³⁸⁷

El derecho a tener propiedad, se concreta en un derecho de propiedad sobre un bien determinado cuando el derecho positivo confiere al sujeto el título respectivo según un acto jurídico reconocido como adquisitivo por la ley³⁸⁸. Sin

³⁸⁶ El concepto de Derecho Real, es el concepto genérico que constituye el eje de una parte del Derecho civil: la del llamado Derecho de cosas, que trata de las relaciones jurídicas de las personas con los bienes o las cosas (res, cosa en latín), denominándose derechos reales dichas relaciones. Hay derecho real desde que el ordenamiento jurídico ampara el interés de una persona sobre una cosa o bien determinado, sin necesidad de que otra persona contraiga un deber concreto frente a la primera. Así, el titular del derecho real puede obtener la utilidad de la cosa o bien de forma directa, sin pasar por la prestación de un obligado o deudor. Son derechos reales la propiedad, el usufructo, la servidumbre, etc. En todo caso, estos derechos engendran acciones reales o derecho a proteger aquellos ejerciéndolos en la vía judicial adecuada. ³⁸⁶ **RÍBO DURÁN, L.** diccionario multimedia de derecho, bosch casa editorial, Barcelona, 1995; versión 1.0. Así mismo, la Sala de lo Civil de la Corte Suprema de Justicia, ha interpretado que de acuerdo al artículo 567 C.C.: “Las cosas incorporales o derechos se dividen en reales y personales. Derecho real es el que se tiene sobre una cosa sin referencia a determinada persona. Son derechos reales el de dominio, el de herencia, los de usufructo, uso o habitación, los de servidumbres activas, el de prenda y el de hipoteca. Derechos personales son los que sólo pueden reclamarse de ciertas personas que, por un hecho suyo, o por disposición de la ley, están sujetas a las obligaciones correlativas” Sentencia de 17-XII-2002, Cas. 1370-2002, Considerando I.

³⁸⁷ Sentencia de 26-VIII-1998, Amp. 317-97, Considerando III 2. Hay que tener en cuenta también, que la nuestra Carta Magna establece en el Art. 22, que una vez concretado dentro de la esfera jurídica del individuo la propiedad sobre un bien cualquiera, de los permitidos legal y constitucionalmente, se tiene también el derecho constitucional de disponer libremente los destinos del mismo, para evitar, entre otras cosas, un estatismo económico y así poner de relieve la libertad económica y comercial. Esta libre disposición, no obstante ser una actividad humana en principio remitida a la iniciativa de los particulares, está subordinada por razones de interés público, de tal modo que la función social se halla de forma implícita dentro del contenido esencial del mandato constitucional ahora interpretado. De esta forma, se inserta a la ‘libre disposición de bienes en su entorno natural, colocando al propietario, en conclusión, en una posición colaboradora frente a la sociedad, puesto que cualquier clase de bien debe emplearse no sólo en provecho personal, sino también en favor de la comunidad. Interpretación que ha sido dada de esta formas, por la Sala de lo Constitucional, en la [Sentencia de 26-II-2002, Inc. 24-98, Considerando V 3.](#)

Así mismo, sobre éste tema en especial, ya se ha tratado en el Capítulo III de este trabajo.

³⁸⁸ **ALESSANDRI RODRÍGUEZ, A.**, Op Cit., Pág. 255 Con los términos “título y modo”, se designan los requisitos necesarios para la adquisición de bienes mediante negocio jurídico. La consiguiente transmisión del dominio o de derecho real que implique posesión se produce si

embargo, la amplitud de la propiedad en el sentido constitucional, estereotipada bajo el concepto que todos los intereses apreciables que el hombre pueda poseer fuera de si mismo, de su vida y de su libertad, son bienes susceptibles de valor económico, o apreciables en dinero, alcanzando un nivel de derechos patrimoniales; reconocidos unitariamente como derechos constitucionales de propiedad.³⁸⁹ Es que el derecho Constitucional de propiedad ampara el uso y la disposición de todos los bienes, materiales e inmateriales³⁹⁰, que pueden integrar el patrimonio de una persona.³⁹¹

hay título, que consiste en un contrato antecedente con finalidad traslativa, seguido del modo, que consiste en la tradición o entrega (traspaso posesorio) o causa próxima. Si sólo concurre el título, quedará establecida una relación obligacional; si sólo concurre el modo, habrá una simple transferencia de la posesión. Letra T.

Las teorías que respaldan el modo de adquirir la propiedad, se dividen esencialmente en dos; a) La teoría que exige un título y de un modo para la adquisición del dominio y de los demás derechos reales y b) Teorías que rechazan la distinción entre título y modo de adquirir. Sin embargo, como es ya sabido, en nuestra legislación si es necesaria la existencia del modo y del título; enumerándose a continuación algunos de los modos de adquirir, sin que tal enumeración sea taxativa: a) La Ocupación, b) La Adhesión, c) La Tradición, d) La Sucesión por causa de Muerte, e) La Prescripción Adquisitiva, f) La Ley.

³⁸⁹ **BIDART CAMPOS, G.**, Compendio de Derecho Constitucional, Primera Edición, Editorial EDIAR, Buenos Aires, 2004, Pág. 128.

³⁹⁰ **ALESSANDRI RODRÍGUEZ, A.**, Op Cit., Pág. 9 Esta es solamente una de las clasificaciones de los bienes, la cual se divide en bienes corporales o incorporales, distinción que se fundamenta en razones de orden práctico, en el que las cosas corporales, son aquellas que tienen un ser real y pueden ser percibidas por los sentidos; mientras que las incorporales, son aquellas que se perciben solo mental o intelectualmente. En relación a los llamados bienes inmateriales, son los diferentes tipos de derechos subjetivos que los ordenamientos jurídicos modernos atribuyen a los autores de creaciones espirituales y a los industriales y comerciantes que utilizan signos identificadores de los resultados de sus actuaciones y que protegen los valores espirituales y materiales incorporados a su empresa. No obstante, la expresión derechos intelectuales se reserva mayormente para aludir a las obras literarias, artísticas o científicas. El objeto de tales derechos se encuadra en los llamados bienes inmateriales; es decir, las realidades que carecen de corporeidad, que son producto o creación intelectual del hombre y a las que el ordenamiento jurídico considera como posible objeto de los referidos derechos subjetivos. BOSCH

³⁹¹ **GABINO ZIULU, A.**, Derecho Constitucional, Tomo I, Editorial Depalma, Buenos Aires, 1997, Pág. 260.

En lo que se refiere al Derecho Mercantil y en esencia a uno de los elementos esenciales del mismo, como es la Empresa, Gaspar Ariño Ortiz³⁹², expresa al respecto, que la propiedad ha sido y sigue siendo el título y fundamento de la empresa. Ello es por lo demás una exigencia del contenido esencial de la propiedad como institución jurídica. La nota de la exclusividad, ha dado siempre a este derecho un triple contenido: *ius utendi*, *ius fruendi* y *ius disponendi*.³⁹³ Este autor, además hace referencia a Díez Picazo; autor que también se trata en esta obra; el cual expresa que “la propiedad privada sirve a la dignidad y libertad de la persona y libre desarrollo de la personalidad, por una parte, y al reconocimiento de los sujetos jurídicos como sujetos de iniciativa económica y como agentes de un proceso económico inserto en lo que se llama la economía de libre mercado. Esto solo es posible si se reconoce un derecho subjetivo, a los valores en uso, en renta y en venta de los bienes. De aquí puede deducirse la imposibilidad de una configuración legislativa del instituto de la propiedad, en que este esencial contenido quedará amputado. Por ejemplo, si se quisiera configurar la propiedad privada de acuerdo con las coordenadas del mundo de las concesiones enfitéuticas, si se configurara la propiedad sin libre disposición o si se excluyeran de la propiedad categorías de bienes que hagan imposible la participación de la persona en el proceso económico como agente de iniciativa privada. Por decirlo

³⁹² **ARIÑO ORTIZ, G.**, Principios de Derecho Público Económico, Editorial COMARES, S.L., Granada 2004, Pág. 206.

³⁹³ **ALESSANDRI RODRÍGUEZ, A. Y SOMARRIVA UNDURRAGA, M.**, *Op. Cit.*, Pág. 165. Al respecto, ya en el Capítulo III de este trabajo, se expresó que los requisitos que debe poseer el dominio, son las facultades inherentes que posee el propietario sobre la cosa; las cuales se dividen en materiales y jurídicas siendo las primeras de las que se realizan mediante los actos que permiten el aprovechamiento del objeto del derecho y que será llamado uso, goce y consumo físico de la cosa; mientras que las segundas son las que se realizan mediante actos jurídicos y que constituyen los actos de disposición.

rápidamente: si solo se admitiera la propiedad personal y fueran excluidos de la propiedad privada los medios de producción.³⁹⁴

Y es que la categorización dogmática del derecho de propiedad, con un contenido esencial, infranqueable por el legislador, tiene importantes consecuencias; es así que la configuración de una propiedad con privación a su titular del ius utendi o disponendi, sería posiblemente y más bien seguramente inconstitucional.³⁹⁵

6.1.1.8. Forma en que se violenta el derecho.

Desde el punto de vista de la legislación que regula lo correspondiente a la matrícula de comercio.

Cuando ya hay que referirse a la inviolabilidad del derecho de propiedad, o de la propiedad, es de recordar que cuando nuestra carta magna se refiere a la inviolabilidad de la propiedad, verdaderamente no se refiere a que la misma sea absoluta; si no más bien, a que debe ser garantizada; para el caso que nos ocupa, se refiere a que nadie puede ser privado de su propiedad si no mediante Sentencia Fundada en Ley.³⁹⁶

Como ya se analizó en el apartado que se habló del derecho al debido proceso, lo cierto es que al comerciante se le canela la Matrícula de Comercio, sin la existencia de un procedimiento previo, en el cual se le garanticen todos sus derechos constitucionales. Y para el solo efecto del análisis que ahora

³⁹⁴ **ARIÑO ORTIZ, G.**, Principios de Derecho Público Económico, Editorial COMARES, S.L., Granada 2004, Pág. 206.

³⁹⁵ *idem.*, Pág. 207

³⁹⁶ **BIDART CAMPOS, G.**, Op Cit., Pág. 130. En el mismo sentido se pronuncia ADOLFO GABINO ZIULU, quien además expresa que la cláusula constitucional que reconoce el carácter de inviolabilidad de la propiedad, solo puede ser interpretada como manifestación de los postulados ideológicos del liberalismo clásico.

corresponde, se le restará cierta importancia a la cancelación de la Matrícula de Comercio, dándole mayor realce a sus consecuencias.

Ya se ha visto en el Capítulo III, que la sola existencia de un arancel de Registro para la Matrícula de Comercio, lesiona la propiedad del comerciante, puesto que los mismos son establecidos con el solo hecho de recaudar fondos, como que si éstos fueran impuestos; ya que el mismo fin perseguido pudiera alcanzarse sin que el comerciante cancele derecho alguno, sin dejar del lado las multas a que ya bastante se ha hecho referencia y que se encuentran en la Ley; sanciones que se imponen sin la existencia de un procedimiento para su imposición; ahora bien, pudiera decirse, que para el caso, esas son las consecuencias mínimas que produce; ya que la primer consecuencia grave, es el hecho que la Matrícula de Comercio, es el único documento para probar la propiedad de la Empresa Mercantil y por ende, sin ella no se podría probar la misma; ello traerá como consecuencia que un comerciante que posee una empresa y ejerce actos mercantiles a través de ella, no podría disponer de la misma; y como ya se dijo, la configuración de una propiedad con privación a su titular del *ius utendi* o *disponendi*, sería posiblemente y más bien seguramente inconstitucional; y la cancelación de la matrícula es precisamente eso lo que provoca, una privación del *ius disponendi*.³⁹⁷

³⁹⁷ Como se ha visto desde antes, al ser la Matrícula de Comercio el documento por medio del cual se establece la propiedad de la empresa mercantil, es solo a través de éste que se puede establecer tal circunstancia por ejemplo en un juicio, o en un acto jurídico que implique el establecimiento de la propiedad de la empresa mercantil, como la constitución de una hipoteca sobre la misma, su tradición, etc.; esto implica, que el no poseer matrícula de comercio y en consecuencia no poder establecer la propiedad de la empresa mercantil, se corre el peligro que el verdadero dueño pierda su propiedad, puesto que vendría otro sujeto que bien pudiera matricular una empresa no matriculada como si fuera propia y jurídicamente es éste quien sería el dueño de la empresa; por lo que el verdadero dueño que es quien la creo, se vería perjudicado en su derecho, lo mismo sucedería en caso de tener que establecerlo en un juicio, en donde por no poseer matrícula, bien podría perder un juicio de competencia desleal o inclusive uno en donde se dispute precisamente la propiedad de la empresa.

Además de ello, tal empresa no sería susceptible de Embargos y lo peor del caso, es que se encontraría en realidad sin un propietario, hasta que el comerciante obtenga su matrícula vigente³⁹⁸. Y algo peor aún, sería interpretar que al ser la propiedad el título y fundamento de la empresa y al no concretarse la misma, la existencia de la empresa se vea perjudicada y hasta dudosa, puesto que la misma no tendrá título y fundamento; por lo que sería peor aún. Y si no se puede probar la propiedad de la empresa mercantil, es obvio que tampoco se podrá establecer la propiedad de los elementos que la integran, por lo que los mismos se verían en peligro de ser desintegrados.

La segunda de las consecuencias graves, la constituye el cierre del establecimiento comercial, como consecuencia de la cancelación de la Matrícula de Comercio, con el cual se hace desaparecer temporalmente o definitivamente el lugar en el cual se ejercía el comercio a través de la empresa mercantil y lo peor, es que se detiene temporal o definitivamente el actuar mercantil a través de esa empresa, puesto que la misma no podrá abrir otro establecimiento comercial, ni sucursales, puesto que también para ello necesita la Matrícula de Comercio vigente; por lo que se priva del Uso y Goce de la Empresa por parte del comerciante, incurriendo por lo mismo, en la configuración de una propiedad con privación a su titular del ius utendi y del ius fruendi, lo que también sería posiblemente y más bien seguramente inconstitucional.

³⁹⁸ En realidad, se dice que la empresa se encontraría sin un propietario, porque si bien es cierto existe un comerciante que se encuentra explotándola, éste comerciante no posee un documento que haga constar que él es el propietario de la empresa, ni tampoco existe un lugar en el que se haga constar tal circunstancia (tomando en cuenta la redacción de nuestra actual regulación que no admite ningún otro medio probatorio para tal circunstancia); y por tanto, esta empresa mercantil no matriculada no tendría un propietario. Y por ello, aunque fácticamente si lo posea, jurídicamente no lo será. Como consecuencia de ello, no se puede trabar embargo ni constituir derechos reales sobre la empresa; puesto que en verdad la fuente de los derechos reales es verdaderamente el derecho de propiedad, que es el derecho real por excelencia.

Desde el punto de vista de los criterios registrales que versan en torno a la matrícula comercio.

Desde este punto de vista, los únicos criterios registrales que violentan el derecho a la propiedad, son el de imposición de multas no reguladas en la ley, de las cuales ya se ha hablado y comentado con anterioridad, y que son impuestas sin la existencia previa de un procedimiento apegado a derecho.

Sin embargo, a futuro tal y como se pretende crear el procedimiento de Cancelación de Matrícula de Comercio, el cual se registrará en base a criterios registrales, si puede atentar contra el derecho de propiedad, puesto que se pretende establecer un procedimiento en el cual se le notifique al comerciante la cancelación de la Matrícula de Comercio, pero tal notificación, precisamente será hasta que ya se le haya cancelado la Matrícula, es decir, hasta que ya se le ha privado del derecho de defensa y se le ha lesionado la propiedad, puesto que ya no podrá establecer la propiedad de la empresa mercantil, mientras tenga cancelada la matrícula de comercio y no la rehabilite, o mientras sigue el procedimiento administrativo recurriendo de la resolución que cancela la matrícula, pero mientras tanto, el comerciante no podrá participar en licitaciones, ni establecer que es el actual propietario de la empresa ,mercantil.

6.1.1.9. Derecho al Libre Ejercicio del Comercio.³⁹⁹

Uno de los problemas que tiene que resolver cualquier organización social, y cualquier ordenamiento jurídico, es el de la atribución de los bienes económicamente valiosos, cuando por su naturaleza son bienes escasos. Puede haber de este modo un sistema en el que los bienes económicos pertenezcan a la colectividad y sean regidos o gestionados por los representantes de esta o que pertenezcan a grupos u organizaciones sociales. También puede existir un sistema en el cual los bienes económicos se atribuyan a los individuos y a las personas.⁴⁰⁰

³⁹⁹ OSORIO M. y otros, ENCICLOPEDIA JURÍDICA OMEBA, Op Cit, Tomo XVIII, Pág. 530 y 552. En realidad, hablar de libre ejercicio del comercio, o sobre la libertad económica, es un tema de amplia controversia, aún más en estos tiempos; sin embargo, no por ello se debe dejar del lado ignorado y sobre todo dejar hacer lo que el propio Estado desee con el propio derecho a esta libertad. Los que se encuentran contra esta libertad, expresan que sobre la misma base de la libertad económica de los particulares, que es una exigencia de la naturaleza humana en quehaceres de esta índole, el Estado, como promotor del bien de la colectividad, interviene para orientar la economía conforme a su plan general de beneficios comunes. Expresando además, que la libre economía en lo interno y en lo exterior significa fundamentalmente una economía dirigida por los carteles capitalistas, vale decir pues, que encubre la dominación de una plutocracia que, por eso mismo, coloca en gran parte el poder político al servicio de la economía. Sin embargo, la libertad económica no se puede ver desligada de la libertad de industria; la cual es la potestad que permite al hombre su concreta actuación en el goce de sus facultades y aspiraciones en un ambiente propicio dirigidas a aquella actividad.

⁴⁰⁰ **DÍAZ PICAZO, L.**, Op Cit., Pág. 45.

En nuestra legislación, se encuentra consagrado el derecho a la propiedad privada, como uno de los derechos de los ciudadanos, la cual se encuentra limitada por su función social⁴⁰¹. El precepto legal que lo consagra, acoge la garantía expropiatoria de la propiedad, como ese máximo soporte de la función social de la propiedad privada, en el cual el bien público, priva sobre el particular.⁴⁰²

La libertad en todas sus dimensiones, y puntos de vista, permite al ser humano actuar dentro de un marco responsable y de obligaciones que le impone su condición individualizada frente a la sociedad en la que vive.⁴⁰³

Es así, que el derecho al libre ejercicio del comercio,⁴⁰⁴ se encuentra consagrado dentro del Orden Socio – Económico, y bajo el sistema capitalista que nos rige en nuestro sistema de gobierno; en tal sentido, se reconoce la libertad de empresa, en el marco de la economía de mercado. Y los poderes públicos deben de garantizar y proteger el ejercicio y su defensa en la productividad, de acuerdo

⁴⁰¹ La función social es uno de los límites más extensos de la propiedad probada, este principio fundamental también debe ser cumplido por las empresas y especialmente la propiedad, sea esta pública o privada. el bien común es otro de esos principios que ponen límite a la propiedad privada y es que éste debe predominar ante el ejercicio de la libre actividad económica e iniciativa privada. así también, la primacía del interés público y social sometido al interés particular. La obligación que se tiene frente al medio ambiente, al patrimonio cultural y arqueológico de la nación; marcan límites precisos y le determinan el alcance que tiene el principio de la libertad económica. Sin embargo, estas limitaciones son constituidas para un estado social de derecho y no uno en donde se establezca un sistema netamente capitalista. Así se pronuncian LEGUIZAMON ACOSTA, W., Derecho Constitucional Económico, Segunda Edición, Ediciones Jurídicas y GUSTAVO IBÁÑEZ, 2002, Pág. 51.

⁴⁰² DIAZ PICAZO, L., *Op Cit.*, Pág. 45.

⁴⁰³ LEGUIZAMON ACOSTA, W., *Op Cit.*, Pág. 49. Y es que la libertad de establecimiento empresarial, conlleva también libertad de contratación. Se trata de una concreción de la libertad de actuación, con respeto a las libertades de los demás, y a verse libre de impedimentos provenientes de terceros o de los poderes públicos. Es la idea popularmente asociada a la libre iniciativa privada. Libertad de acceso a los mercados, de forma que no existan ámbitos acceso restringido sin causa que lo justifique.

⁴⁰⁴ Que como ya se vio antes, en lo que se refería al Derecho a la Seguridad Jurídica, también se le ha denominado libertad de establecimiento empresarial, y se dijo que el mismo conlleva también a la libertad de contratación. Y es que en realidad se trata de una concreción de la libertad de actuación, con respeto a las libertades de los demás, y a verse libre de impedimentos provenientes de terceros o de los poderes públicos. Es en realidad y sin lugar a dudas, la idea popularmente asociada a la libre iniciativa privada. Libertad de acceso a los mercados, de forma que no existan ámbitos de acceso restringido sin causa que lo justifique.

con las exigencias de la economía general, y en su caso de la planificación. Este concepto reconoce la economía de mercado y la libertad de empresa, como cimientos y dogmas del sistema capitalista. Sin embargo, el principio consagrado debe complementarse con la obligación de los poderes públicos de remover los obstáculos que impidan o dificulten la igualdad.⁴⁰⁵

Uno de los grandes principios del orden económico, que inspira nuestro ordenamiento jurídico, es el que puede llamarse principio de libertad económica. La consecuencia mas inmediata e importante de este principio, son las reglas de libertad de mercado,⁴⁰⁶ de libertad de empresa, libre concurrencia económica y libre contratación. Todo ello quiere decir que la producción, el intercambio y la contratación de los bienes y servicios se realizan por los particulares de manera libre y espontánea. Se produce entonces de acuerdo con la voluntad de los interesados, lo que significa que globalmente se admite una espontánea dinámica de la sociedad. Es así, que en nuestro ordenamiento jurídico, se reconoce la libertad de empresa en el marco de la economía de mercado; siendo la libertad de empresa, aquella que conlleva la libertad de creación de las empresas y libertad en

⁴⁰⁵ **ROBLEDO VILLAR, A.** *Op. Cit.*, Pág. 11.

⁴⁰⁶ Que se considera, que es uno de los derechos en que se desglosa la libertad de empresa. Consiste en la facultad otorgada a los agentes económicos, sean personas naturales o jurídicas, para acceder a cualquier actividad empresarial en los sectores económicos existentes. Como continuación del mismo derecho, se habla de la libertad de ejercicio o de permanencia en el mercado; esencialmente, consiste en la libertad de determinar las circunstancias, la organización interna y externa de la empresa, y la del modo o forma de realización de su actividad económica. Como complemento de todo ello, se habla de libertad de cesación o de salida del mercado, que se proyecta tanto en los casos de crisis empresarial o como en las de normalidad patrimonial. Mientras que la Libertad de Empresa, constituye uno de los derechos económicos fundamentales constitucionalizados. Tiene la doble consideración de derecho público subjetivo y de principio general del ordenamiento económico. Se materializa en el derecho a crear y desarrollar libremente una empresa sin obstáculos que lo impidan o dificulten. No se trata de reconocer el derecho indiscriminado a acometer cualquier empresa, sino sólo el de iniciar y mantener libre la actividad empresarial cuyo ejercicio está regulado por la normativa aplicable. El también llamado derecho a la libre empresa debe compatibilizar el derecho subjetivo y el intervencionismo estatal en el sector económico en el que puede actuar el Estado como empresario. Comprende también la libertad de comercio e industria y la libre elección de profesión u oficio. BOSCH

la dirección y gestión de las mismas, así como en la adopción de las decisiones empresariales.⁴⁰⁷

Y es que la trascendencia de la existencia y respeto de tal derecho, es evidente pues constituye un derecho inherente al hombre por su calidad de tal, y por lo tanto inseparable de su natural condición.⁴⁰⁸

El ejercicio del comercio, en verdad es lo mismo que la realización de actos de comercio para los efectos de la ley.⁴⁰⁹

Y como ya se ha visto antes, la propiedad de la empresa mercantil, posee amplia relación con la libertad de empresa; es así que Gaspar Ariño Ortiz⁴¹⁰, en su obra Principios de Derecho Público Económico, afirma que: “sobre la propiedad y la libertad económica se funda la empresa”⁴¹¹ y para el mismo, el empresario es el

⁴⁰⁷ **DÍAZ PICAZO, L.**, *Op Cit.*, Pág. 45. toda esta gama de libertades, se encuentra fundamentado en el principio de que todos los pactos deben ser cumplidos (Pacta Sun Servanda), puesto que es sobre la base de la buena fe, que expresa la confianza o esperanza de una actuación correcta de otro. Se concreta en la lealtad en los tratos y en la fidelidades la palabra dada. El principio de obrar pues según buena fe, es significa que los derechos subjetivos de naturaleza económica tienen que ser ejercitados de acuerdo con la buena fe y que las obligaciones tienen que ser también de buena fe cumplidas.

⁴⁰⁸ **OSORIO, M.**, *Op Cit*, Tomo XVIII, Pág. 553. Esta apreciación, emerge en razón de la libertad de industria, es en realidad una modalidad de la libertad de trabajo, e importa por tal circunstancia una posibilidad que nace como lógica aspiración, máxime cuando se trata generalmente de actividad en equipo y por lo tanto esencialmente social como es la naturaleza del mismo.

⁴⁰⁹ **OCTAVIO CALVO, M.**, *Derecho Mercantil*, cuadragésimo segunda edición, Editorial Banca y Comercio, México, 1995, Pág. 37. No debemos olvidar, que la actividad del comerciante es por su esencia una actividad de intercambio con propósito de especulación o de lucro, que es lo que verdaderamente constituye el comercio; pero sin que se consideren actos de comercio, la ejecución de actos aislados por los que se realice esa actividad económica de intercambio con propósito de lucro, si no mas bien, se debe hacer alusión al cumplimiento de los supuestos y requisitos establecidos en la ley, para que dicho acto sea reputado de comercio.

⁴¹⁰ **ARIÑO ORTIZ, G.**, *Principios de Derecho Público Económico*, Editorial COMARES, S.L, Granada 2004, Pág. 201.

⁴¹¹ Este auto, además expresa que desde un punto de vista meramente económico, una empresa es una organización en la que se internalizan múltiples transacciones sobre materias primas, recursos humanos, servicios, capitales y tecnología, destinado todo ello a la ejecución de un proyecto para el cual los intercambios a través del mercado serían inadecuados.

hombre capaz de reunir, de poner juntos, todos los medios para obtener un resultado que obtener al mercado.⁴¹²

La realidad del derecho que se trata, el cual se considera el más esencial de todos en el estudio que se realiza, sin restarle por ello importancia a los antes comentados, para su total comprensión no se pueden obviar las palabras del Constitucionalista Segundo V. LINARES QUINTANA⁴¹³, quien manifiesta: “La Libertad Industrial constituye un importante aspecto de la libertad humana. Como todas las demás actividades del individuo necesita un régimen de libertad jurídica – que es decir de libertad limitada – para poder actuar convenientemente y prosperar. Por sobre las muchas páginas escritas a favor del intervencionismo y del dirigismo estatal a cuya crisis asiste hoy el mundo, la experiencia demuestra con su imparcial e insobornable sabiduría, que aquellos no constituyen el clima propicio para el adecuado desarrollo industrial de una Nación.”

6.1.1.10. Forma en que se violenta el derecho.

Desde el punto de vista de la legislación que regula lo correspondiente a la matrícula de comercio.

Ya antes se han mencionado y se han hecho ver los errores en los que incurre la regulación sobre la Matrícula de Comercio, sin embargo esos errores, no solamente afectan en el sentido expuesto; si no que también en la libertad comercial, libertad empresarial o como se diría en términos genéricos en la Libertad Económica.

⁴¹² **ARIÑO ORTIZ, G.**, Op. Cit., Pág. 202. Este autor, elogiando la obra de Ronald Coase, denominada “The nature of the firm” (1931), expresa que detrás de cada empresa hay siempre una persona que pone en juego su patrimonio u obtiene de otras personas un capital a riesgo para llevar a cabo una idea: un proyecto comercial o industrial que requiere mano de obra, materias primas, tecnología, personal directivo y servicios.

⁴¹³ **ENCICLOPEDIA JURÍDICA OMEBA**, Op Cit, Tomo XVIII, Pág. 560.

El hecho de que deba existir un documento, el cual establezca la calidad de comerciante, si bien es cierto es una forma de regulación del derecho, también es cierto que es una regulación muy obsesiva⁴¹⁴; puesto que desnaturaliza la actividad comercial que trata de implementar nuestra misma legislación; ya que el comerciante no requiere ningún título educativo para alcanzar el estatus de tal y tampoco en realidad necesita una autorización para ejercer el comercio, puesto que el comerciante, es en verdad según nuestra legislación el titular de una Empresa Mercantil; sin embargo tal concepción debe entenderse en el trasfondo de la teoría objetiva del acto de comercio en masa y por empresa, que es precisamente en la que se fundamenta nuestra ley. En ese orden de ideas, para realizar actos de comercio en masa y por empresa, en primer lugar no se necesita tener una autorización y por ende se puede ser comerciante sin necesidad alguna de una matrícula de comercio.

El problema de no tener una matrícula de comercio, se afronta ya en la realidad y en la práctica, ya que es en donde le piden que presente la matrícula actualizada para poder participar en licitaciones, para poder mantener abierto el establecimiento comercial y para establecer sucursales; puesto que si no se tiene la matrícula, no es tomada en cuenta la empresa como un competidor en las licitaciones, ni tampoco puede abrir sucursales en legal forma y lo peor del caso, es que le cierran el establecimiento comercial⁴¹⁵. Como es obvio, esto frena la

⁴¹⁴ En los términos jurídicos, se dice que existe en muchos casos, no violación de derechos, si no regulación de derechos; sin embargo, no se puede acusar a tal regulación de derechos, la excesiva rigidez que lleva hasta la arbitrariedad en la regulación de los mismos; y que es precisamente lo que ha alcanzado la actual regulación sobre la Matrícula de Comercio, la cual se ha excedido en la regulación sobre el ejercicio del comercio por parte del comerciante, llegando hasta la violación misma de sus derechos.

⁴¹⁵ Como ya se ha observado anteriormente, en lo que se refiere al cierre del establecimiento comercial, ha sido criterio registral que no se aplique la disposición que ordena tal consecuencia; sin embargo, la misma se comenzará a aplicar a partir del año 2006, por lo que será una consecuencia que se comenzará a vivir; sin dejar ignorado, el hecho que efectivamente existe la posibilidad legal de que ocurra tal consecuencia a los comerciantes que realicen el comercio sin poseer matrícula de comercio vigente.

actividad empresarial y la libertad de que ésta goza, entrando nuevamente al extremo intervencionismo Estatal.

Es decir, que por ello la exigencia de la matrícula de comercio, la cual es un resabio histórico y que por aún es el freno del comercio, ha sido eliminada en muchos países avanzados, ya que bloquea el actuar libre del ser humano y de su naturaleza comercial, la cual se ha reconocido como nata en el hombre y necesaria para el desarrollo de su vida; sin embargo, se sigue cometiendo el mismo error de siempre, poniendo al Estado como ente intervencionista y restrictor de los actos, tratando de regularse todos y hasta el más ínfimo de los casos casuísticos, y vulnerando como es de esperarse, los derechos de otros sin tomarlos en cuenta siempre que se alcance alguna pretensión particular.

Así mismo, se sigue frenando aún mas y complicando la situación del comerciante, con la extremada imposición de multas, ya que reconocen como punto débil del mismo, el capital que éste maneja; sin embargo, se ha pretendido crear un sistema que lejos de hacer que el comerciante cumpla con la obligación que se le ha impuesto, éste prefiera y decida desistir del ejercicio del comercio, o que prefiera ejercerlo clandestinamente; lo que es un claro retroceso en la libertad económica y desarrollo del comercio en la Nación.

Desde el punto de vista de los criterios registrales que versan en torno a la matrícula comercio.

Los criterios Registrales, en alguna medida han pretendido ayudar al Comerciante no cancelándole su matrícula de comercio, pero a cambio de la no cancelación, se han propuesto a imponer multas que igualmente a las reguladas por la ley, ascienden en ocasiones a tal grado que el comerciante no puede cumplirlas, lo que también frena el ejercicio del comercio.

Además de ello, los criterios registrales que se ha comenzado a aplicar, los cuales son en cuento al procedimiento de cancelación de la Matrícula de Comercio,

es obvio que desde que van dirigidos a la cancelación de la matrícula y que la misma conlleva al cierre del establecimiento comercial, si generan violación al libre ejercicio del comercio por parte del comerciante, y como se han visto antes, no se hace necesario redundar ahora en ellos.

CAPÍTULO VII.

7.1. LEGISLACIÓN COMPARADA

7.1.1. Legislación Salvadoreña.

7.1.1.1. Concepto de comerciante en el Código de Comercio Salvadoreño.

Según el Código de Comercio Salvadoreño, son comerciantes las persona naturales titulares de una Empresa Mercantil, a quienes se les denomina comerciantes individuales; siéndolo también las Sociedades, que se les llama comerciantes sociales.⁴¹⁶ Reconociendo dos tipos de comerciantes: el comerciante individual y el comerciante social.

Es evidente que en cuanto al comerciante social no existe ningún inconveniente tal y como se ha venido viendo, puesto que al considerársele como comerciante por la misma naturaleza que le otorga al Artículo 2 del Código de Comercio, no requiere de un documento que le otorgue tal calidad, si no que solamente requiere la inscripción del Testimonio de la Escritura Pública de Constitución de la Sociedad para que ostente la calidad de comerciante, inscripción que es indispensable, en virtud que la misma es uno de los requisitos para que la sociedad entre a la vida jurídica⁴¹⁷; sin embargo, no se puede decir lo mismo en lo que respecta al comerciante individual, quien requiere de un requisito más para

⁴¹⁶ Precisamente así los acoge el Artículo 2 del Código de Comercio,

⁴¹⁷ Se dice que las sociedades se deben constituir con ciertas formalidades y que además deben ser inscritas en el Registro de Sociedades, para que la misma entre a la vida jurídica, y así es como lo regula el Artículo 21 del Código de Comercio, el cual establece que las sociedades de constituyen, se modifican, disuelven y liquidan por escritura pública; y es el artículo 25 del mismo cuerpo legal, el que establece que la personalidad jurídica de las mismas se perfecciona y se extingue por la inscripción en el Registro de Comercio de los documentos respectivos.

poder ejercer el comercio y probar su calidad de comerciante, como es la Matrícula de Comercio.

7.1.1.1.1. El comerciante individual

El concepto jurídico en el cual se enmarca la definición del Código de Comercio, atiende a la teoría que se ha considerado de las más modernas, y que considera al comerciante como el titular de una Empresa Mercantil, entendiendo que es a través de ésta que ejercerá la actividad mercantil.

Sin embargo, el Código de Comercio en lo que respecta al Comerciante individual, les da las mismas obligaciones que para cualquier otro comerciante; con excepción de aquellos comerciantes cuyo activo no excede los cien mil colones, a quienes les reduce algunas de las obligaciones cargadas⁴¹⁸.

Es así, que se podría decir que el Código de Comercio exige según su definición, solamente un requisito para poder ejercer el comercio, cual es el ser titular de una empresa mercantil; sin embargo, en la legislación tal afirmación es falsa y engañosa, ya que el comerciante en realidad requeriría cuanto menos: ser titular de una empresa mercantil, tener capacidad legal para ejercer el comercio y obtener su respectiva Matrícula de Comercio, a través de la inscripción en el Registro de Comercio. Se examinarán cada uno de ellos a continuación, de una forma breve, puesto que ya se han visto antes en el desarrollo de la presente obra:

⁴¹⁸ La excepción en las obligaciones establecidas por la ley, para los comerciantes cuyo activo no excede los cien mil colones, encuentra su asidero en el Artículo 15 del Código de Comercio, el cual establece que no están sujetos al cumplimiento de las obligaciones profesionales contenidas en el libro segundo del Código de Comercio, los comerciantes e industriales en pequeño, cuyo activo no excede de cien mil colones. Cumplirán únicamente con las contenidas en los números I y IV del Artículo 411 del mismo código.

a) Capacidad legal

La capacidad legal para ejercer el comercio, se encuentra establecida en el Artículo 7 del Código de Comercio; en el cual se establecen cuatro numerales, los cuales expresan: que son capaces para ejercer 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. Recalcando el mismo artículo que las mismas autorizaciones son irrevocables y deben ser inscritas en el Registro de Comercio.⁴¹⁹

Es evidente que el Código de Comercio Salvadoreño, ha quedado retrasado en cuanto al establecimiento de la mayoría de edad, puesto que actualmente la mayoría de edad no es la de veintiún años, si no la de dieciocho años de edad; por ende habrá que interpretarse en los romanos II, III y VI, que la mayoría de edad es la de dieciocho años, y que las habilitaciones proceden para los mayores de catorce años y menores de dieciocho. Es evidente entonces que son incapaces para el ejercicio del comercio los menores de dieciocho años que no se encuentran habilitados y los incapaces declarados como tales judicialmente, en lo que respecta a éstos, es en razón que los mismos aun siendo mayores de edad, no tienen la libre disposición y administración de sus bienes.

Además de haberse establecido quiénes son capaces para ejercer el comercio, entendiéndose por contrario sensu los que no cumplan con tales capacidad, serán incapaces para el ejercicio del mismo; se han establecido

⁴¹⁹ En lo que respecta a la mayoría de edad, hay que relacionar el Código de Comercio, con el Artículo 345 del Código de Familia, el cual establece que son menores de edad toda persona natural que no hubiere cumplido dieciocho años. Por lo que se debe de entender que en los supuestos que el Código de Comercio se refiera a una edad diferente a ésta, debe sustituirse el concepto y las cualidades del menor por las que se estipulan en el Código de Familia.

inhabilidades para el ejercicio del comercio, así como para desempeñar cualquier cargo en Sociedades Mercantiles, las cuales se deben entender totalmente diferentes a las incapacidades; inhabilidades que se regula en el artículo 11 del Código de Comercio, en el cual se establece que son inhábiles para ejercer el comercio y también para desempeñar cualquier cargo en sostiene 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.

Entonces pues, debe entenderse que el Código de Comercio pretende que el comerciante posea la capacidad plena para obrar, la disposición absoluta de los bienes por parte del que desea ejercer el comercio; así como también que el mismo se encuentre solvente en sus obligaciones mercantiles con respecto a terceros, y es por ello que al declarado en quiebra no se le autoriza el ejercicio del comercio. Sin embargo, hay que decirlo ahora que según la redacción de nuestro Código de Comercio, son comerciantes los menores de dieciocho años y mayores de catorce que se encuentren legalmente habilitados para el ejercicio de comercio y que son titulares de una empresa mercantil; ello trae como consecuencia una contraposición con el espíritu del mismo Código de Comercio, en cuanto a que todos los comerciantes deben tener la libre disposición de sus bienes, puesto que aunque el menor de edad se encuentra habilitado para ejercer el comercio, de ninguna manera se encontrará habilitado para disponer de sus bienes, con excepción de aquellos que haya logrado en el ejercicio de su actividad lucrativa.⁴²⁰

En cuanto al comerciante extranjero, y a las sociedades constituidas con arreglo a leyes extranjeras, ya el Código de Comercio establece que podrán ejercer

⁴²⁰ Precisamente en lo que se refiere a la administración de los bienes, existe una regulación muy especial para el menor de edad, en el Código de Familia, a partir del Artículo 226; siendo en el Artículo 228 de dicho cuerpo legal, en el que se establece que el hijo administrará los bienes adquiridos con su trabajo o industria, si ya hubiere cumplido catorce años de edad, que es a lo que se le ha dado en llamar, peculio personal del menor.

el comercio con sujeción a las disposiciones legales del mismo Código y demás leyes aplicables.⁴²¹

b) Titularidad de una Empresa Mercantil.

Al respecto se refiere a que el comerciante debe ser titular de una Empresa Mercantil, tal y como se ha venido viendo en el transcurso del desarrollo del presente trabajo; sin embargo también se han descubierto los problemas que tal cualidad ofrece; y para no redundar en lo mismo habrá que remitirse al Capítulo III, en el cual se trató el punto de la propiedad y el de la titularidad de la Empresa Mercantil; siendo pertinente únicamente mencionar para los efectos del presente capítulo, que existe diferencia entre ambos términos y que la persona natural para poder dedicarse al comercio, necesita poseer una matrícula de comercio, con la cual establece la propiedad de la empresa mercantil y la calidad de comerciante que posee; lo cual como ya se dijo, genera inconvenientes que se mencionaron en el capítulo al que nos remitimos (Artículo 418 del Código de Comercio.).

c) La matriculación como autorización del ejercicio del comercio.

Este requisito, aun cuando no se encuentre establecido en la definición que da del comerciante el Código de Comercio Salvadoreño, sí durante su desarrollo lo contempla; y es que es una obligación del comerciante, matricular su empresa mercantil y sus respectivos establecimiento, y aquel comerciante que no posea matrícula de comercio o que no haya renovado la misma en el término establecido por la ley, acarrea con la consecuencia de multas o recargos y el pago de los

⁴²¹ Precisamente la seguridad jurídica e igualdad para con los comerciantes extranjeros, se establece sometiéndolos a las mismas normas que a los comerciantes nacional, tal y como lo ha establecido el Artículo 2 inciso último del Código de Comercio; y que como es de esperarse, requiere de la reciprocidad con el país del cual procede el comerciante que quiere instalar un establecimiento comercial en El Salvador.

derechos registrales, así como con el cierre del establecimiento comercial, tal y como se ha venido viendo en el transcurso del trabajo.⁴²²

Y es que en verdad, a pesar que el comerciante es el titular de la empresa mercantil y realiza actos de comercio en masa y por empresa, lo cierto es que en nuestra legislación, aunque pretenda tal definición, el cuerpo y desarrollo del mismo Código deja en clara evidencia, que más bien el comerciante es aquel que se encuentra registrado en el respectivo registro de comercio como tal y a consecuencia de ello, ha obtenido su matrícula de comercio, puesto que de lo contrario, en todo caso no podrá hacer efectiva la disposición del ejercicio del comercio en masa y por empresa, puesto que al no poseer la matrícula se le veda el derecho al ejercicio del comercio y a poder establecer su calidad de comerciante por otros medios diferentes al de la inscripción.⁴²³

Problema que se ha tratado en los Capítulos II, III, V y VI del presente trabajo, a los cuales debe remitirse para poder comprender de mejor forma las aseveraciones planteadas, así como para evitar la repetición de los puntos evacuados con antelación.

7.1.1.1.2. El comerciante social

En lo que se refiere al comerciante social, no representa mayor dificultad, sin embargo, no se puede obviar que alguna mínima si la posee; es así que la cualidad de comerciante, para las Sociedades Mercantiles ya viene establecida claramente por el Artículo 2 del Código de Comercio, sin necesidad de la existencia

⁴²² Para mayor información a acotamiento del punto, es menester remitirse a los capítulos III y V del presente trabajo, en los cuales se trataron puntos como la propiedad de la empresa mercantil y el de los criterios registrales que versan en torno a la matrícula de comercio.

⁴²³ Precisamente se dice que se veda el Derecho a ejercer el comercio, por las razones planteadas en el Capítulo anterior, que se refiere a los derechos de los comerciantes; y en esencia, por lo dispuesto en el Artículo 419 del Código de Comercio, en el cual se establece que ninguna empresa mercantil ni sus establecimientos podrán funcionar sin tener su respectiva matrícula.

de un actuar o de un documento que le otorgue la misma, si no que la posee por su propia naturaleza. Debiendo entenderse, que el comerciante es la Sociedad y no sus socios, ya que la persona titular de la Empresa Mercantil y a nombre de quien se realizan los actos mercantil, es la persona jurídica; es decir, la sociedad y no a nombre y representación de los socios que la integran; es así, que el Código de Comercio establece que son comerciantes sociales todas las sociedades independientemente de los fines que persiguen (Artículo 17 del Código de Comercio); sin dejar del lado, el hecho simple y nato, que los actos de administración y creación de a sociedad, ya que de por sí constituyen actos mercantiles, siendo éste uno de los elementos que se tomaron en cuenta para otorgarle la calidad de comerciante por el hecho de constituirse, sin necesidad en un principio que posea una empresa mercantil y sin necesidad de obtener una matricula de comercio que le acredite tal cualidad.

Así mismo, las sociedades mercantiles que regula nuestra legislación, son: las sociedades de personas; las cuales pueden constituirse como sociedades en nombre colectivo o sociedades colectivas; sociedades en comandita simple o comanditarias simples y sociedades de responsabilidad limitada. Y las sociedades de capital, que se pueden constituir como: sociedades anónimas y como sociedades en comandita por acciones o sociedades comanditarias por acciones. Pudiendo ser ambas clases de sociedades, tanto las de personas como las de capital, constituirse como sociedades de capital variable (Artículo 18 del Código de Comercio.).

Sin embargo, también las sociedades deben cumplir ciertos requisitos, como el ser constituidas en Escritura Pública, debiendo de reunir tal escritura de constitución ciertos requisitos que no pueden faltar y que se encuentran regulados en el Artículo 22 del Código de Comercio, sin dejar del lado los demás requisitos excepcionales que según la naturaleza de la sociedad y finalidad de la misma se

establezcan o se deban de establecer. Escritura que además para que le dé vida a la sociedad mercantil que regula debe inscribirse en el Registro de Comercio, precisamente en el departamento de Registro de Sociedades Mercantiles. Así también de la misma forma en que se constituyen se extinguen las sociedades; es decir, que en el caso concreto, se respeta aquello que lo que se crea de una forma en derecho, se extingue de la misma forma; puesto que es por la inscripción de la escritura respectiva, previo al trámite de liquidación, que se extingue la existencia de una determinada sociedad.

Ahora bien, al igual que las personas naturales, las sociedades mercantiles se encuentran en la obligación de obtener su matrícula de comercio⁴²⁴ y de renovarla dentro del término legal, tal y como se ha planteado con anterioridad; sin embargo, en el caso de las sociedades, por poseer las mismas por su naturaleza la calidad de comerciantes, la matrícula de comercio pierde su naturaleza como único documento para establecer la calidad de comerciante, puesto que las sociedades se encontrarían habilitadas para probar tal extremo con la respectiva Escritura Publica de Constitución de la Sociedad, debidamente inscrita en el Registro de Comercio, y la matricula de comercio entonces le serviría única y exclusivamente para probar la propiedad de la empresa mercantil; sin embargo, ya se han planteado también los problemas tanto doctrinarios como prácticos que ello representa, para lo cual se debe remitir a los capítulos II, III, VI, en donde se trataron tales puntos, para su mayor comprensión.

⁴²⁴ Precisamente el Artículo 415 del Código de Comercio, es el que regula de forma clara la matriculación, tanto para el comerciante individual como para el cual, el cual expresa: El comerciante individual deberá matricular su empresa mercantil mediante solicitud que presentará al Registro de Comercio, con la información y demás requisitos que señale el respectivo reglamento. La empresa mercantil de todo comerciante social se matriculará, al quedar inscrita su escritura de constitución en el Registro de Comercio, para lo cual deberá presentar a dicho Registro la solicitud correspondiente de conformidad a lo señalado en el inciso anterior

7.1.2. Legislación Española.

7.1.2.1. Concepto de comerciante en el Código de Comercio español

Según el Código de Comercio Español, son comerciantes los que, teniendo capacidad para ejercer el comercio, se dedican a él habitualmente⁴²⁵, siéndolo también las compañías mercantiles o industriales que se constituyan con arreglo al mismo Código⁴²⁶. El Código de Comercio Español, tal y como se observa, reconoce

⁴²⁵ En este caso, el Código de Comercio Español, se refiere al denominado Comerciante Individual, ya que es éste el que debe de alcanzar ciertas características y cualidades para tener una capacidad legal para poder ejercer el comercio y requiere de la habitualidad para que se considere como comerciante; así es que más adelante, se analizará de forma un poco más detallada, cuales son los requisitos que la legislación Española requiere para considerar a un sujeto particular, como un comerciante Individual.

⁴²⁶ Todo ello, de conformidad a lo estipulado por el Artículo 1 del Código de Comercio Español, al respecto la Jurisprudencia del Tribunal Supremo, ha ido definiendo de conformidad a los casos concretos que se presentan, quienes se considerarían como comerciantes y dentro de la regulación del artículo comentado; expresando que es Comerciante el contratista de obras, aunque no compre ni venda: S. 24-1-1868. El comisionista de cobros: S. 7-7-1871, que es aquel a quien se le da una comisión para que cobre créditos. La S. 3-5-1881 permitió al Tribunal Supremo declarar que es comerciante el sastre, aunque no ponga la tela. Son comerciantes los vendedores de quincalla en paradas y en las ferias: S. 5-5-1883. Los almacenistas de víveres: S. 18-11-1884. También son comerciantes, según STS 18-6-1896, los que firman frecuentes letras de cambio. Por su parte, la S. 3-6-1954 señala que no ha quedado demostrado que se dedique a realizar operaciones mercantiles quien avaló ocasionalmente unas letras. Y la S. 17-12-1987 no otorga la cualidad de comerciante a quien percibió importantes préstamos, que empleó en pago de deudas de sociedades, avalando igualmente 75 letras de cambio a los mismos. Y es que, evidentemente, no puede tener la misma significación el hecho de «firmar letras» en 1896 que en 1954 y en 1987. De aquí, el efecto dinamizador de la doctrina jurisprudencial al aplicar la Ley interpretándola a la luz de la realidad social de cada momento. La Sentencia del Tribunal Supremo 3-12-1955 distingue el artesano del comerciante y el que los actos realizados en el tráfico peculiares del artesano, aunque objetivamente puedan estimarse como actos de comercio, no imprimen al que los realiza la condición subjetiva de comerciante por la expresa excepción de que de este singular caso hace el n.º 2 del artículo 326 del Código de Comercio Español. Las actividades extractivas en principio no constituyen ejercicio del comercio, salvo cuando se mecanizan convirtiéndose en industriales (pesca de bajura frente a pesca de altura en buques congeladores, tala normal de árboles frente a industria de serrería, Sentencia del Tribunal Supremo 15-5-1971). El sastre, aunque desarrolle la venta de sus propias manufacturas en su taller, no es comerciante, Sentencia del Tribunal Supremo 3-12-1955. Es comerciante la señora que tiene una peluquería y vende perfumes (Sentencia. 18-1-1904). Los que, independientemente de otras actividades industriales, se dedican a la compraventa al por mayor de vinos para revenderlos, haciendo del comercio su modo de vivir: Sentencia del Tribunal Supremo 1-12-1950. Según la Sentencia de 25-10-1910, los que piden y obtienen su declaración de quiebra, ya que nadie puede ir contra sus propios actos. Por su parte, la Sentencia del Tribunal Supremo 17-12-1987 razona que, manifestar ser del comercio en varios documentos públicos puede referirse al aspecto económico, no jurídico, siendo las

dos tipos de comerciantes, siendo: el comerciante individual y el comerciante social.⁴²⁷

Sin embargo, al igual que en la Legislación Salvadoreña no existe inconvenientes respecto de las Sociedades, tampoco ofrece dificultad el concepto de comerciante en el supuesto de las compañías mercantiles regulada en el Código de Comercio Español, ello por la cualificación expresa que otorga el numeral 2 del Artículo 1 del Código Comercio; sin embargo, no ocurre lo mismo con respecto al comerciante individual.

7.1.2.1.1. El comerciante individual

El concepto jurídico en el cual se enmarca la definición del Código de Comercio Español, atiende directamente en los efectos de esta índole derivados de la actividad mercantil, para calificar de comerciante solamente a quien personalmente adquiere los derechos y obligaciones que se producen en la actividad mercantil.

El concepto legal español de comerciantes es único e indivisible; sin embargo, tiene el inconveniente de someter a las mismas rigurosas obligaciones legales a todos los que ejercen el comercio, desde los grandes bancos hasta el vendedor ambulante.

cosas lo que son y no lo que pretenda la parte, por lo que la doctrina de los actos propios sólo puede aplicarse a la creación, modificación o extinción de algún derecho, causando estado y definiendo inalterablemente la situación jurídica de quien los realiza, de forma tal que no puede aplicarse a un status real, independientemente de una mera manifestación o declaración de voluntad. Siendo éstos algunos de los ejemplos que se tienen sobre quienes se consideran comerciantes en la interpretación del Tribunal Supremo de España, ya que se considera que en definitiva, son los jueces y tribunales dentro de sus funciones a los que corresponderá el determinar en cada momento si se detenta o no aquella condición.

⁴²⁷ Este concepto utilizado por el Código de Comercio Español, responde a una orientación doctrinal que hoy se considera trasnochada y sustituida por la nueva de que, comerciante es la persona jurídica, individual o colectiva, titular de una empresa mercantil; y que básicamente es la el Código de Comercio Salvadoreño ha tratado de acoger y desarrollar, aún y cuando no sea quizá la más feliz de las decisiones o la más acoplada a la realidad jurídica y social del país.

Para el Código de Comercio Español, dos son los requisitos para obtener la cualidad de comerciante: capacidad legal para ejercer el comercio y habitualidad.

Pero los requisitos exigidos por el referido Código de Comercio, resultan insuficientes e imprecisos al haber omitido la necesaria referencia al ejercicio del comercio en nombre propio, como última nota diferenciadora.

Siguiendo la doctrina más generalizada, el concepto de comerciante debe comprender tres requisitos, de los cuales los dos primeros se encuentran directamente establecidos en el Código: capacidad legal para el ejercicio del comercio y habitualidad, al que hay que añadir el ejercicio del comerciante en nombre propio. Vamos a examinarlos a continuación.

a) Capacidad legal

El concepto de capacidad se encuentra establecido en el artículo cuatro del propio Código de Comercio, donde se establece que «tendrán capacidad legal para el ejercicio habitual del comercio las personas mayores de edad y que tengan la libre disposición de sus bienes».

Habiéndose establecido la mayoría de edad por la Constitución Española, siendo ésta la de los dieciocho años (art. 12 C.E. y 315 C.C.), es evidente pues que son incapaces para el ejercicio del comercio los menores de dieciocho años y los constituidos en estado civil de incapacidad (arts. 200 y siguientes C.C.), estos últimos porque, aun siendo mayores de edad, no tienen la libre disposición de sus bienes. En similar situación se encuentran los declarados pródigos, sometidos a curatela (arts. 294 y siguientes C.C.).

Tampoco tienen capacidad legal para ejercer el comercio los quebrados, ya que uno de los efectos personales que trae la declaración de quiebra es la inhabilitación para ejercer el comercio y desempeñar cargos públicos, mientras no

sean rehabilitados. Del artículo 878 del Código de Comercio⁴²⁸ se desprende que esta inhabilidad de que habla debe entenderse referida a auténtica incapacidad para el ejercicio del comercio, de ahí que tenga que inscribirse en el Registro Civil, conforme establece la Ley Reguladora del mismo.

El Código de Comercio Español, entonces exige la mayoría de edad y libre disposición de los bienes, es decir, la capacidad de obrar plena para su comerciante. Así lo entiende además la mayoría de la doctrina mercantil (Uria, Sánchez Calero, Girón Tena, Vicent Chulia). No obstante, el artículo 5 del Código de Comercio habilita a los menores y a los incapacitados para continuar el comercio que hubieran ejercido sus padres y causantes, a través de sus guardadores,⁴²⁹ pero tal rehabilitación, excepcional, no hay que confundirla con la cualificación de comerciante, porque aquéllos no detentan la libre disposición de sus bienes. No obstante la generalidad y la doctrina, el profesor Garrigues, al que siguen cierto modo en su exposición teórica Broseta, señala que hay que diferenciar entre capacidad para ser comerciante (para la que basta la capacidad jurídica general) y capacidad para actuar como comerciante, para la que se precisa la mayoría de edad y no haber sido incapacitado, o lo que es lo mismo, tener la disposición de bienes.

Y una expresión actual de la corriente doctrinal generalizada antes señalada, la encontramos en el Reglamento del Registro Mercantil (R.D. 1.597/1989, de 29 de diciembre), en donde desaparecen los artículos 70-5 y 74-3

⁴²⁸ El Artículo 878 del Código de Comercio Español, literalmente dice: Declarada la quiebra, el quebrado quedará inhabilitado para la administración de sus bienes. Todos sus actos de dominio y administración posteriores a la época a que se retrotraigan los efectos de la quiebra serán nulos.

⁴²⁹ El artículo 5 que se comenta del Código de Comercio, para poder analizarlo de mejor forma, el mismo expresa: Los menores de dieciocho años y los incapacitados podrán continuar, por medio de sus guardadores, el comercio que hubieran ejercido sus padres o sus causantes. Si los guardadores carecieren de capacidad legal para comerciar, o tuvieren alguna incompatibilidad, estarán obligados a nombrar uno o más factores que reúnan las condiciones legales, quienes les suplirán en el ejercicio del comercio.

del antiguo reglamento de 1956, que declaraba la inscripción como comerciantes de los menores e incapacitados, mientras que el nuevo reglamento parece más bien limitarse a dar cumplimiento de la excepcional situación prevista en el artículo 5 del Código de Comercio.

En cuanto a la capacidad jurídica de la mujer casada, que durante tanto tiempo estuvo restringida en nuestro ordenamiento jurídico, desde las reformas de los Códigos Civil y de Comercio por leyes de 1975 a 1981, no ofrece problema alguno.⁴³⁰

Por su parte, el concepto de capacidad del comerciante extranjero vendrá dado por su Ley nacional, conforme señala el artículo 15 del Código de Comercio⁴³¹, que al establecer la posibilidad del ejercicio del comercio por aquéllos, viene a recoger el principio de equiparación del extranjero al nacional que proclama el artículo 27 del Código Civil, si bien para ejercer el comercio en España deberán cumplir con los requisitos y condiciones administrativas que al efecto se requieran (permiso de residencia, regulación sobre inversiones extranjeras, etc.).

b) Habitualidad en el ejercicio del comercio

Como se veía anteriormente, el segundo requisito que exige el Código de Comercio Español como determinante de la cualidad de comerciante, es la

⁴³⁰ Basta citar como nudo gordiano de toda la reforma, lo dispuesto en el artículo 66 del Código Civil Español, en el que se establece que el marido y la mujer son iguales en derechos y obligaciones. En cuanto al régimen de responsabilidad patrimonial por el ejercicio del comercio de cualquiera de los cónyuges, tema que excede de la brevedad de este estudio, sólo habrá que remitirse, dada su concisión y sistemática, al manual de Derecho Mercantil del profesor **BROSETA**.

⁴³¹ El Artículo 15 del Código de Comercio Español, expresa que: Los extranjeros y las compañías constituidas en el extranjero podrán ejercer el comercio en España con sujeción a las Leyes de su país, en lo que se refiera a su capacidad para contratar, y a las disposiciones de este Código, en todo cuanto concierna a la creación de sus establecimientos dentro del territorio español, a sus operaciones mercantiles y a la jurisdicción de los Tribunales de la nación. Lo prescrito en este artículo se entenderá sin perjuicio de lo que en casos particulares pueda establecerse por los Tratados y Convenios con las demás potencias.

habitualidad. El calificativo legal no se funda en la repetición de actos jurídicamente válidos, sino en el sentido económico y significación social de esa reiteración. Se es comerciante cuando ante los ciudadanos, y más concretamente en el tráfico mercantil, se muestra uno como tal, siempre, claro es, que se tenga capacidad. La forma legal, poco afortunada, es el resultado de una copia incompleta del sistema francés.

Fundado el concepto del artículo 1 del Código de Comercio Español⁴³² en la dedicación habitual al comercio, lo que supone una repetición de actos, parece evidente que la cualificación de comerciante no puede obtenerse «ab initio». Pero cabe preguntarse, ¿cuántos actos de comercio son necesarios? El artículo 3 del propio Código sale al paso al decir que existirá la presunción legal del ejercicio habitual del comercio desde que la persona que se proponga ejercerlo anunciase por circulares, periódicos, carteles, etc., un establecimiento que tenga por objeto alguna operación mercantil. Esta presunción legal que supone el anunciarse, el presentarse ante el público como tal comerciante, admite prueba en contrario. Así, el no realizar después ningún acto de comercio.⁴³³

Tampoco ha de exigirse que la actividad permanente o continuada recaiga siempre en una misma clase de actos de comercio, sino que pueden ser de diversa índole. Ni la actividad comercial ha de ser la única ni principal del sujeto. Para ser

⁴³² El Artículo 1 del Código de Comercio Español, dice literalmente: Son comerciantes, para los efectos de este Código: 1. Los que, teniendo capacidad legal para ejercer el comercio, se dedican a el habitualmente. 2. Las Compañías mercantiles o industriales que se constituyeren con arreglo a este Código.

⁴³³ La intención en el ejercicio del comercio no basta, porque se puede cambiar y sólo el hecho constituye un acto positivo e irrevocable, como afirma Sagrera Tizón. El Tribunal Supremo Español, lo confirma al declarar que se debe tener en cuenta el número de operaciones hechas y la finalidad que revelan (STS 10-5-1900); la práctica ordinaria y frecuente de actos mercantiles (STS de 12 de abril y 8 de julio de 1907).

comerciante basta con ejercer el comercio, aunque sea conjuntamente con otra actividad o profesión no comercial.⁴³⁴

Como ya se decía anteriormente, no cabe determinar apriorísticamente la cantidad y calidad de los actos necesarios para que la habitualidad exista. Es una cuestión de hecho, que apreciarán los Tribunales en cada caso.⁴³⁵

c) El ejercicio del comercio en nombre propio.

Esta es la nota diferenciadora del concepto jurídico de comerciante, del económico. La fórmula del artículo 1 del Código de Comercio Español, como se veía, sólo da el concepto económico. Porque también se dedican al comercio, teniendo capacidad, los factores mercantiles, los dependientes, los gestores de las sociedades, etc., y ninguno de ellos es comerciante. Lo esencial es tener el propio y originario derecho a la dirección de la empresa y actuar en nombre propio. Comerciante es el «dueño» del negocio en sentido jurídico, como decía Garrigues.

Por ello, la doctrina, al integrar la incompleta definición del artículo 1 del Código de Comercio Español, considera requisito necesario para merecer la cualificación de comerciante el ejercicio del comercio en nombre propio. Lo que se quiere significar es que para ser comerciante en sentido legal, es necesario dedicarse por cuenta propia a una actividad mercantil, que constituya en sí un negocio. La persona que explota el negocio y asume los riesgos inherentes al mismo es quien merece la condición de comerciante. Normalmente, quien explota un negocio por su cuenta, contrata también a nombre propio, y sus colaboradores, cuando realizan actos jurídicos por los que se canaliza la actividad mercantil, los otorgan en nombre de su principal. Sin embargo, hay negocios que constituyen una

⁴³⁴ Precisamente en ese sentido es que se ha pronunciado el Tribunal Supremo Español, en la citada Sentencia 18-1-1904 y la de 1-1-1950.

⁴³⁵ Tal es el caso que confirma la Sentencia del Tribunal Supremo 18-1-1904 y 8-7-1907, entre otras.

actividad mercantil y consisten en actuar por cuenta y en nombre de otro, como en el caso del agente mediador o del comisionista, pero, aun éstos, al explotar por su cuenta el negocio en que consiste tanto la mediación como la comisión, son comerciantes.

La exigencia del requisito del ejercicio del comercio en nombre propio, que elaboró la doctrina, ha sido recogida por la jurisprudencia como integrante de la cualidad de comerciante.⁴³⁶

Así, el derecho español, al establecer la condición de comerciante individual, atiende a un criterio esencialmente realista, sin tener en cuenta elementos formales como la necesidad de inscripción en una matrícula o registro.⁴³⁷

Coherente con lo expuesto, el artículo 19 del Código de Comercio Español (reformado por Ley 19/1989, de 25 de julio) establece el carácter potestativo de la inscripción del comerciante individual en el Registro Mercantil, a excepción del naviero, y el artículo 81 del Reglamento del Registro Mercantil de diciembre de 1989 no señala al comerciante individual como sujeto de obligada inscripción en el Registro, con la misma excepción del naviero.

Solamente se procederá a la inscripción del empresario individual no inscrito en los supuestos de haber sido admitida a trámite su solicitud de suspensión de pagos, se hubieran declarado las medidas cautelares previstas en el artículo 877 del Código de Comercio Español⁴³⁸ o dictado auto declaratorio de la quiebra. En

⁴³⁶ Así, entre otras muchas, la reciente Sentencia del Tribunal Supremo de 17 de diciembre de 1987 establece que la condición de comerciante o empresario requiere «no sólo el dato real de la actividad profesional, con habitualidad, constancia, reiteración de actos, exteriorización y ánimo de lucro, sino también un dato de significación jurídica que, no existiendo en el artículo 1 del Código de Comercio Español, consiste en el ejercicio del comercio en nombre y en la atracción hacia el titular de la empresa de las consecuencias jurídicas de la actividad empresarial»

⁴³⁷ Es precisamente la Sentencia citada antes de 17-12-1987, asimismo, declara que la adquisición del estatus de comerciante no depende de ningún requisito formal.

⁴³⁸ El actual Código de Comercio Español, reza en su artículo 877 En el caso de fuga u ocultación de un comerciante, acompañada del cerramiento de sus escritorios, almacenes o dependencias, sin haber dejado persona que en su representación los dirija y cumpla sus

estos tres casos la inscripción se producirá en virtud de mandamiento judicial (art. 286 R.R.M.), dado el carácter de publicidad y efectos a terceros que tienen las inscripciones registrales.

7.1.2.1.2. El Comerciante Social

La cualidad de comerciante, de las sociedades mercantiles, viene establecida claramente por lo dispuesto en el número 2º del artículo 1 del Código de Comercio Español. El comerciante es aquí la persona jurídica en sí, y no los administradores y dirigentes de la misma, quienes por el desarrollo de sus actividades no adquieren tal condición con los efectos jurídicos que de la misma se derivan, pudiendo sólo ser tenidos por tales comerciantes en una acepción simplemente económica o profesional del concepto sin relevancia jurídica.

Y el artículo 122 del Código de Comercio Español⁴³⁹ (en la redacción que le da el artículo 4.º de la Ley 19/1989, de 25 de julio), establece que, por regla general, las sociedades mercantiles se constituirán adoptando alguna de las formas siguientes: regular colectiva, comanditaria simple o por acciones, anónima, de responsabilidad limitada, incluyendo así a esta última que no estaba presente en su anterior redacción. Cualquier sociedad que revista estos tipos es, pues, comerciante. Pero, de la expresión «por regla general», que contiene el citado precepto, se puede deducir la existencia de sociedades mercantiles atípicas, constituidas de otra forma distinta.

obligaciones, bastará para la declaración de quiebra a instancia de acreedor, que éste justifique su título y pruebe aquellos hechos por información que ofrezca al Juez o Tribunal. Los Jueces procederán de oficio, además, en caso de fuga notoria o de que tuvieren noticia exacta, a la ocupación de los establecimientos del fugado, y prescribirán las medidas que exija su conservación, entre tanto que los acreedores usan de su derecho sobre la declaración de quiebra.

⁴³⁹ El Artículo 122 del Código de Comercio Español, expresa. Por regla general las sociedades mercantiles se constituirán adoptando alguna de las formas siguientes: 1. La regular colectiva. 2. La comanditaria, simple o por acciones. 3. La anónima. 4. La de responsabilidad limitada.

Los artículos 117-2 y 123 del Código de Comercio Español, tras enumerar una serie de actividades que pueden desarrollar las sociedades mercantiles, terminan refiriéndose a las demás asociaciones que tengan por objeto cualquier empresa industrial y de comercio. De aquí otra nueva conclusión que podemos extraer. La existencia de personas jurídicas no constituidas bajo las formas citadas de sociedades mercantiles, pero cuyo objeto fuese el desarrollado de una actividad mercantil.

De otro lado, el artículo 1670 del Código Civil viene a complicar la cuestión, al establecer que las sociedades civiles, por el objeto a que se consagren pueden revestir todas las formas reconocidas por el Código de Comercio. Es por esto que una parte de la doctrina ha sostenido que la sociedad civil por su actividad no deja de serlo por el hecho de adoptar uno de los tipos sociales mercantiles y, por tanto, aquellas sociedades no están sometidas a la quiebra (Garrigues, Uria, Broseta).

De lo dispuesto por el artículo 1-2 del Código de Comercio, y especialmente por los artículos 3 y 3-2 de las Leyes de anónimas y de sociedades de responsabilidad limitada, respectivamente, entendemos que no es posible sostener hoy en día tal interpretación doctrinal, pues estos preceptos expresamente manifiestan su carácter mercantil, cualquiera que sea su objeto y, por tanto, su condición de comerciante conforme al artículo 1-2 del Código de Comercio.

Lo que sí, puede ocurrir es que sociedades civiles, irregulares por su forma, sean comerciantes atendiendo a la actividad a la que se dediquen. Mas la sociedad irregular, entendemos siguiendo a Vicent Chulia, no puede beneficiarse de la suspensión de pagos ni ser declarada en quiebra, por carecer de personalidad jurídica y de patrimonio separado del personal de sus socios, y a éstos sólo se les podrá declarar la quiebra en el supuesto de haber actuado como comerciantes en nombre propio.

En cualquier caso, estas situaciones hoy sólo se darán en casos muy aislados, puramente anecdóticos, ya que el desarrollo de la actividad económica en los últimos años, como eminentemente capitalista, ha determinado el que la misma tenga lugar dentro del marco de las sociedades típicas mercantiles, principalmente a través de la sociedad anónima. Como señala Uría, entre otros tratadistas del derecho mercantil, las fuerzas aisladas de los empresarios individuales van resultando impotentes para montar y mover el conjunto de medios heterogéneos que requiere la exploración de una empresa y asumir los cada vez mayores riesgos que implica el ejercicio del comercio. Y en la misma línea, el profesor Vicent Chulia, dice que concebir hoy la empresa como una creación de iniciativa individual es algo aislado dentro del feroz capitalismo en que se encuentra sumergido el tráfico mercantil, pues, incluso, la mayoría de las sociedades anónimas son creación de otras sociedades anónimas (bancos, multinacionales, grandes grupos económicos).

Todas estas circunstancias obligan a tener en cuenta a quienes se ocultan detrás de la persona jurídica aquellas personas físicas que la dirigen. Y la realidad socioeconómica de hoy nos muestra que esos «grandes ejecutivos» que mueven los hilos de la economía mundial, muchas veces no actúan atendiendo al beneficio del ente social al que representan, y sin asumir riesgo de capital, lo hacen en beneficio propio. De aquí que surjan posturas dentro de los mercantilistas que propugnen el que se consideren como empresarios a los administradores y ejecutivos que llevan la rienda de la sociedad (entre otros, Sánchez Calero). Ya la ley francesa de 13 de julio de 1967, «sur le reglement judiciaire, la liquidation des biens, la faillite personnelle et les banqueroutes» establecía la posibilidad de que por la iniciación del procedimiento concursal de la persona jurídica, en determinados supuestos pueda derivarse la quiebra o la suspensión de pagos de todo dirigente de la sociedad, ya sea dirigente de derecho o de hecho, aparente u oculto (art. 101). En otro orden de cosas, la nueva ley española de sociedades

anónimas, al establecer la responsabilidad de los fundadores y señalar su carácter solidario, la extiende hasta el «socio oculto» (art. 18.2), atendiendo a situaciones que se presentan en la realidad económica actual y que no contemplaba la ley anónima de 1951.

Con estas últimas referencias, sólo pretendemos llamar la atención sobre la realidad de nuestro ordenamiento jurídico, que sólo contempla de forma muy limitada e indirecta la actividad de estos casi omnipotentes ejecutivos, cuya actuación «de guante blanco», en bastantes casos legítima y socialmente reprobable escapa en muchos aspectos a la actividad del legislador. Posiblemente, la tan esperada «ley concursal» sea uno de los marcos legislativos en que deban ser tenidos en cuenta.

7.1.3. Diferencias:

Es más que claro, que existen diferencias entre ambas regulaciones, tanto en cuanto al comerciante individual como en cuanto al comerciante social; sin embargo, en este último no se encuentran muy marcadas tales diferencias, no así en lo que respecta al comerciante individual en donde si se denota muy claramente.

Evidentemente, es la diferencia en el comerciante individual la que denota de mejor forma la tendencia doctrinaria que persigue la regulación comercial que se analiza, puesto que históricamente ha sido el comerciante individual el objeto de estudio y el origen del comercio y del comerciante; por lo que es en éste en el cual se encontrarán los rasgos diferenciadores y los puntos límites y críticos para analizar y determinar que tipo de legislación es la que se tiene al frente.

7.1.3.1. Comerciante Individual:

En el Código de Comercio Español, como ya se observó, son tres en realidad los requisitos para obtener la cualidad de comerciante, como son: capacidad legal para ejercer el comercio, habitualidad y el ejercicio del comercio en nombre propio; cualidades que ya se han comentado; mientras que en la Legislación Salvadoreña, el comerciante es el titular de una Empresa Mercantil, quien además aún cuando no se encuentre definido de esta forma en la ley, debe tener capacidad legal para ejercer el comercio y encontrarse registrado en el Registro de Comercio, a través de la obtención de su Matrícula de Comercio.

De lo anterior, se denota una clara diferencia, aún más en el punto de si el comerciante es quien ejerce el comercio o es aquel que se encuentra registrado en el registro de comercio, discusión que ya se ha visto en un capítulo anterior; sin embargo, se denota la contraposición entre lo que es la calidad de comerciante de una forma objetiva y como lo es de una forma subjetiva; y bajo las cualidades diferenciadoras que se han trazado entre ambas legislaciones, se denota que la legislación española se acoge bajo una tendencia objetiva, mientras que la Salvadoreña, a pesar de pretender querer hacer lo mismo, lo cierto es que la matrícula de comercio la ata a una inclinación hacia una tendencia subjetiva.

En cuanto a la capacidad para el ejercicio del comercio, la diferencia entre la legislación Española y la Salvadoreña es mínima, puesto que en ambas legislaciones se pretende reunir todos los requisitos necesarios para la eficacia de la buena fe en el ejercicio del comercio y la seguridad de los terceros ante el comerciante así como la responsabilidad del mismo y conciencia de su cargo; sin embargo, la diferencia más notoria, es en lo que respecta a quien ejerce el comercio siendo menor de edad, en cuyo caso en la legislación Española no se le otorga la cualidad de comerciante, puesto que no posee la libre administración de sus bienes; mientras que en la legislación Salvadoreña si puede ser comerciante

un menor de edad que se encuentre legalmente autorizado para el ejercicio del comercio por la autoridad competente.

Así mismo, es más que clara la diferencia en cuanto a la forma de obtención de la calidad de comerciante, en donde en la legislación Española, es esencialmente por la habitualidad en el ejercicio del comercio y el que éste sea ejercido en nombre propio; mientras que en El Salvador, la cualidad de comerciante se adquiere por ser titular de una Empresa Mercantil y realizar actos de comercio en masa a través de dicha empresa; sin dejar del lado desde luego, que legalmente nadie puede tener una empresa y ejercer el comercio, sin poseer una matrícula de comercio, lo que como ya se ha visto implica que el comerciante podrá ser aquel que posea una matrícula de comercio que le autorice su ejercicio, y sobre todo no sería necesario que fácticamente ejerza el comercio, si no que será comerciante aunque no ejerza el comercio y posea matrícula inscrita y habilitada.

7.1.3.2. Comerciante Social:

En lo que respecta a las Sociedades Mercantiles, no existe mayor diferencia entre ambas legislaciones, puesto que la cualidad de comerciante de las sociedades, se adquiere en virtud de la ley y sus socios y quienes trabajan para ella, no adquieren la calidad de comerciantes por el solo hecho, ya que más bien éstos trabajan para un comerciante que es la sociedad mercantil; es pues entonces evidente la calidad de comerciante de las sociedades por el solo hecho de existir legalmente, puesto que tal cualidad a diferencia del comerciante individual, como ya se dijo, es dada por la misma ley y no por un actuar concreto del comerciante social.

Sin embargo, no hay que pasar desapercibido, que a pesar de encontrarse reguladas en ambas legislaciones algún trato sobre las sociedades irregulares, en la legislación Española se da el caso de entenderse también por algún tipo de

sociedad irregular las sociedades civiles con fines comerciales, en cuyo caso serán reguladas por la ley mercantil, aún cuando no se hayan constituido conforme a éstas; mientras que en las leyes Salvadoreñas no pueden existir este tipo de sociedades civiles con fines comerciales, si no que las sociedades irregulares en ésta ley, son más bien aquellas que siendo con fines de lucro⁰ no han sido constituidas conforme a la ley mercantil o si éstas han sido constituidas de hecho; posibilidades que también contempla la Ley Española, pero que agrega la antes mencionada.

CAPITULO VIII.

CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES.

CONCLUSIONES.

➤ Se ha determinado, que efectivamente la regulación que existe actualmente sobre la Matrícula de Comercio en El Salvador, como obligación profesional del comerciante, incide en la orientación teórica del Código de Comercio, al punto tal de anteponerla como un sistema predominantemente subjetivo, en el cual se exige un dato cierto, extrínseco, inequívoco, de fácil comprobación; que lo constituye la inscripción en la Matrícula de Comerciante, como requisito constitutivo del estado de comerciante y como un permiso para ejercer el comercio; puesto que de lo contrario, el sujeto que desea dedicarse al ejercicio del comercio, no podría hacerlo en virtud de la actividad que ejecuta, puesto que no se encontraría autorizado para el ejercicio del comercio y acarrea hasta con el cierre del establecimiento comercial y la privación de realizar actos de comercio en masa y por empresa.

➤ Se ha determinado además, que efectivamente la regulación que existe actualmente sobre la Matrícula de Comercio en El Salvador, como obligación profesional del comerciante, incide de manera directa en los derechos de los comerciantes, puesto que de los derechos analizados, se ha determinado que en la mayoría de casos se violentan los derechos de los comerciantes, tanto por la legislación que regula la Matrícula de Comercio, como los llamados criterios registrales del Registro de Comercio; y que además la mayor parte de comerciantes si se sienten dañados por tales regulaciones y decisiones en torno a la Matrícula de Comercio; y los que no se sienten dañados por éstas, que válgase aclarar es la minoría de comerciantes, en verdad lo que se determina es el

desconocimiento por parte de los mismos de los derechos que les asisten como comerciantes.

➤ Aunado a la primera de las conclusiones planteadas, entonces se puede responder con claridad, autoridad y certeza, que la orientación teórica en la regulación jurídica del acto de comercio y del comerciante, en relación a la matrícula de comercio como obligación profesional del comerciante, no responde a la orientación teórica del Código de Comercio, en virtud que el Código de Comercio fue diseñado bajo una estructura por medio de la cual se pretendió desarrollar una teoría que implantara un sistema objetivo del acto de comercio y del comerciante, como lo es la del acto de comercio en masa y por empresa; sin embargo, como ya se dijo la tendencia que se ha establecido conciente o inconscientemente en cuanto a la Matrícula de Comercio, conlleva a una orientación de un sistema predominantemente subjetivo.

➤ En cuanto al acreditamiento del dominio de la empresa mercantil por parte del comerciante, ya se ha determinado fehacientemente que la actual regulación que existe sobre la Matrícula de Comercio, genera primero la imposibilidad de poder probar la propiedad de la empresa mercantil por parte del comerciante que no posee Matrícula de Comercio; así como la imposibilidad de éste de poder gravar, transmitir o transferir la misma; y que además genera inconvenientes al momento de entablar demandas judiciales, puesto que un sujeto que intervenga en juicio, no podrá establecer su calidad de comerciante, si no es mediante la Matrícula de Comercio, dejando nugatorios los demás medios probatorios establecidos por la ley procesal; lo que también genera inconvenientes específicamente en el caso de la competencia desleal.

- En el comerciante en pequeño, la regulación que existe sobre la Matrícula de Comercio, genera en un primer momento el inconveniente de no encontrarse establecido un arancel judicial a cancelar por parte del comerciante en pequeño para obtener la misma; así como la no especificación de quien es verdaderamente un comerciante en pequeño, en virtud que la ley que los regulaba fue derogada y hoy en día no se puede determinar con exactitud quienes ostentan tal calidad; además de los otros problemas que la regulación que se trata ofrece a todos los comerciantes en general, tanto comerciantes en pequeño como grandes comerciantes.

- Se ha logrado determinar además, que la actual regulación que existe sobre la matrícula de comercio, incide negativamente en los algunos de los derechos de los comerciantes, como son los estudiados en el capítulo IV del presente trabajo, en virtud de que no se tomaron en cuenta tales derechos constitucionales para la implementación de la regulación del comerciante y sus obligaciones profesionales; sobre todo las consecuencias de la aventurada regulación sobre la matrícula de comercio con la finalidad de un excesivo control institucional, al punto tal de transgredir los derechos que ampara la constitución para quienes hacen uso de su libertad económica y de la iniciativa privada; pudiéndose buscar otro tipo de alternativas para el control institucional de los mismo, sin necesidad de transgredir sus derechos.

- En lo que respecta al actual procedimiento de cancelación de matrícula de comercio, ha quedado plenamente establecido que el mismo incide de forma directa y negativa en los derechos del comerciante, puesto que el procedimiento aludido, no posee ni siquiera los elementos necesarios para constituir un verdadero procedimiento en el cual se garanticen todos los derechos procesales al

comerciante, quien en este caso sería el administrado, puesto que no se le garantiza el derecho de audiencia, el de recurrir, el de libertad probatoria y ni siquiera el de recibir una resolución fundada, tal y como se ha visto en el desarrollo del trabajo, aparte de la presunción que se le implanta aun cuando no haya seguido ejerciendo el comercio. Por si no fuera poco, también incide de forma perjudicial en la calidad de comerciante y en los actos de comercio realizados por el comerciante luego que se ha cancelado su matrícula de comercio; puesto que en el primer caso al cancelarse la Matrícula de Comercio del comerciante, éste no puede establecer su calidad de tal y aún peor, en puridad y en virtud de la ley, se le prohíbe el ejercicio del comercio, por lo que se extingue la calidad de comerciante al momento que se le cancela la matrícula de comercio, puesto que es una calidad que no puede probar; y en cuanto al segundo punto, en puridad los actos que ejerce el comerciante que no posee matrícula de comercio, podrían considerarse por un lado como actos civiles, sin embargo en virtud de que si un acto de comercio lo es para una de las partes lo es para todas las que en él intervienen y por ende para el tercero que contrató es un acto de comercio y por tanto para el que lo realizó también se debe considerar de esta forma.

➤ En cuanto a los llamados Criterios Registrales, que no son otra cosa que actos administrativos, se concluyó que la mayoría de tales criterios, constituyen verdaderos actos administrativos ilegales y que por ende perjudican y lesionan gravemente los derechos de los comerciantes, comenzando por el de la seguridad jurídica, entre otros ya estudiados y a los cuales habrá que remitirse; lo cual a su vez pone en clara evidencia la invalidez jurídica de los mismos, en virtud que en una legislación como la nuestra basada además en un derecho Constitucional, los actos ilegales no tienen cabida alguna y mas bien deben sancionarse y regularse de mejor forma los supuestos que se desea abarcar o en el mejor de los casos,

dotar a la administración de la Potestad Discrecional, dejando claramente hasta donde puede llegar la misma, en virtud de no confundirla con otras figuras administrativas y que no se crea que lo que actualmente se realiza es discrecionalidad, puesto que en verdad se ha determinado que tales actos sobrepasan cualquier tipo de discrecionalidad y se ha vuelto inclusive una actividad legislativa, lo cual no puede ser así.

➤ Sencillo es concluir en cuanto a las diferencias en la orientación teórica que sigue la legislación de España, en relación a la regulación jurídica de la matrícula de comercio como obligación profesional del comerciante; con la orientación teórica que sigue la Legislación Salvadoreña, en virtud de haberse detallado tales diferencias en el último de los capítulos y que más bien habrá que decir que la Legislación Española si contiene una tendencia legislativa hacia el acto de comercio y el comerciante con una tendencia objetiva, en virtud de no requerir la matriculación para adquirir la cualidad de comerciante; a diferencia de la legislación Salvadoreña, de la cual no se puede decir lo mismo, puesto que se ha llegado a la conclusión no solo en el capítulo que trata sobre el derecho comparado, si no que también en cuanto a la tendencia doctrinaria del Código de Comercio, que el cuerpo legal mercantil se inclina hacia una tendencia predominantemente subjetiva en virtud de la Matrícula de Comercio como única prueba de la calidad de comerciante y requisito indispensable para el ejercicio del comercio.

RECOMENDACIONES.

☞ Es evidente que la mayor parte del problema gira en torno a la regulación sobre la matrícula comercio, constituye un error de verdadera técnica legislativa; y por

ende es lógico que la primera recomendación sea la de la aplicación de una técnica legislativa apropiada para el acogimiento de la teoría que el Código de Comercio pretende establecer; y por ello lo pertinente sería pues reformar aquellos artículos que hayan ido en contra de tal tendencia doctrinaria.

☞ Crear un procedimiento administrativo para que la cancelación de la matrícula de comercio reúna todos los requisitos constitucionales y procedimentales capaces de hacerlo un procedimiento justo y no violatorio de derechos; es decir, que tal procedimiento debe contener todas aquellas partes que intrínsecamente contiene cualquier proceso o procedimiento, en virtud que solamente de esta forma se lograría de alguna manera revertir la violación de derechos y dar una resolución justa y justificada por parte de la administración, en algo tan delicado como lo es la Matrícula de Comercio tales partes del procedimiento son: El inicio del procedimiento, que puede ser o no a través de una demanda, ya que para el caso concreto deberá iniciarse de oficio, el emplazamiento, el término de prueba y la resolución final. Estos deben ser cuanto menos las partes mínimas con que debe contar un procedimiento basado en derechos constitucionales. Obviamente, tal procedimiento debe de contar con su propio método de comunicación, como son las notificaciones, el cual desde luego, podría auxiliarse en éste sentido por una ley ya existente y que contemple tal actividad.

☞ Permitir que se puedan figura otros medios probatorios diferentes a la matrícula de comercio, a efecto de poder establecer propiedad de la empresa mercantil y la calidad de comerciante; lo que más bien vendría a ser restarle la autonomía y exclusividad que actualmente tiene la matrícula de comercio. En puridad, para alcanzar verdaderamente todas las perspectivas planteadas, como es la adecuación de la legislación mercantil a la teoría o tendencias bajo la cual se

fundamenta, y evitar la trasgresión de los derechos de los comerciantes, sería necesario eliminar la matrícula de comercio, como una obligación profesional del comerciante y como requisito para el ejercicio del comercio, implementando otros medios bajo los cuales se pueda tutelar siempre los derechos de terceros que contratan con el comerciante, como actualmente se está haciendo por la institución denominada Dirección de Protección al Consumidor (DPC), en la cual inclusive ha establecido un tribunal sancionador. Lo cual a su vez erradicaría el problema que actualmente se presenta con respecto al comerciante en pequeño, debiéndose únicamente determinar de forma clara por medio de una ley especial, quienes son los comerciantes en pequeño y cuáles la regulación en torno a ellos.

☞ Por último, la abstención al registro de comercio, es referente a la aplicación de los denominados Criterios Registrales que no se encuentran expresamente autorizados por la ley como actos administrativos discrecionales, puesto que los llamados criterios registrales, no debieran ser más que actos administrativos avalados por la ley, sin transgredir o traspasar la autoridad que les ha sido otorgada, como actualmente lo hacen; y por ello, se recomienda que se dejen de aplicar de forma arbitraria y legal, solamente en aquello que expresamente la ley lo permite.

ANEXOS

ENTREVISTA 1**LICENCIADO JULIO RUBEN TRUJILLO.*****Registrador del Departamento de Matriculas de Comercio, del Registro de Comercio.***

Son dos las situaciones que se presentan en cuanto a la matricula de comercio; siendo la primera de ellas, cuando el comerciante va a iniciar su actividad comercial, la ley le da en el artículo 86 de la Ley de Registro de Comercio los parámetros legales para establecer su empresa mercantil, estableciendo que todo titular de una empresa o establecimiento comercial esta obligado a solicitar la Matrícula de Comercio dentro de los 60 días siguientes a la instalación la misma; debiendo cumplir la misma obligación cuando esta tenga sucursales; y es entonces que el referido Artículo 86 da la pauta para solicitar matricula para la persona natural; dicha disposición también se tiene que relacionar con el Código de Comercio para las personas sociales, quienes también tienen la obligación de matricular su empresa mercantil; es de hacer notar, que las obligaciones de los comerciantes son profesionales, contables y las fiscales; es en el artículo 411 del Código de Comercio, es donde se encuentran las obligaciones profesionales de los comerciantes y dentro de ellas la de matricular su empresa mercantil y sus respectivos establecimientos.

La matricula de comercio, tiene dos funciones: la primera es que sirve para comprobar la calidad de comerciante y en segundo lugar para comprobar la titularidad de la empresa mercantil; el mencionado Artículo 411, le obliga a que la persona que se dedica a esa actividad obtengan la matricula, y quien da la forma

para cumplir los requisitos administrativos y le da forma a la Matrícula de Comercio, es la Ley del Registro de Comercio, estableciendo los requisitos para obtener la Matrícula de Comercio, los cuales se encuentran enumerados en el artículo 10 del Reglamento de la Ley del Registro de Comercio, en el que se establece todo lo que debe contener la solicitud de matrícula.

Hay numerales que son un resabio de la antigua ley de Registro de Comercio, como es la matrícula individual de comercio y la matrícula de comerciante social que fue sustituida por el la matrícula de empresa.

En el Registro de Comercio, se establece un formulario que debe llenarse para persona natural y otro para las personas sociales o sociedades; así para persona natural además de llenar la solicitud, tiene que anexar fotocopia simple de la certificación de partida de nacimiento, copia simple del NIT, el balance inicial y el recibo de derechos de registro y la constancia de la unidad de estadísticas y censos. Mientras que para la persona jurídica, a parte llena el formulario, debe llevar fotocopia del NIT de la sociedad, con la solvencia de la unidad de estadísticas y censos y el balance general; este último es muy importante en ambos casos, ya que es en base al balance general que se cobra los derechos registrales en ambos casos.

En lo que respecta a los comerciante en pequeño, en cuanto al arancel de registro que deben de cancelar, se maneja un criterio; y es que toda persona natural o jurídica cuyos balances sobrepasan los 100.000 colones, tiene que solicitar su matrícula; pero si la persona no llega al techo mínimo para iniciar una tasación de los derecho registrales, entonces su obligación es siempre de solicitar su matrícula y el registro de concedérsela pero sin cancelar ningún tipo de derecho registral, ya que ellos no llegan al presupuesto establecido en la ley, y el registro siempre debe proceder a extender o renovar su Matrícula Comercio en su caso; y si en base al

balance demuestra que sus activos no alcanza el mínimo para pagar los derechos registrales, no los va a cancelar.

El fundamento legal de los criterios registrales, se encuentra basado en el artículo 63 de la Ley de Registro de Comercio, lo cual es por lógica jurídica y en base al mandato Constitucional de velar por la seguridad jurídica del país, dotando a los comerciantes de los atestados correspondientes para que realicen su función, no importando el tamaño de la empresa.

Cuando la solicitud de la matrícula de comercio, se hace de forma extemporánea, al comerciante que excede los 100.000 colones, se le impone una sanción la cual se encuentra establecida en el artículo 63 de la Ley del Registro de Comercio, debiendo pagar lo establecido para solicitar la matrícula de comercio y para el establecimiento comercial; en dicho artículo no se establece un límite para el pago de los derechos registrales, y lo que sucede cuando no llega a tiempo a cancelar los derechos registrales ni para presentar la solicitud de la matrícula, ya que son dos cosas diferentes, siendo una la extemporaneidad para la presentación de la solicitud de la matrícula y la otra es la extemporaneidad para el pago de derecho de registro; es el artículo 64 de la Ley del Registro de Comercio, junto con el artículo 86 y 415 del Código de Comercio los que se deben aplicar para estos supuestos; el artículo 64, regula para cuando la Matrícula de Comercio ya está concedida y el 86 establece que toda persona jurídica o natural que deba obtener Matrícula de Comercio está obligado a solicitarla dentro de los 60 días siguientes a la fecha de su instalación, para la persona jurídica se aplica el artículo 415 del Código de Comercio, el cual expresa que la empresa mercantil de todo comerciante social deberá ser inscrita al momento de inscripción de la escritura de sociedad; entonces la instalación para la persona jurídica se interpreta al momento de la inscripción de la escritura de la sociedad.

Lo que ocurre si el comerciante no se avoca al Registro de Comercio en el mes que le tocaba sino que hasta el siguiente mes, se aplican las reglas del artículo 64 de la Ley del Registro de Comercio, en el inciso final hablando de los términos para el cobro de multas por incumplimiento o extemporaneidad de esas obligaciones.

Resumiendo, si se va a iniciar un negocio, tiene 60 días después de instalados; si es personas naturales para pagar y solicitar su matrícula comerciante, y tiene 60 días; y si es persona jurídica a partir de la fecha de inscripción de la escritura de constitución de sociedad, para pagar los derecho registrales y para solicitar la matrícula de comercio; pasados esos término de 60 días, empieza a correr y aplicar el tipo de reglas establecidas en el trámite de multas que se encuentra en la Ley; específicamente sólo para la renovación, pero también se aplican las multas cuando se inicia operaciones o se inscribe la constitución de la sociedad y no se solicita la matrícula, puesto que ello constituye un incumplimiento. Si no se realiza dentro de los 60 días la solicitud de la matrícula, se puede realizar dentro de los 90 días siguientes, a sí, si se hace dentro de los treinta días siguientes al término de los 60 días, se de realizar un recargo del 25%, si llega dentro de los segundos treinta días se recarga el 50% y si llega dentro de los 90 días siguientes se paga el 100%, por haber presentado extemporáneamente la solicitud; la misma operación funciona con la aprobación de la Matrícula de Comercio por primera vez.

La matrícula es renovable anualmente, término que se debe contar para la persona natural en la fecha de su cumpleaños y para la persona social del mes en que fue inscrita la escritura de constitución; si se pasa el término dentro del cual debía cancelar la renovación de Matrícula de Comercio, se aplican las multas antes referidas.

Con respecto al comerciante en pequeño, no existe ningún supuesto monetario que lo incluya, por regla general durante los primeros 90 días de cada año todos los comerciantes tienen que acudir a cancelar los derechos de matrícula.

En lo que respecta al procedimiento de cancelación de matrícula de comercio, es un tema importante el momento en el cual se notifica la resolución emitida por el registro de comercio, la cual se realiza de conformidad a la Ley de Procedimientos Uniformes, que establece un procedimiento ad hoc, en el Centro Nacional de Registros; el departamento de Matrícula de Comercio es un tanto sui géneris y tiene una forma de actuar muy especial, es así que la expedición de matrícula de comercio por ejemplo se tramita vía solicitud, es decir que el interesado presenta una solicitud de expedición de Matrícula de Comercio, mediante el principio de rogación del registro, a diferencia de otros registros en los cuales se debe analizar los requisitos legales y formales que debe de cumplir; por ejemplo una escritura de compraventa. Para las notificaciones o para cualquier recurso que se interponga de las resoluciones de un Registrador, se tiene que apegar a la parte de la notificación de la ley (art 5), el cual establece que en cuanto a la notificación de las resoluciones de los registradores y para los recursos que se interpongan de las mismas, debe haber dejado lugar señalado para oír y recibir notificaciones o por cualquiera de los medios que señalen en el mismo artículo. El comerciante previo a que se le cancele la Matrícula de Comercio, puede defenderse y puede alegar las causas de porque no está presentando, aunque es bien difícil puesto que para una persona que ejerce el comercio solamente puede justificarse por fuerza mayor; y aún más la inactividad de la empresa no es una justificante puesto que no se encuentra regulada en la ley, por tanto aún cuando hubiera dejado de realizar el comercio, debe solicitar su renovación de matrícula; el momento para presentar la justificación, sería el momento cuando comerciante se le notificara que se le ha cancelado la matrícula, lo cual indica que puede iniciar el trámite de rehabilitación. De la resolución que cancela la matrícula de comercio, puede interponerse Recurso de Apelación, de conforme al Artículo 17 de la Ley General de Registros.

En lo que respecta a los criterios registrales, se definirían como aquellos que están dentro del ámbito de aplicación del principio de legalidad del Derecho Registral, siendo éste uno de los principales principios del derecho registral, como es el principio de legalidad, el que sustenta la función calificadora, la cual consiste en el examen que el registrador le hace al instrumento que está examinando y que ha sido presentado ante sus funciones para ser inscrito; y es la aplicación de los principios registrales los que constituyen los criterios registrales.

Los criterios registrales, es pues la forma y destreza que tiene cada registrador basado en la ley para poder calificar un instrumento. Dentro de la función calificador al registrador le corresponde denegar o inscribir, prevenir o denegar.

Los criterios son las ideas, son los parámetros, los fundamentos y la forma y estilo de calificar por parte del registrador, para emitir una resolución registral, la cual llegará a tener un estado de inscripción administrativa. El criterio registrales es tomado similar al criterio judicial.

Además, uno de los criterios es no cancelar la Matricula de Comercio, y de hecho nunca se ha cancelado ésta, puesto que el Registro no está para frenar el comercio, puesto que si es cierto que son una institución que fiscaliza y regula la actividad mercantil, tampoco están para frenarla, sino que de lo que se trata es de estimular y fomentar el ejercicio de comercio, pero tampoco se puede dejar a libre albedrío del comerciante. La decisión de inaplicar el artículo 65 de la Ley del Registro de Comercio, el cual regula la cancelación de la Matrícula de Comercio, fue tomado como criterio registral, puesto que no se puede cancelar la Matrícula de Comercio así por así, y aunque discrecionalmente lo puede hacer porque tiene facultad para ello, sin embargo, es una resolución tan de trascendencia, que incide en la actividad comercial y por ello tiene que ser sometida a criterio en con junto de los registradores.

El fundamento de inaplicar el artículo 65 de la Ley del Registro de Comercio, más que estar respaldado por un fundamento legal, lo está por el hecho de no perjudicar a los comerciantes, sin embargo hablando de fundamento legal se fundamenta en el artículo 15 del mismo cuerpo legal, que es el principio de legalidad del Registro de Comercio. Sin embargo, más que todo un fundamento no existe sino más bien en una institución doctrinaria.

La actual regulación sobre la Matrícula Comercio, necesita ser reestructurada, necesita ser objeto de una reforma.

En lo referente a los derechos de los comerciantes, comenzando por el derecho a la seguridad jurídica de los comerciantes, no se violenta; sino más bien no se logra cubrir, y en alguna medida contribuye a la seguridad jurídica; también actualmente se trata de mantener más o menos actualizados los datos y se pretende poder crear un posible registro social de comercio que regula específicamente a los comerciantes en pequeño.

En lo que respecta al derecho al patrimonio, sin lugar a dudas el actual arancel de Registro de Comercio si incide en el patrimonio de los comerciantes, porque aparte de las obligaciones que tiene con el Registro de Comercio, el comerciante tiene obligaciones por ejemplo laborales, obligaciones mercantiles, inscribirse en el IVA, en la renta y si es importador tiene que inscribirse en el registro de importadores del ministerio de hacienda, tiene que cumplir con toda la regulación de la seguridad social y otro tipo de prestaciones que se tengan que cubrir; y cualquiera que de verdad lo sepa todo esto se le restas cierto entusiasmo.

El actual procedimiento de cancelación de Matrícula de Comercio, en realidad si incide en el debido proceso, puesto que tal y como esta es discrecional, es demasiado discrecional y sólo se le da oportunidad al registrador y no al comerciante, es por eso que no se aplica.

En lo que respecta al derecho de propiedad, por ser la Matrícula de comercio el único documento capaz de probar la propiedad de la empresa mercantil, dentro de lo legal en un buen porcentaje si incide, puesto que el que no tenga Matrícula de Comercio no puede establecer la propiedad de la empresa mercantil; es así que en el registro social de comercio que se pretender instaurar, los comerciantes irán nada más a inscribirse el y a registrarse, pero no deban cancelar derechos de registro, para que sea más accesible la registración.

La actual regulación sobre la matrícula de comercio, incide en el derecho al libre ejercicio del comercio, porque lo frena un poco en el sentido legal, ya que le pone ciertas restricciones para poder hacerlo, pero desde el punto de vista más formal, se ordena al comerciante, pero el Código de Comercio y la Ley del Registro de Comercio son ya demasiado atrasados, puesto que cuando surgieron no se tenía el comercio que actualmente se tiene.

ENTREVISTA 2**DR. ROMAN GILBERTO ZÚNIGA VELIZ.**

Se encuentra elaborando un anteproyecto de ley sobre la Micro y Pequeña Empresa, en el cual se regula la forma de actuar del Registro de Comercio, con la intención de que la mayor parte de comerciantes estén debidamente registrados, por cuestión de orden primer lugar y en segundo lugar porque ya al estar ellos ordenados y formalizados se podrían tener beneficios, más que todo porque actualmente existe una efervescencia sobre la micro y mediana empresa, porque el momento es apremiante para tratar de ayudarles a este tipo de comerciantes, pero los beneficios aparecen dispersos y por ello están tratando de ver cómo en el Registro de Comercio se les da a ellos un tratamiento especial incentivándolos desde el punto de vista económico, y desde el punto de vista de facilitarles la tramitación; y tal vez mucho comerciante en pequeño le rehuye al registro, porque tiene que hacer mucho trámite y en oficina dispersas.

Las empresas pueden ser micro, pequeña, mediana y gran empresa; y en realidad de la mediana y la grande no necesitan mayores incentivos, sino que son las micro y pequeña empresa, las cuales forman la mayor parte de la actividad comercial en el país.

Constitucionalmente existe un artículo que expresa que el comercio y la industria en pequeño es patrimonio de los Salvadoreños y de los Centroamericanos de origen; de ahí se dio en el año de 1966 o 1967, una ley; la cual fue derogada dentro de las reformas que existieron en el año 2000, donde nació la Superintendencia de Obligaciones Mercantiles; que antes en el Código de Comercio se va a encontrar como la Superintendencia de Sociedades y Empresas Mercantiles; se creo en el

año 2000 la ley de Inversiones, la cual derogó la Ley Reguladora del Pequeño Comercio de la Pequeña Industria; ahora bien el problema está en determinar que es la micro y que la pequeña empresa, actualmente en el país en realidad se manejan algunos parámetros que vienen del extranjero, como son el número de trabajadores o el capital que posee la empresa fundamentalmente, dentro del proyecto de ley que se está haciendo se utilizará el criterio del capital y no al número de trabajadores, puesto que generalmente las empresas son unipersonales, y sería demasiado idealista tomar otro parámetro que en realidad no puede sostener la actual sociedad por la crisis en que se vive; por ejemplo tomar como parámetro que la micro empresa es de hasta diez trabajadores y que de diez a cincuenta trabajadores es la mediana empresa, y es por eso que no se ha tomado se parámetros.

En lo referente a la Matrícula de Comercio, debe tomarse en cuenta que la empresa es una cosa mercantil y que su titular es el comerciante individual o un comerciante social, y es que al comerciante individual siempre se le debe dejar como el titular de la empresa individual de responsabilidad limitada y a la sociedad como propietaria de la empresa individual de responsabilidad ilimitada, pero en cuanto al comerciante social se ha limitado únicamente a la sociedad anónima, porque es la más común en nuestro medio. Uno de los elementos esenciales que se tomará en la ley, es el titular de la empresa, pero en materia de obligaciones del comerciante indudablemente la matrícula siempre la debe de obtener, puesto que eso es en realidad lo que les da ellos la calidad de comerciante en primer lugar y en segundo lugar porqué eso determinaría que ellos son los dueños de la empresa; ahora bien lo que se hace más bien es facilitarlas en el sentido que no hayan tres publicaciones, en el sentido de que presenten menos papeles, pero si la matrícula de empresa siempre será obligatoria.

La Matrícula de Comercio es la única forma práctica de probar la propiedad de la empresa mercantil y la calidad de comerciante, a efecto de ordenar un poco la situación, y por tanto necesitaría un aditivo que sea capaz de establecer que una persona es comerciante, sobre todo en este caso que la micro y la pequeña empresa, que se les ha pensado dar además de los incentivos que se piensan dar a través de esa ley, capacitaciones, de educación a nivel gerencial, de asociatividad, que serían parte de ello los préstamos que le haría la banca u organismos especializados para ese efecto; asesorarlos sobre cómo formar uniones de empresas sobre todo ahora que viene el tratado de libre comercio, de tal manera que en torno a eso recaería la importancia.

Además, generalmente y unánimemente se matriculan únicamente aquellos que en verdad van a realizar el comercio, si no para que se obtendría la matrícula; y generalmente en el país las situaciones se legalizan a posteriori, así por ejemplo primero se constituye la sociedad y luego se tramita la matrícula, y si un comerciante individual va a conseguir la matrícula de comercio, es porque anda realizando actos de comercio. En lo referente a la Cancelación de la Matrícula de Comercio y más bien a la presunción legal que ha ejercido el comercio el comerciante que no ha renovado su Matrícula de Comercio, más bien lo que se debería de realizar es una regulación sobre la suspensión de la calidad de comerciante, pero la matrícula siempre debe tener la vigente por si algún día se le ocurra nuevamente volver a realizar el comercio, y para no seguir cancelando los derechos de registro se puede pedir una exoneración o puede no hacerlo como el cese en el registro del IVA en impuestos internos, en donde aunque no sea comerciante, reporta si tienen ganancias y declara ingresos a cero y no paga impuestos, así se deberá realizar mediante constatación del registro de comercio. Y la solución más bien de cuando un comerciante se encuentra suspendido en el ejercicio del comercio, lo que debe realizar más bien es hacer del conocimiento de

la autoridad tal situación, que no se le cobre la matrícula, que constaten ellos que realmente no ejerce el comercio y que luego lo vuelva a abrir, y esa sería la solución.

ENTREVISTA 3.**LICENCIADA MARIA FLOR LOPEZ BARRIERE.*****Jueza del Juzgado Primero de lo Mercantil.***

En los Juzgados de lo Mercantil, la frecuencia con la que se presentan casos en los que se debe probar la calidad de comerciante, es más que todo cuando se les pide que presenten la Matrícula de Empresa cuando llegan comerciantes individuales, porque como las Sociedades en su escritura de constitución tienen cuales el giro y finalidad, entonces no es necesario, en cambio hay otros casos en los que se les pide cuando hay algún conflicto mercantil, para determinar si ella estará actuando en su giro, es decir para ver el giro de la empresa y ver la competencia material del Juez de lo Mercantil, pero esto no se pide siempre y prácticamente se pide en ese juzgado pero que no sabe si lo harán en los demás Juzgados. Es decir que la Matrícula de Empresas la solicitan para determinar cuál es el giro de la misma, porque si ya no está dentro de su giro ordinario, la cuestión ya no es mercantil, porque tienen que ser actos en masa a porque si no tendrían que ser actos aislados y en todo caso actos civiles.

Sólo la Matrícula de Empresa es la única que puede acreditar la calidad de comerciante, y hay algunos que traen registros de IVA para presentarlos en Juicios, pero eso lo puede tener cualquier persona, inclusive aquellos que no tienen empresas.

La frecuencia con que intervienen comerciantes en pequeño a los Juzgados de lo Mercantil es muy poca, prácticamente el grueso de expedientes lo tienen los Bancos, Tarjeta de Crédito, que son sociedades que se dedican al préstamo de dinero; sin embargo para determinar quienes son comerciante en pequeño, hay

que tener en cuenta que pueden ser solo personas naturales, ya que todas las sociedades tienen que tener como patrimonio el máximo establecido por la ley, y por tanto el comerciante en pequeño tendría que ser un comerciante individual que está regulado conforme a ley.

Para probar la propiedad de la empresa mercantil, al inicio del juicio se lo pide el Juez, más que todo para determinar la competencia, porque tiene que ver si los comerciantes actúan bajo su giro y si no se tiene que ir a lo civil, entonces le previene que presenta matrícula de empresa para determinar si verdaderamente tiene una empresa o si una persona en verdad tiene un conflicto civil.

La diferencia que se encuentra entre los términos de titular y propietario, viene siendo lo mismo, pero siempre va a ser una persona ya sea natural o jurídica el dueño de una empresa, que quizás es una terminología más jurídica decir el titular, porque la empresa es una cosa que es propiedad ya sea de una persona natural o a una jurídica, pero se viene entendiendo que el titular más bien es el que está al frente del negocio, es así que pudiera ser el dueño o propietario el comerciante, y trazar la diferencia con el titular que sería el gerente o auxiliar del comerciante que éste al frente del negocio y aunque el dueño es otro.

Aparte de la matrícula de comercio como única prueba de la calidad de comerciante y de la propiedad de la empresa mercantil, admite como otro medio de prueba para las sociedades la escritura de constitución de la sociedad, pero para el comerciante individual solamente con la matrícula de empresa puesto que la ley es clara en tal sentido. Pueda que para el comerciante individual, no esté inscrito en el registro pero que sirve y vende al público la idea de que ejerce el comercio y para los efectos de hacerle una reclamación, se tendría que probar mediante los medios probatorios establecidos en la ley; debiera probarse que se hacen actos en masa y que no se encuentra inscrito en el registro.

La actual regulación sobre la matrícula de comercio, es básicamente lo que existe en el Código de Comercio. El comerciante formal estaría bien regulado lo que se refiere a la matrícula de comercio, pero en la práctica por ejemplo las personas ambulante, como los del mercado es obvio que son comerciantes, pero que no se les ha exigido que tenga una matrícula de comercio por el poco capital que manejan.

Con respecto al derecho a la seguridad jurídica le parece que no se violenta tal derecho, puesto que son cuestiones administrativas, al igual que como se tiene en otro tipo de inscripciones que tienen que ser renovadas, como las de propiedad intelectual, es como un permiso formal de comprobar la calidad de comerciante y si un negocio está activo tiene que irlo renovando para poder seguir ejerciendo el comercio, y no se violenta ya que son cuestiones administrativas.

En lo que respecta al derecho al patrimonio, considera que no se violenta por que más que todo son cuestiones administrativas y para poder cumplir un requisito se tiene que seguir los trámites administrativos respectivos.

En lo que respecta al derecho al debido proceso, considera que lo que sucede es que la cancelación de la matrícula de comercio es como una caducidad, la cuales es por ministerio de ley, y es una autoridad administrativa la que ha de resolverlo según la ley, y hay que recordar que la caducidad es una figura que viene a sancionar la negligencia del que no hizo lo que tenía que hacer en el tiempo estipulado por la ley, entonces eso es de mero derecho que se le termina.

En lo que respecta al derecho al libre ejercicio de comercio, considera que no se violenta este derecho, puesto que todas son regulaciones, así hay profesiones que deberán tener un registro, esto a efecto de tener algún control y no sólo se debe ver esa parte sino también al consumidor, que el consumidor tiene derecho a tener una publicidad, entonces son formas de ordenar, de regular y cuestiones administrativas para que alguien esté seguro de que comerciante lleva

su contabilidad, que paga impuestos, de que respeta todas las normas para que el consumidor tenga un producto aceptable, que no le va a causar daño a su salud o lo que sea, entonces es una forma de tenerse una forma de cómo regular y determinar el número comerciantes. Porque si se incoa una demanda sin saber quién es el verdadero propietario de la empresa, se declarara inepta la demanda por falta de legítimo contradictor, mientras que si se tiene un registro se puede evitar tal circunstancia, porque ahí va a parecer quien es el verdadero propietario de la empresa. Por tanto no hay ninguna violación sino más bien forma de regulación, si no que debería estar inclusive más regulado para que el consumidor está más seguro y tenga menos conflictos.

ENTREVISTA 4**LICENCIADO JORGE CASTRO VALLE.*****Registrador del Departamento de Matriculas de Comercio, del Registro de Comercio.***

De forma introductoria, en cuanto a los aranceles de registro de matrículas de comercio, se regulan conforme la tabla establecida en el Art. 63 de la Ley del Registro de Comercio y varían de acuerdo al activo que la empresa tiene; y de esa forma se calcula el monto de los derechos que debe cancelar; así mismo, en cuanto a los establecimientos comerciales, el Registro de Comercio los ha entendido como si el establecimiento fuera un elemento esencial de la empresa y por tanto se pagan derechos de matrícula tanto por la empresa como por el establecimiento en que ésta se sitúa. La solicitud de Matrícula de Comercio, debe llenar los requisitos que señalados en el Art. 10 del Reglamento de la Ley del Registro de Comercio, pero los registradores han adoptado el criterio que a pesar de que falten ciertas cosas, se otorga el asiento cuando es por primera vez; o en caso se renovación se otorga la renovación, pero este criterio es dependiendo que requisitos sean los que falten, como por ejemplo si falta la fotocopia del NIT, pero en la solicitud se ha señalado cual es el número, se toma de base el que se establece en la solicitud, y siempre se realiza la prevención que presente la fotocopia del NIT, pero se previene en la misma resolución en la que se acepta y otorga la renovación de la matrícula o la concesión de la matrícula; esto se efectúa de esta forma, con el ánimo de flexibilizar los requisitos y de agilizar el comercio; es por eso que se ha adoptado el criterio de que se solicitan sólo ciertas cosas que de verdad sea importantes y que si faltan estas, si se previene y no se otorga el

asiento; un ejemplo de estos requisitos que no pueden faltar, es en el caso que se informe que se ha cambiado de dirección el establecimiento en donde se situó a la empresa, pero solo se dice de palabra; en tal caso se previene que presente una certificación o constancia de la Alcaldía Municipal, en la que se haga constar que el local se ha serrado, puesto que de lo contrario no constaría si el local se cerró y podría haber lugar a que el comerciante tenga dos locales abiertos a la vez declarando solamente uno, es por ello que en tal caso si se previene previo a otorgar la matrícula, porque entonces podría ser que esté pagando trescientos colones menos por ejemplo.

En lo que respecta al comerciante en pequeño, en cuanto Matrícula de Comercio y comparado con los comerciantes en general, no sabría de forma clara determinar quiénes son, puesto en cuanto a lo que es Matrícula no se aplica en sí tal distinción, y en tal sentido no interesa mucho quien sea el comerciante en pequeño o comerciante en grande; puesto que el enfoque que se da para el registro de matrícula es en cuanto a la empresa y no al comerciante; sin embargo los aranceles de Matricula de Comercio que debe cancelar el comerciante cuyo activo es inferior a los 100.000 colones, no cancela derechos de matrícula alguno, si no que se les otorga sin tal requisito, puesto que aunque su activo sea inferior a los 100.000 colones siempre se encuentran obligados a solicitar la Matrícula de Empresa para ejercer el comercio, pero como su activo es menor a 100.000 colones no se paga nada, pero siempre tiene la obligación de renovarla cada año. De igual forma, no se le puede imponer recargos por la extemporaneidad, puesto que la ley dice que se va a pagar una cantidad similar a los derechos que tiene que pagar de acuerdo su activo, y como de acuerdo a su activo el comerciante con un patrimonio inferior a los 100.000 colones no pagan nada, entonces se presentan casos en los que el comerciante no ha solicitado la renovación de matrícula en tres años y no se les puede cobrar nada; y el fundamento legal de tal decisión de no

cobrarles nada es el mismo Artículo 63 de la Ley del Registro Comercio, el cual comienza diciendo que de 100.000 a 800.000 colones pagan 500 colones; y por ende en sentido opuesto, si no tiene los 100.000 colones no está obligado, puesto que no están obligados a hacer lo que la ley no manda. Situación diferente se presenta con las personas jurídicas, en donde cambia totalmente el panorama, ya que la diferencia se debe a que su activo siempre tiene que ser superior a los 100.000 colones, entonces allí ya se encuentran atados, pero como persona natural siempre tiene la obligación de matricular su empresa, puesto que si lo hace, la Alcaldía Municipal del lugar se la puede encerrar, o el registrador la pueden mandar a cerrar.

En lo que se refiere al procedimiento de cancelación de Matricula de Comercio, en la práctica en verdad no se aplica el Artículo 65 de la Ley del Registro de Comercio, pero si se comenzara a aplicar a partir del mes de enero del año 2006.

Además de esto, cuando el artículo 419 del Código de Comercio expresa que ninguna empresa mercantil ni sus establecimientos podrán funcionar sin obtener su respectiva matrícula, si se pasa del tiempo establecido en la ley para solicitar o renovar la Matricula de Comercio, y al aplicarse el artículo 65 antes mencionado, se podría ordenar el cierre del establecimiento comercial; pero tal cierre no es en automático, sino que tiene que realizarse por la alcaldía, y la misma previa resolución del consejo municipal debe decidirlo; e inclusive previo al cierre del establecimiento comercial el comerciante tiene un lapso de tiempo que es de treinta días para que éste obtenga la matrícula respectiva, resolviendo sobre los puntos que se le hayan observado; y si subsana la prevención pagando los recargos y el tiempo que debe, ya no se le cierra la establecimiento comercial; pero en sí no hayan procedimiento de cancelación de matrícula establecido de forma clara, porque no se ha aplicado, sino que ha sido letra muerta hasta ahora, pero

partir del mes de enero, como ya se empieza a aplicar se va a levantar un acta con la resolución y se van a sacar tres copia de esa acta, de las cuales una se va a mandar a la Alcaldía Municipal que corresponda, otra se le va a notificar al comerciante, y la última va a quedar en el expediente del Registro, para que la Alcaldía tomen nota de lo que se establece. Inclusive el artículo 86 de la Ley de Registro de Comercio establece que hecha la calificación e impuesta la multa, se le concederá al infractor un plazo de treinta días contados a partir del día siguiente al de la notificación, a efecto de que pague he inicie los trámites para obtener la Matrícula correspondiente; y si no lo hiciere en dicho término, le ser cerrado el establecimiento comercial por el alcalde del lugar en que éste funciona, pero como se repite no es automático; puesto que como ya se vio antes tiene que existir un tiempo para que el comerciante pueda resolver los puntos por los cuales se le está cancelando temporalmente la matrícula; siendo esos treinta días los que el comerciante tendría para ejercer su derecho de defensa, los cuales van a ser posteriores a la cancelación de la matrícula; siendo la cancelación que se aplique una cancelación temporal y no definitiva; pero si no se subsanan los errores dentro de los treinta días, el Registro de Comercio librará nuevo oficio la Alcaldía a efecto de que cierre el establecimiento comercial, pero no de forma definitiva; sino que temporalmente, puesto que no obstante la cancelación el interesado podrá solicitar la rehabilitación de la matrícula cancelada, por tanto no se refiere a una cancelación definitiva. Pero al cancelarse la matrícula aún de forma temporal, se pierde el asiento y cuando se pide la rehabilitación no le dan el mismo número de asiento anterior, puesto que ese ya se perdió; sino que se tiene que rehabilitar pero es como que si le dieran un nuevo asiento. En cuanto a la cancelación definitiva, realmente no es cierto o mas bien no existe, puesto que una cancelación definitiva jamás podrá rehabilitarla y temporalmente si se puede rehabilitar.

La cancelación de la Matrícula de comercio no afecta al comerciante directamente por el cierre de la establecimiento Comercial, sino más bien se le afecta en el ámbito de que si éste quiere participar en una licitación necesita la constancia que le emite el registro, la cual no podrá presentar; pero si por ejemplo el comerciante no participa en licitaciones, no le afecta, pero inclusive si le cierran el establecimiento comercial por parte de la Alcaldía, el comerciante perfectamente puede ir el siguiente día a cancelar los derechos y recargos al Registro de Comercio, en donde le van a otorgar nuevamente la matrícula y pudiendo volver a abrir la misma empresa que tenía.

Lo llamados criterios registrales, los cuales también se han mencionado, se documentan en actas que firman todos los registradores, de las cuales posteriormente se sacan copias y cada registrador tiene una copia de esas actas conforme a fechas, puesto que a veces resultan que se adquiere un criterio y por el surgimiento de una nueva ley o reforma de una existente se tiene que modifica ese criterio; pero estos criterios no se dan a conocer a las personas particulares, sino que la única forma en como estos llegan a conocerlos, es a través de las personas que están en atención al cliente, y es por ello que se trata de hacer una estructura de asesoramiento directo, pero eso también se comenzara a realizar a partir del año 2006, ya que no se hacia de esta forma; pero tales criterios no se documentan en boletines que se le entreguen a los usuarios, ni en carteles que se publiquen para su conocimiento, y cuando se ponen carteles, la verdad es que no es de una manera constante.

Los criterios registrales, se pueden definir como las decisiones que se toman en cuanto a la aplicación de un artículo o una ley determinada, para poder ejercer una calificación de la manera que se ha establecido por la ley; la idea en sí es que estos criterios sean de la misma manera adoptados por todo lo registradores, para que no exista una variación en cuanto a la manera que califica

un registrador y en la que califican otros, para hacerla de una manera unitaria. El fundamento de la aplicación de estos criterios en la ley misma, aunque a veces no lo es, porque a veces se adoptan criterio de flexibilidad, porque la idea del comercio es que se genere comercio y seguridad jurídica; y para esto debe de existir cierta rapidez en cuanto a todo los trámites que se deben realizar.

En cuanto a la inaplicabilidad del artículo 65 de la Ley del Registro de Comercio, no hay un argumento legal puesto que si la ley establece que se tiene que cancelar debiera cancelarse, puesto que la ley no dice si el registrador quiere cancelarla; puesto que inclusive el mismo artículo es claro al expresar que el registrador cancelará; sin embargo el criterio ha sido el de flexibilidad, tomando en cuenta que el comercio se genera en base a movimiento.

A partir de la año 2006, en lo que respecta a las Sociedades Mercantiles, se ha tomado el criterio que la Matrícula de Comercio debe otorgarse al momento en que queda inscrita la escritura de constitución de la sociedad, y por tanto debe ir la misma acompañada de la solicitud de la Matrícula de Comercio, e inclusive se hará más factible puesto que el comerciante social tendrá su Matricula de Comercio en el momento mismo que la escritura de constitución quede inscrita.

Los efectos que han venido surgiendo de la en inaplicabilidad del artículo 65 de la Ley del Registro de Comercio, es primero que el artículo se encuentra redactado de esta forma como una medida de presión para que la gente se presente a pagar, y como no se aplica la gente no ha llegado a renovar su matricula de comercio; y sin embargo cuando se comience a aplicar la gente va a comenzar a protestar, no se diga al momento en que se le llegue a cerrar el establecimiento por parte de la Alcaldía, lo que la persona va a perder es mucho, pero al final la gente se va a acostumbrar.

En cuanto a la validez jurídica de la inaplicabilidad del mencionado artículo 65 por parte del Registro de Comercio, realmente no debiera ser así porque los

registradores no pueden dejar de aplicar una norma, porque si es una ley vigente y no ha sido reformada por otra posterior, como registrador se tiene que aplicar la ley vigente tal y como se encuentra jurídicamente hablando; sin embargo, a partir del mes de enero se va a comenzar a aplicar dicho artículo, pero no con el fundamento de que sea una norma vigente y que haya de aplicarse, sino que el trasfondo es hacer que la gente llegue a solventar su situación. Pero la obligación de los registradores es aplicar la norma tal y como está, no puede ser una aplicación antojadiza.

Para finalizar, considero que la ley del registro de comercio es una ley que no estar acorde a la realidad y que debería reformarse, porque ya no se apega a la realidad de la sociedad mercantil.

Así mismo, la actual regulación sobre la matrícula de comercio y los criterios registrales que se aplican sobre la misma, no violenta el derecho a la seguridad jurídica del comerciante, sino que más bien se encuentra resguardada, porque lo que refleja el registro de comercio, es lo que está documentado en los libros y asientos; es decir, que lo que refleja el banco de datos del Centro Nacional de Registros, es un dato bien certero, y por tanto en ese sentido la seguridad jurídica se encuentra bien resguardada. El cambio de criterios registrales por parte del Registro de Comercio, no se le llamaría en realidad inseguridad jurídica, sino más bien se estaría violentando un criterio constitucional en cuanto a que todos deben de ser tratados de igual manera por las leyes, porque por ejemplo, si se le aplicaron unos artículos a una sociedad de una determinada manera y dos meses después se aplican los mismos artículos a otra sociedad de otra manera, se genera la desigualdad. Es por ello, que a esto no se le llamaría inseguridad jurídica, porque se debe de entender que la seguridad jurídica que brinda el registro es el de que las personas que se aboquen a los datos o al banco de datos del registro, den por

hecho y verdadero lo que en él se encuentra para comercializar o para realizar actos jurídicos.

En lo que respecta al derecho al patrimonio del comerciante, quizá si se violentaría tal derecho, como por ejemplo en la aplicación del Artículo 65 de las Ley del Registro de Comercio, porque en la aplicación del mismo existe un doble cobro, y por ello si se estaría violentando el derecho al patrimonio de la persona, porque el registro debería realizar nada más un coro y se está realizando uno doble; sin embargo a veces la mala aplicación de la ley radica en la mala redacción de los artículos.

El derecho al debido proceso en cuanto al procedimiento cancelación de matrícula de comercio, no se violenta, pero se podría violentarse en cuanto a la manera de establecer en si el mecanismo de cancelar la matrícula comercio, y como la ley no es clara en sí de como se va a realizar la cancelación, se ha encontrado tal figura de una manera muy suelta; y entonces pueda ser que ya en la práctica del como se establezca el mecanismo cancelación, ahí podría ser que si se violente el derecho al debido proceso, porque podría ser que no tenga todos derechos que tiene una persona para poderse aboca a ejercer sus derechos.

Y por último, en cuanto al derecho al libre ejercicio del comercio por parte del comerciante, toda la regulación y criterios que rodean lo que se refiere a la matrícula de comercio en realidad no violenta este derecho del comerciante, porque lo que sucede es que inclusive la gente no toma en serio Matricular la empresa Mercantil, y es porque la legislación que existe muchas veces no se vuelve activa en cuanto a las personas y se vuelve activa solamente a instancia de las mismas personas; y la prueba más fehaciente que la legislación no entorpece el ejercicio del comercio son las empresas que funcionan sin haber obtenido la Matrícula de Comercio.

ENTREVISTA 5.**LICENCIADO ERNESTO ZEA.*****Juez del Juzgado Segundo de lo Mercantil.***

Independientemente de que sea un comerciante social o individual, la calidad de comerciante debe probarse en todo proceso. En principio la carga de tal prueba, le corresponde a la parte actora. En el caso del comerciante social, presentando la respectiva escritura de Constitución de la Sociedad demandante y de la Sociedad demandada (para efectos de probar quien es el actual representante legal y con el fin de posteriormente emplazar - notificar el decreto embargo y demanda que lo motiva - a través del representante). En el caso del comerciante individual, recordemos que la constancia que de la matricula extiende el registrador será la única prueba para establecer la calidad de comerciante y para comprobar la calidad de la empresa y de sus establecimientos de conformidad al art. 418 C Com.

En cuanto al criterio para determinar la calidad de comerciante, de manera general y de acuerdo al art. 2 C.Com. Las personas naturales titulares de una empresa mercantil, que se llaman comerciantes individuales. Las sociedades que se llaman comerciantes sociales. De acuerdo al acto: Para distinguir que un acto o contrato es mercantil resulta preciso que se evidencien los siguientes extremos: a) Que un acto se a ejecutado por empresa b) Que dicho acto sea ejecutado por empresa, c) Que el acto realizado se encuentre dentro del giro ordinario de la sociedad titular de la empresa. De acuerdo al objeto: El art. 3 C.Com. confirma este criterio al exponer que son actos mercantiles los que tengan por objeto la organización, transformación o disolución de empresas comerciales o industriales.... y los actos que recaigan sobre cosas mercantiles.

En lo que respecta a la frecuencia con que se abocan a comerciante en pequeño, en los Tribunales de lo Mercantil, no podríamos estimar un número determinado, pero escasamente se interponen dichas demandas, sin embargo existen. Y para determinar que un comerciante lo es en pequeño, realmente, aparte del art. 606 C. Com. no existe algún parámetro legal para determinar que un comerciante es un comerciante en pequeño.

Los comerciantes siempre deben probar la propiedad de la empresa mercantil en un juicio, para establecer en que calidad se encuentra explotando la misma. Y en cuanto a las diferencias entre los términos propietario y titular, el titular de la empresa es toda aquella persona jurídica o natural que explota la empresa para beneficio propio y bajo algún título, ya sea como usufructuario, comodatario, arrendatario o propietario. De ahí la diferencia entre titular propietario.

Los medios de prueba para establecer la propiedad de la empresa mercantil, es la constancia que de la matrícula extiende el registrador ya que ésta será la única prueba para establecer la calidad de comerciante y para comprobar la calidad de la empresa y de sus establecimientos.

En cuanto a la Regulación que existe sobre la Matrícula de Comercio, Considera que es necesario una regulación más extensa a efecto de que se regle una cuantía diferencial concreta, para las comerciantes individuales y no como escuetamente aparece en el art. 606 C.Com. Además la ley debería especificar con más detalle que datos deben constar en la matrícula.

Sin embargo, en cuanto a la violación de derechos por parte de la actual regulación sobre la matrícula de comercio, cabe decir que podría llegar a ser mejor, pero actualmente está brevemente regulada en el Código de Comercio, sin embargo no creo que atenté contra ningún derecho o principio constitucional, ya que hasta el comerciante en pequeño está protegido en el art. 6 C.Com. y el Art. 5 de la Ley de Inversiones.

Generalmente cuando una de las partes o contratantes demanda a otro exigiendo el cumplimiento de alguna prestación contractual u obligación de carácter mercantil, en principio y de acuerdo a lo establecido en el art. 237 Pr. C. debe probar la base de su pretensión, esto es, la existencia del contrato fuente de la obligación reclamada, lo cual desde luego debe de hacerse sobre la base de los medios probatorios a que se refiere el art. 999 Pr. C. los cuales no son mas que los mismos admisibles en el ámbito del Proceso Civil.



CENTRO NACIONAL DE REGISTROS
REGISTRO DE COMERCIO
SOLICITUD DE MATRICULA EMPRESA Y ESTABLECIMIENTO (1° VEZ)
PARA PERSONA NATURAL

Sr. Director de Registro de Comercio:

Yo, _____ de _____ años de edad
 (Nombre o Nombres y Apellido o Apellidos conforme al Documento de Identidad)
 _____, originario (a) de _____, nacionalidad _____,
 (ocupación u oficio)

Lugar y fecha de Nacimiento _____; con identificación personal número: _____,
 (DUI, Carnet de Residente o pasaporte) extendido el día _____ de _____ de _____ en la ciudad de _____;
 N.I.T. número _____ y Registro de I.V.A. Número _____; y Giro o Actividad Económica
 _____ (De conformidad al Registro de I.V.A.); todo lo cual presento en fotocopia
 debidamente certificada ante Notario; y acompaño Certificación de Partida de Nacimiento en original (cuando fueren nacionales)

Por este medio vengo a SOLICITAR ASIENTO DE REGISTRO DE MATRICULA DE EMPRESA Y ESTABLECIMIENTO (S) DE PRIMERA VEZ, de conformidad con el art. 411 y siguientes en el Código de Comercio; para lo cual proporciono la siguiente información:

1. Nombre de la Empresa _____
2. Dirección de la Empresa: _____
3. Naturaleza: _____
4. Actividad Económica que realiza: _____ (Conforme a Registro de I.V.A)
5. Fecha exacta de Inicio de Operaciones: _____
6. Balance Inicial del período al _____ de _____ de _____, inscrito al número _____ del libro _____ de Balances, de fecha _____ de _____ de _____, con un monto de Activo (en letras) _____
 _____ COLONES, equivalente _____ DOLARES.

Y que tiene establecimiento denominado: _____

ubicado en _____ *(Dirección exacta).*

fecha de Apertura _____ (si fueren más de un establecimientos indico en anexo con los requisitos indicados)

Por lo que una vez otorgado el ASIENTO DE MATRICULA solicitado, me comprometo a RENOVAR ANUALMENTE, según lo establece el Código de Comercio, La Ley de Registro de Comercio y su Reglamento. Adjunto Constancia de Estadística y Censos, Constancia de Inscripción de Establecimiento de la Alcaldía Municipal respectiva; Certificación de la Partida de Nacimiento y Recibo original de pago de los Derechos Regístrales correspondientes a mi Balance Inicial.

Señalo para oír Notificaciones la siguiente dirección _____

Teléfono _____ Fax _____ Correo Electrónico _____

Y comisiono al Sr.(a) _____ para recibir certificaciones, constancia y notificaciones en mi nombre. (según DUI)

(autenticada sino la presenta el firmante)

F. _____
Propietario.



CENTRO NACIONAL DE REGISTROS
REGISTRO DE COMERCIO
SOLICITUD DE RENOVACIÓN DE MATRICULA DE EMPRESA Y
ESTABLECIMIENTO (S) DE PERSONA NATURAL

Sr. Director de Registro de Comercio:

Yo, _____ de _____ años de edad
(Nombre o Nombres y Apellido o Apellidos conforme al Documento de Identidad)
_____, originario (a) de _____, nacionalidad _____,
(ocupación u oficio)

Lugar y fecha de Nacimiento _____; con identificación personal número: _____,
(DUI, Carnet de Residente o pasaporte) extendido el _____ de _____ de _____ en la ciudad de _____;
N.I.T. número _____ y registro de I.V.A número _____; y Giro o Actividad Económica
_____. (De conformidad al Registro de I.V.A.); todo lo cual presento en fotocopia
debidamente certificada ante Notario.

Por este medio vengo a SOLICITAR RENOVACIÓN DE MATRICULA DE EMPRESA Y ESTABLECIMIENTO, para el año
_____, de conformidad con el art. 411 y siguientes del código de Comercio; para lo cual proporciono la siguiente información:

1 Nombre de la empresa _____
2 Dirección de la empresa: _____
3 Naturaleza: _____
4 Actividad Económica que realiza: _____ (Conforme al Registro de I.V.A.)
5 Fecha exacta de Inicio de Operaciones: _____
6 Balance General del período al _____ de _____ de _____, inscrito al número _____ del libro _____
de Balances, de fecha _____ de _____ de _____ con un monto de Activo (en letras) _____
_____ COLONES, equivalente a _____ DOLARES.
y que tiene establecimiento denominado: _____

ubicado en _____ (Dirección exacta)
(si fueren más de un Establecimientos, indico en anexo con los requisitos indicados)

Asimismo reporto el siguiente cambio ó Modificación al Asiento relacionado de fecha _____ de _____ de _____, publicados
sus carteles en el Diario Oficial de fecha _____ de _____ del Tomo _____ y en el Periódico _____, de fecha
_____ de _____ de _____, de la siguiente manera: _____

(indicar en que consiste la modificación ó cambio)

Presento Constancia de Estadística y Censos, Solvencia de la Alcaldía Municipal y Recibos de pago de los Derechos Registrales para el año _____

Señalo para oír Notificaciones la siguiente dirección _____

Teléfono _____ Fax _____ Correo Electrónico _____

Y comisiono al Sr.(a) _____ para retirar certificación, constancia y notificaciones en mi nombre. (según DUI)

(autenticada sino la presenta el firmante)

F. _____
Propietario



CENTRO NACIONAL DE REGISTROS REGISTRO DE COMERCIO

FORMULARIO RG-MEE 2

CARÁTULA DE PRESENTACIÓN DE SOLICITUDES DE MATRÍCULAS DE EMPRESAS Y ESTABLECIMIENTOS-PERSONA NATURAL

- SOLICITUD DE MATRÍCULA DE PRIMERA VEZ
- SOLICITUD DE RENOVACIÓN DE MATRÍCULA

NOMBRE COMERCIAL DE LA EMPRESA:

DOCUMENTACION ADJUNTA

- Solicitud
- Balance Inicial Certificado (Primera Vez)
- Balance General Certificado (Renovación)
- Fotocopia de NIT
- Fotocopia de Registro de IVA
- Fotocopia de DUI
- Constancia de Inscripción de la Empresa en la Dirección General de Estadística y Censo
- Constancia de Inscripción del Establecimiento en la Alcaldía Municipal respectiva(*)
- Recibo(s) Original(es) de Derechos de Reg. Por: \$ _____ \$ _____
- Constancia de autorización para el ejercicio de la actividad económica principal, extendida por la oficina correspondiente: Ejemplo: Si es Farmacia, presentar Autorización del Consejo Superior de Salud Pública
- Monto del activo: \$ _____

Otros: _____

(*) Si tiene Varios Establecimientos deberá acompañarse la Constancia de Inscripción de cada uno de ellos en las Alcaldías Municipales respectivas.

Nombre del Comerciante Individual: _____

Teléfono(s): _____ . Correo Electrónico: _____

Si el firmante de la solicitud es Apoderado: Debe tomarse en consideración que el Poder con que se actúa contiene facultades amplias y suficientes para representar al Propietario de la empresa individual en esta clase de diligencias, ya que en caso contrario, la solicitud no podrá atenderse.

Nombre del Apoderado: _____

Poder Inscrito en el Registro de Comercio al N° _____ del Libro _____ de Otros Contratos Mercantiles.

Persona Autorizada para Recibir Notificaciones y Retirar Documentos (Nombre, Generales y Documento de Identidad):

Firma del Propietario: _____ . Sello de la Empresa:
(o Apoderado en su caso)

NOTA: LOS ERRORES CONTENIDOS EN EL PRESENTE FORMULARIO PODRIAN GENERAR ATRASOS EN EL TRAMITE SOLICITADO.



CENTRO NACIONAL DE REGISTROS
REGISTRO DE COMERCIO
SOLICITUD DE MATRICULA EMPRESA Y ESTABLECIMIENTO (1° VEZ)
DE PERSONA JURIDICA

Sr. Director de Registro de Comercio:

Yo, _____; actuando en mi calidad de
Representante Legal de la sociedad denominada _____

Que se puede abreviar _____
del domicilio de _____.(Según Escritura Pública)

La cual fue constituida por Escritura Pública otorgada en la ciudad de _____, a las _____ horas y minutos del
día _____ de _____ de _____, ante los oficios del Notario _____, inscrita
en el Registro de Comercio bajo el Número _____ del Libro _____ del Registro de Sociedades, con fecha
_____ de _____ de _____.

Con Credencial Inscrita en el Registro de Comercio bajo el Número _____ del Libro _____ del Registro de Sociedades, con
fecha _____ de _____ de _____, vigente hasta el día _____ de _____ de _____.

Con NIT _____ y Registro de I.V.A. Número _____, con Giro o Actividad
Económica _____.(De conformidad al Registro de I.V.A.)

Por este medio vengo a solicitar a favor de mi representada POR PRIMERA VEZ Registro de Matrícula de Empresa y
Establecimiento para el año: _____

Y que tiene su Balance Inicial del período al _____ de _____ del año _____, inscrito al número _____, del
Libro _____ de Balances, de fecha _____, con un monto de Activo en letras) _____
_____ COLONES, equivalentes a _____ DOLARES.

Para lo cual proporciono los siguientes DATOS:

1 Nombre de la Empresa _____

2 Dirección de la Empresa: _____

3 Naturaleza: _____

4 Actividad Económica que realiza: _____

(Conforme al Registro al I.V.A.)

Nombre (s) y Dirección (es) de los establecimiento (s):

1

_____ fecha de Apertura _____

2

_____ fecha de Apertura _____

(si fueren más de Dos presentar anexo con el mismo formato de los establecimientos).

Presento Constancia de Estadística y Censos, Constancia de Inscripción de Establecimiento de la Alcaldía Municipal respectiva y Recibos de pago de los Derechos Regístrales para el año _____

Señalo para oír Notificaciones la siguiente dirección _____

Teléfono _____ Fax _____ Correo Electrónico _____

Y comisiono al Sr.(a) _____ para retirar certificación, constancia y notificaciones en mi nombre. (según DUI)

(autenticada sino la presenta el firmante)

F. _____
Representante legal



CENTRO NACIONAL DE REGISTROS
REGISTRO DE COMERCIO
SOLICITUD DE RENOVACIÓN DE MATRICULA DE EMPRESA Y
ESTABLECIMIENTO (S) DE PERSONA JURIDICA.

Sr. Director de Registro de Comercio:

Yo, _____; actuando en mi calidad de Representante Legal de la Sociedad denominada _____ Que se puede abreviar _____ del domicilio de _____ (Según Escritura Pública) La cual fue constituida por Escritura Pública otorgada en la ciudad de _____, a las _____ horas y _____ minutos del día _____ de _____ de _____, ante los oficios del Notario _____, inscrita en el Registro de Comercio bajo el Número _____ del Libro _____ del Registro de Sociedades, con fecha _____ de _____ de _____. Pacto Social que ha sido Modificado por Escritura Pública otorgada en la ciudad de _____, a las _____ horas y _____ minutos del día _____ de _____ de _____, ante los oficios del Notario _____, inscrita en el Registro de Comercio bajo el Número _____ del Libro _____ del Registro de Sociedades, con fecha _____ de _____ de _____. (Relacionar las Modificaciones pertinentes, en su caso). Con Credencial Inscrita en el Registro de Comercio bajo el Número _____ del Libro _____ del Registro de Sociedades, con fecha _____ de _____ de _____, vigente hasta el día _____ de _____ de _____. (Si la Credencial no se encuentra vigente, relacionar los datos de inscripción y fecha de la misma de la última credencial inscrita y relacionar que de conformidad con el Art. 265 del Código de Comercio el Representante Legal continúa en el ejercicio del cargo). Con NIT _____ y Registro de I.V.A. Número _____; con Giro o Actividad Económica _____. (De conformidad al Registro de I.V.A.) Por este medio vengo a solicitar Renovación de Registro de Matrícula de Empresa y Establecimiento para el año: _____, a favor de mi representada, con Número de Asiento de Matrícula _____; y que tiene su Balance General del período al _____ de _____ del año _____, inscrito al número _____, del Libro _____ de Balances, de fecha _____, con un monto del Activo (en Letras) _____ COLONES, equivalentes a _____ DOLARES.

Para lo cual proporciono los siguientes DATOS:

- 1 Nombre de la Empresa _____
- 2 Dirección de la Empresa: _____
- 3 Naturaleza: _____

4 Actividad Económica que realiza: _____
(Conforme al Registro de I.V.A.)

Nombre (s) y Dirección (es) de los establecimiento (s):

1 _____
_____ fecha de Apertura _____

2 _____
_____ fecha de Apertura _____

(si fueren más de Dos presentar anexo con el mismo formato de los establecimientos).

Además VENGO a Reportar el siguiente cambio ó Modificación al Asiento relacionado de fecha _____ de _____ de _____, publicados sus carteles en el Diario Oficial de fecha _____ de _____ del Tomo _____ y en el Periódico _____, de fecha _____ de _____ de _____, de la siguiente manera: _____
_____ (indicar en que consiste la modificación ó cambio).

Presento Constancia de Estadística y Censos, Solvencia de la Alcaldía Municipal y Recibos de pago de los Derechos Registrales para el año _____.

Señalo para oír Notificaciones la siguiente dirección _____

Teléfono _____ Fax _____ Correo Electrónico _____

Y comisiono al Sr.(a) _____ para retirar certificación, constancia y notificaciones en mi nombre.
(según DUI)

(autenticada sino la presenta el firmante)

F. _____
Representante legal



CENTRO NACIONAL DE REGISTROS
REGISTRO DE COMERCIO

FORMULARIO RG-MEE 1

CARÁTULA DE PRESENTACIÓN DE SOLICITUDES DE MATRÍCULAS DE EMPRESAS Y ESTABLECIMIENTOS-PERSONA JURÍDICA

- **SOLICITUD DE MATRICULA DE PRIMERA VEZ**
- **SOLICITUD DE RENOVACION DE MATRICULA**

NOMBRE COMERCIAL DE LA EMPRESA:

DOCUMENTACION ADJUNTA

- Solicitud
- Balance Inicial Certificado (Primera Vez)
- Balance General Certificado (Renovación)
- Fotocopia de NIT
- Fotocopia de Registro de IVA
- Constancia de Inscripción de la Empresa en la Dirección General de Estadística y Censo
- Constancia de Inscripción del Establecimiento en la Alcaldía Municipal respectiva(*)
- Recibo(s) Original(es) de Derechos de Reg. Por: \$ _____ \$ _____
- Constancia de autorización para el ejercicio de la actividad económica principal, extendida por la oficina correspondiente: Ejemplo: Si es Farmacia, presentar Autorización del Consejo Superior de Salud Pública
- Monto del Activo \$ _____

Otros: _____

(*) Si tiene Varios Establecimientos deberá acompañarse la Constancia de Inscripción de cada uno de ellos en las Alcaldías Municipales respectivas.

Nombre del Representante Legal: _____
(Conforme a Credencial Vigente)

Credencial Inscrita en el Registro de Comercio al N° _____ del Libro _____ de Registro de Sociedades.

Teléfono(s): _____ . Correo Electrónico: _____

Si el firmante de la solicitud es Apoderado: Debe tomarse en consideración que el Poder con que se actúa contiene facultades amplias y suficientes para representar a la empresa en esta clase de diligencias, ya que en caso contrario, la solicitud no podrá atenderse.

Nombre del Apoderado: _____

Poder Inscrito en el Registro de Comercio al N° _____ del Libro _____ de Otros Contratos Mercantiles.

Persona Autorizada para Recibir Notificaciones y Retirar Documentos (Nombre, Generales y Documento de Identidad):

Firma del Representante Legal: _____ . Sello de la Empresa:
(o Apoderado en su caso)

NOTA: LOS ERRORES CONTENIDOS EN EL PRESENTE FORMULARIO PODRIAN GENERAR ATRASOS EN EL TRAMITE SOLICITADO.



CENTRO NACIONAL DE REGISTROS
REGISTRO DE COMERCIO

FORMULARIO RG-DM 1

CARÁTULA DE PRESENTACIÓN DE DOCUMENTOS MERCANTILES

• **TIPO DE DOCUMENTO**

- | | | | |
|-------------------|--------------------------|-------------------------------|--------------------------|
| Escritura Pública | <input type="checkbox"/> | Documento Privado Autenticado | <input type="checkbox"/> |
| Acta Notarial | <input type="checkbox"/> | Certificación | <input type="checkbox"/> |

• **ACTO JURIDICO: Marcar todos los Actos que contenga el Instrumento.**

- | | | | |
|------------------------------|--------------------------|------------------------------|--------------------------|
| Constitución de Sociedad | <input type="checkbox"/> | Modificación de Sociedad (*) | <input type="checkbox"/> |
| Aumento de Capital (**) | <input type="checkbox"/> | Disminución de Capital (**) | <input type="checkbox"/> |
| Cambio de Denominación | <input type="checkbox"/> | Sucursal Extranjera | <input type="checkbox"/> |
| Acuerdo de Disolución | <input type="checkbox"/> | Poder Extranjero | <input type="checkbox"/> |
| Nombramiento de Liquidadores | <input type="checkbox"/> | Poder Mercantil | <input type="checkbox"/> |
| Escritura de Disolución | <input type="checkbox"/> | Revocatoria de Poder | <input type="checkbox"/> |
| Escritura de Liquidación | <input type="checkbox"/> | Crédito a la Producción | <input type="checkbox"/> |
| Credencial de Elección | <input type="checkbox"/> | Cancelación de Crédito | <input type="checkbox"/> |
| Nombramiento de Gerente | <input type="checkbox"/> | Constitución de Prenda | <input type="checkbox"/> |
| Arrendamiento Financiero | <input type="checkbox"/> | Cancelación de Prenda | <input type="checkbox"/> |
| Fideicomiso | <input type="checkbox"/> | Hipoteca de Empresa | <input type="checkbox"/> |
| Embargo | <input type="checkbox"/> | Modificación de Hipoteca (*) | <input type="checkbox"/> |
| Cancelación de Embargo | <input type="checkbox"/> | Cancelación de Hipoteca | <input type="checkbox"/> |

Otros: _____

(*) Tipo de Modificación: _____

(**) Monto del Aumento: \$ _____ Nuevo Capital Social \$ _____

(**) Monto de la Disminución \$ _____ Nuevo Capital Social \$ _____

Nombre del Notario Autorizante: _____
(Nombre de la Sociedad en caso de Credenciales)

Teléfono(s): _____ Correo Electrónico: _____

DOCUMENTACION ADJUNTA

- Recibo(s) Original(es) de Derechos de Reg. Por: \$ _____ \$ _____ \$ _____
 Fotocopias Reducidas
 Solvencia de Renta

Publicaciones de Ley
Acuerdo Min. Economía

Otros: _____

Persona Autorizada para Recibir Notificaciones y Retirar Documentos (Nombre, Generales y Documento de Identidad):

Firma del Notario: _____ Sello del Notario:
(Representante Legal en caso de Credenciales) (De la sociedad en caso de Credenciales)

NOTA: LOS ERRORES CONTENIDOS EN EL PRESENTE FORMULARIO PODRIAN GENERAR ATRASOS EN EL TRAMITE SOLICITADO.



CENTRO NACIONAL DE REGISTROS REGISTRO DE COMERCIO

FORMULARIO RG-B 1

CARÁTULA DE PRESENTACIÓN DE BALANCES

- **TIPO DE BALANCE:**

Inicial	<input type="checkbox"/>	General	<input type="checkbox"/>
Rectificación	<input type="checkbox"/>	Liquidación	<input type="checkbox"/>

- **DOCUMENTACION ADJUNTA:**

Recibo Original de Derechos de Reg.	Por: \$ _____	<input type="checkbox"/>
Fotocopia Reducida		<input type="checkbox"/>
Fotocopia de NIT		<input type="checkbox"/>
Certificación de punto de acta de la Aprobación o Rectificación de los Estados Financieros, firmada por el secretario de la junta general, debidamente autenticada su firma por Notario.		<input type="checkbox"/>
Autorización del Ministerio de Economía de la inversión extranjera (original o fotocopia certificada), si se trata de un balance inicial.		<input type="checkbox"/>
Solicitud de petición autenticada exponiendo el motivo de la rectificación, firmada por el Propietario, Representante Legal o Apoderado.		<input type="checkbox"/>
Balance original inscrito que se solicita Rectificar.		<input type="checkbox"/>

Nombre del Representante Legal (o Liquidadores en su caso):

(Conforme a Credencial Vigente)

Credencial Inscrita en el Registro de Comercio al N° _____ del Libro _____ de Registro de Sociedades.

Si el firmante de la solicitud es Apoderado: Debe tomarse en consideración que el Poder con que se actúa contiene facultades amplias y suficientes para representar a la empresa en esta clase de diligencias; en caso contrario, la solicitud no podrá atenderse.

Nombre del Apoderado: _____

Poder Inscrito en el Registro de Comercio al N° _____ del Libro _____ de Otros Contratos Mercantiles.

Persona Autorizada para Recibir Notificaciones y Retirar Documentos (Nombre, Generales y Documento de Identidad):

Teléfono(s): _____ . Correo Electrónico: _____

Código de Notificación: _____ (Si no lo tiene solicitar el formulario)

Firma del Representante Legal: _____ Sello de la Empresa:
(o del Apoderado en su caso)

NOTA: LOS ERRORES CONTENIDOS EN EL PRESENTE FORMULARIO PODRIAN GENERAR ATRASOS EN EL TRAMITE SOLICITADO.



CENTRO NACIONAL DE REGISTROS
REGISTRO DE COMERCIO

**FORMATO DE CREDENCIAL DE ELECCIÓN
DE JUNTA DIRECTIVA O
ADMINISTRADOR ÚNICO**

EL (LA) INFRASCrito(A) SECRETARIO(A) DE LA JUNTA GENERAL ORDINARIA DE ACCIONISTAS [*ó manifestar el cargo de la persona que ostente la Representación Legal*] de la **SOCIEDAD** _____, que se abrevia _____, [*La Denominación de la Sociedad y su abreviatura deben consignarse conforme consta en su Pacto Social*], la cual se encuentra inscrita en el Registro de Comercio bajo el Número _____ del Libro _____ del Registro de Sociedades, **CERTIFICA:** Que en el Libro de Actas de Junta General de Accionistas que legalmente lleva esta sociedad se encuentra asentada la Acta Número _____ de Junta General Ordinaria de Accionistas, celebrada en la ciudad de _____, a las _____ horas del día ____ de ____ de dos mil _____ y consta que en su Punto Número ____ [*o Único*] se acordó elegir la nueva administración de la Sociedad, quedando integrada la nueva Junta Directiva por las siguientes personas: [*ó resultando electos para los cargos de Administrador Único Propietario y Suplente las siguientes personas:*]

[Manifestar cargos de Directores o Administradores Propietarios y Suplentes de acuerdo al pacto social y nombres completos conforme DUI o documento de identidad correspondiente en caso de extranjeros, de las personas electas, su edad, profesión u oficio, domicilio y nacionalidad]

[Deberá tenerse siempre presente que la elección de Directores o Administradores Únicos Propietarios, requiere la elección de igual número de Suplentes, de conformidad con el Art. 264 del Código de Comercio]

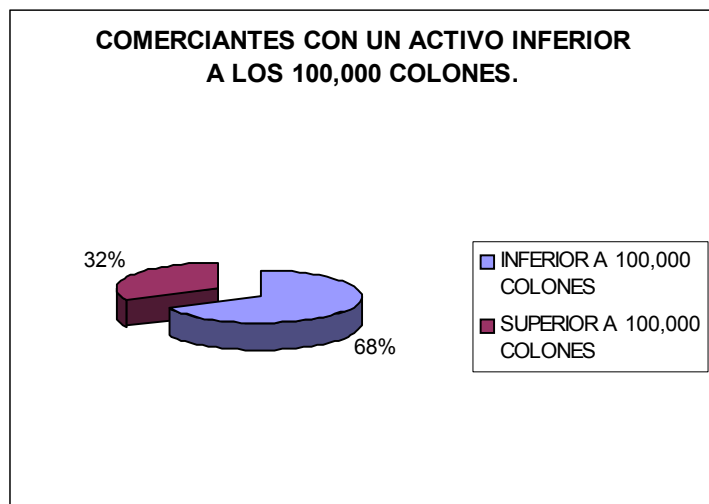
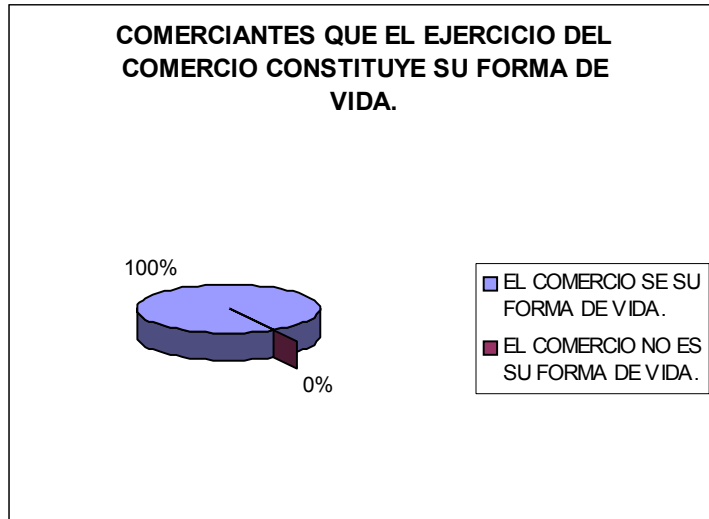
[En el caso de elección de Junta Directiva manifestar cuáles Directores tienen la representación legal de acuerdo al pacto social].

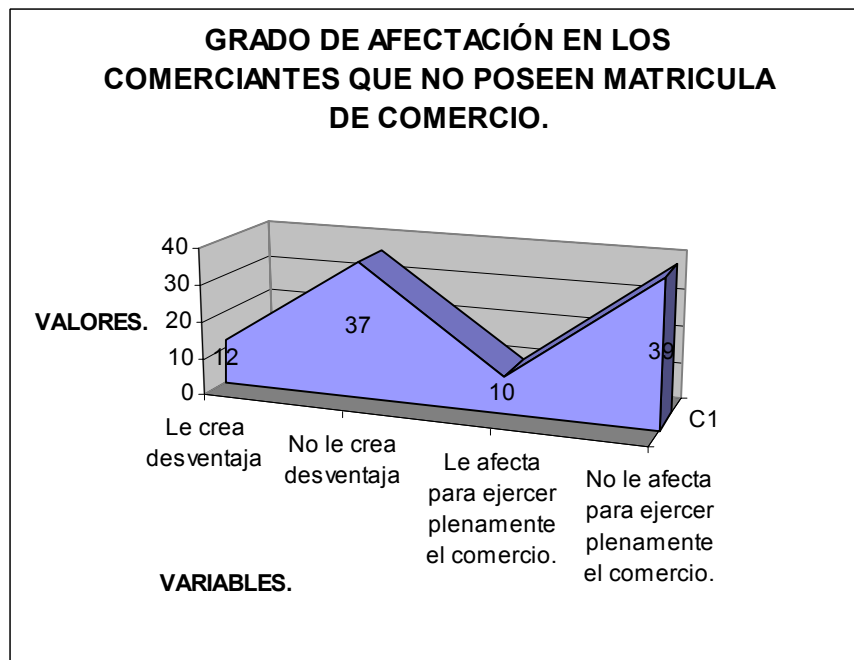
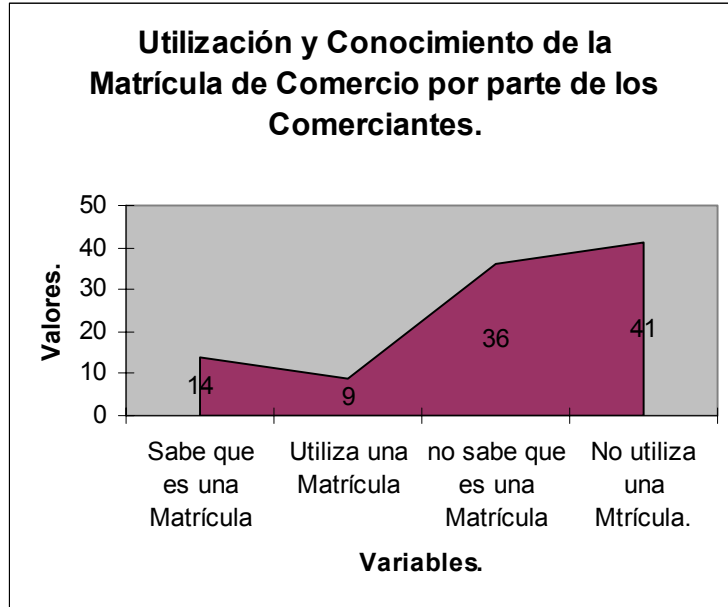
Las personas nombradas fungirán para el período de _____ años [*de acuerdo al pacto social*], contados a partir de la fecha de elección [*ó de la inscripción de la presente en el Registro de Comercio*] (*de acuerdo al pacto social*).

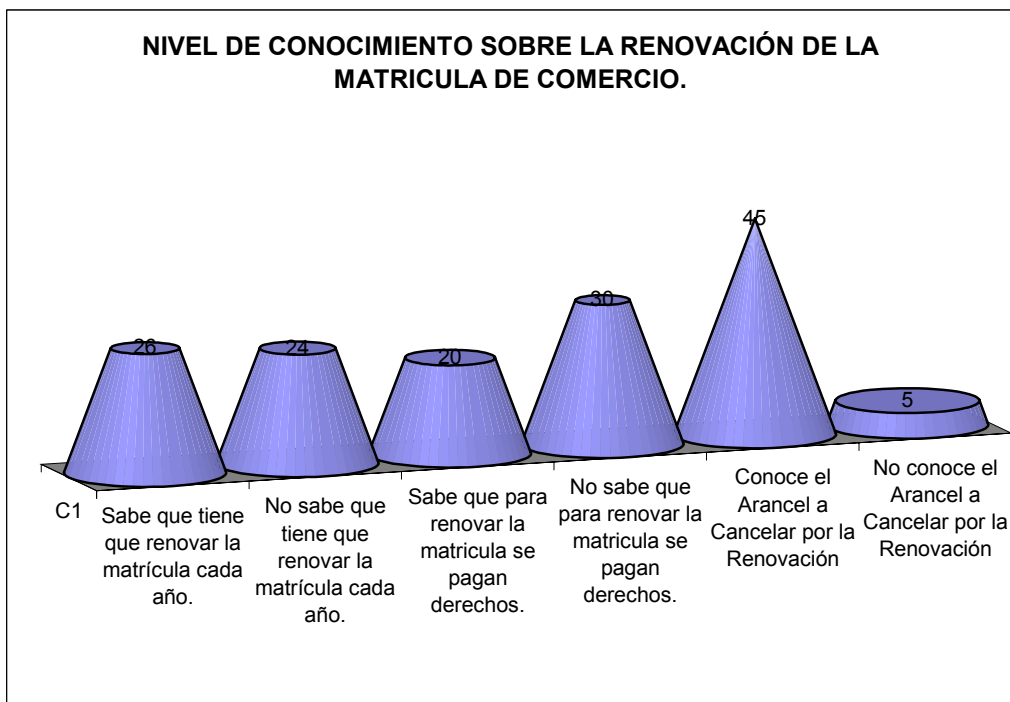
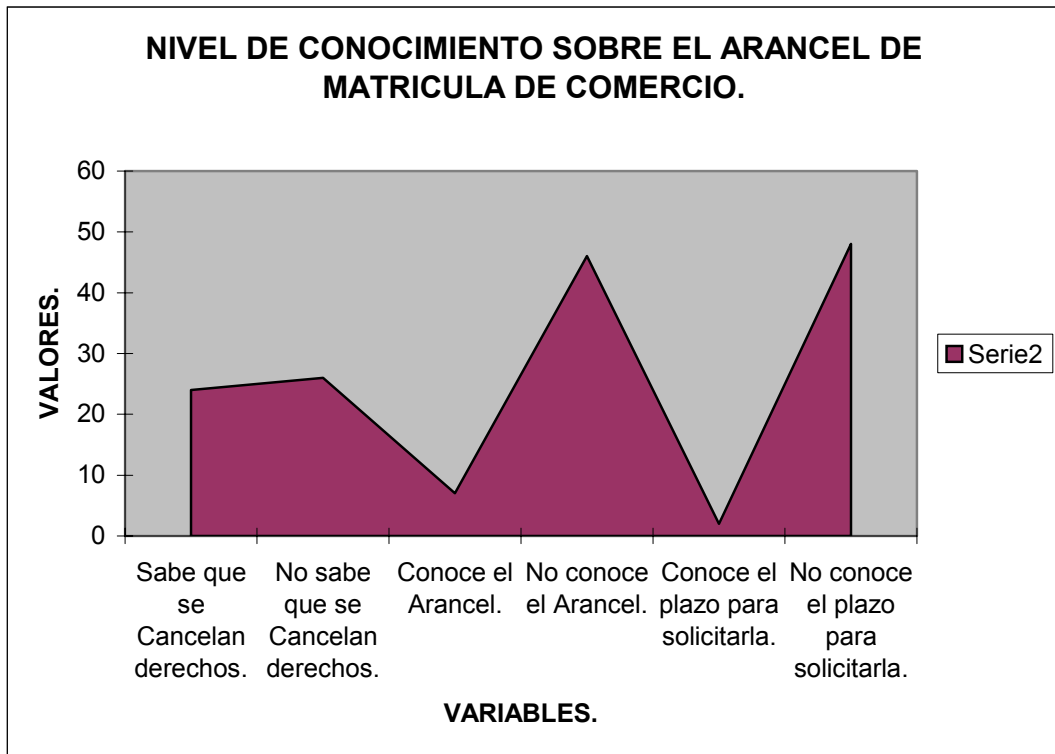
Y para ser presentada en el Registro de Comercio, se extiende la presente a las _____ horas del día ____ de ____ de dos mil _____.

[Firma y manifestación del cargo del firmante, ya sea el Secretario de la Junta General de Accionistas o de la persona que ostenta la Representación Legal de la sociedad].

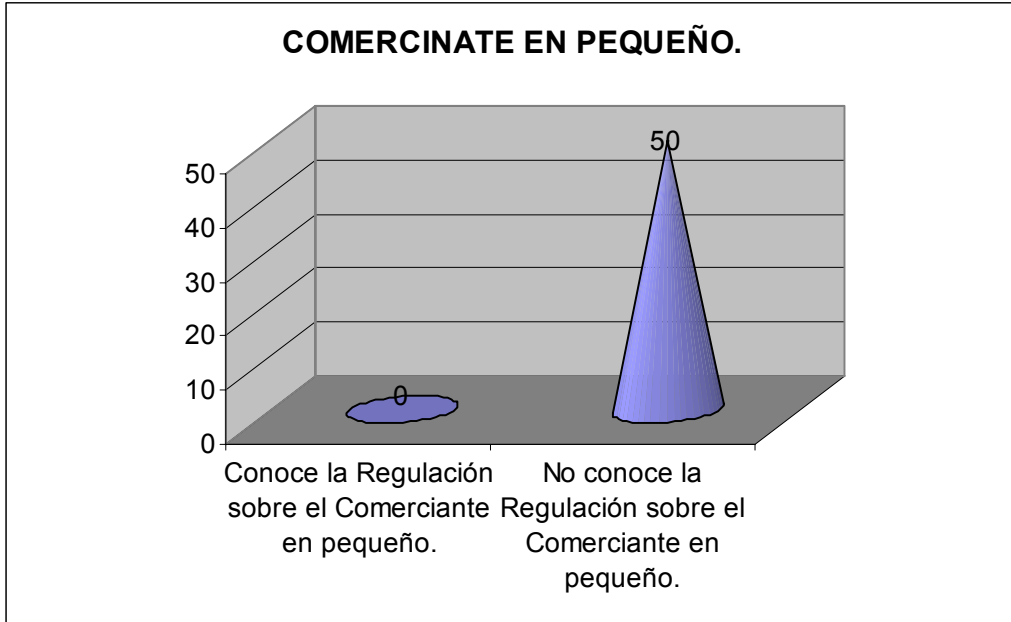
[Legalización Notarial de firma].



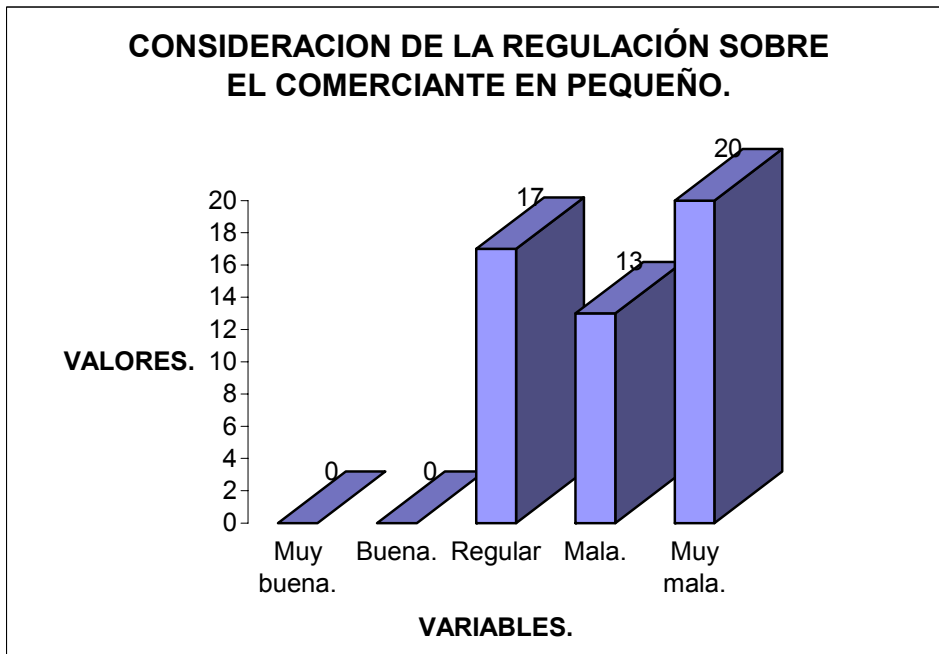




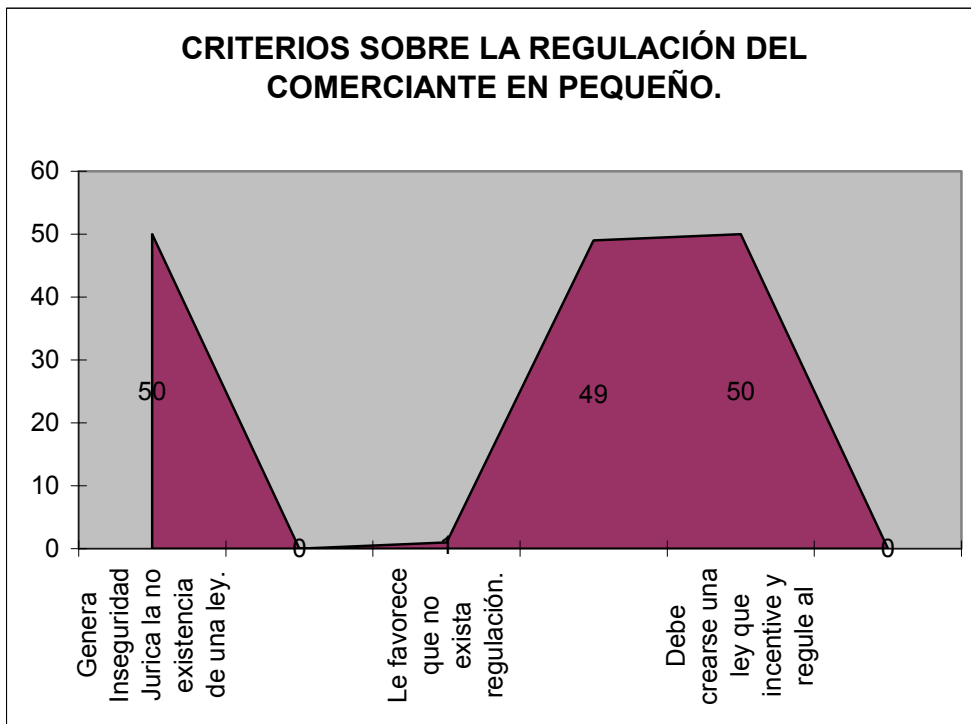
ANEXO 21



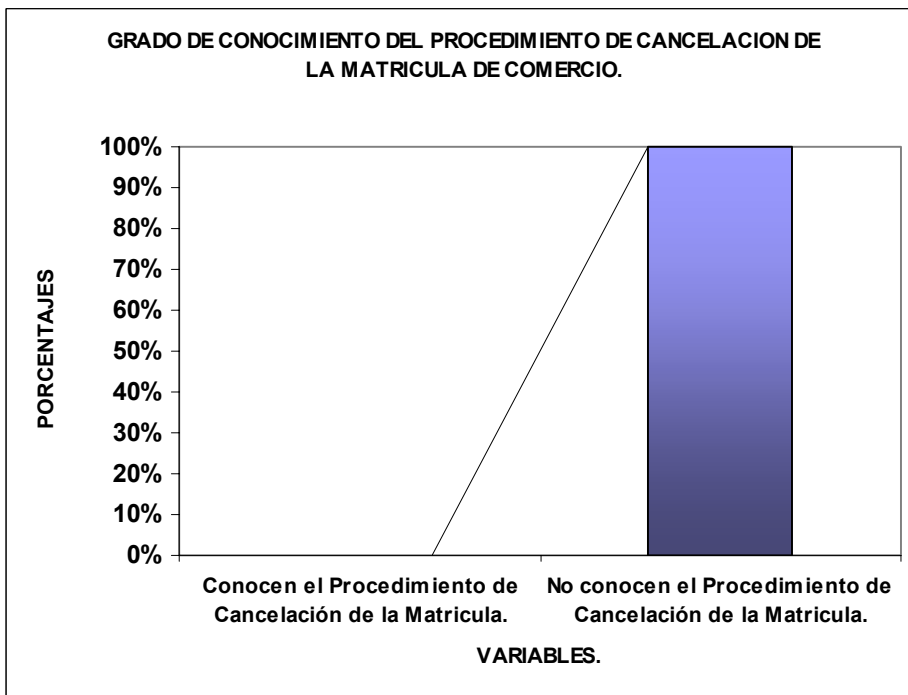
ANEXO 22

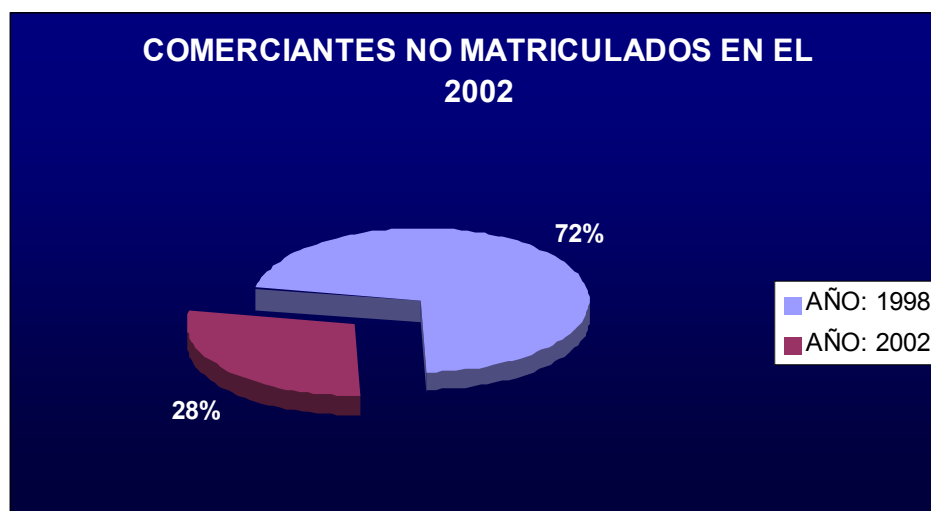
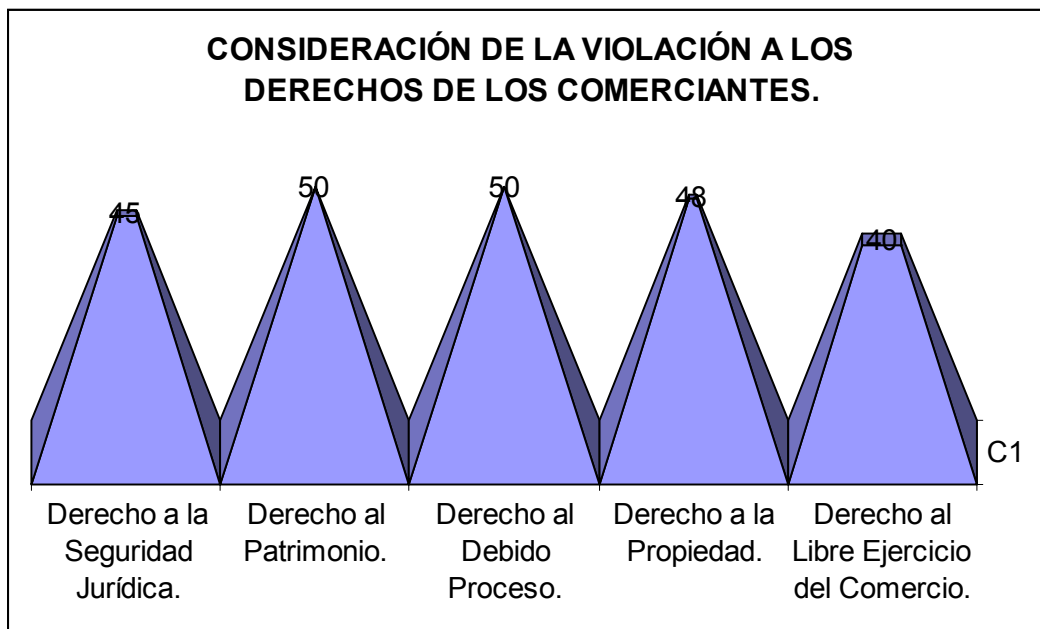


ANEXO 23

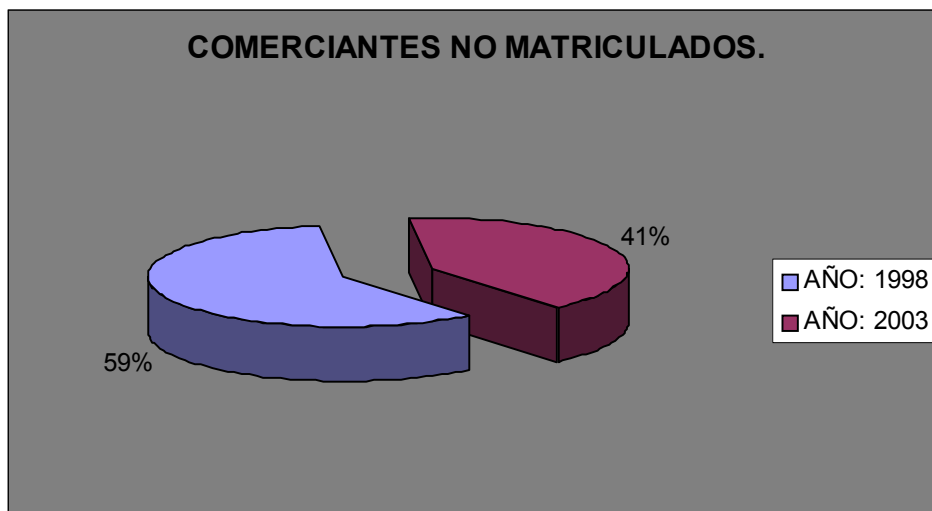


ANEXO 24

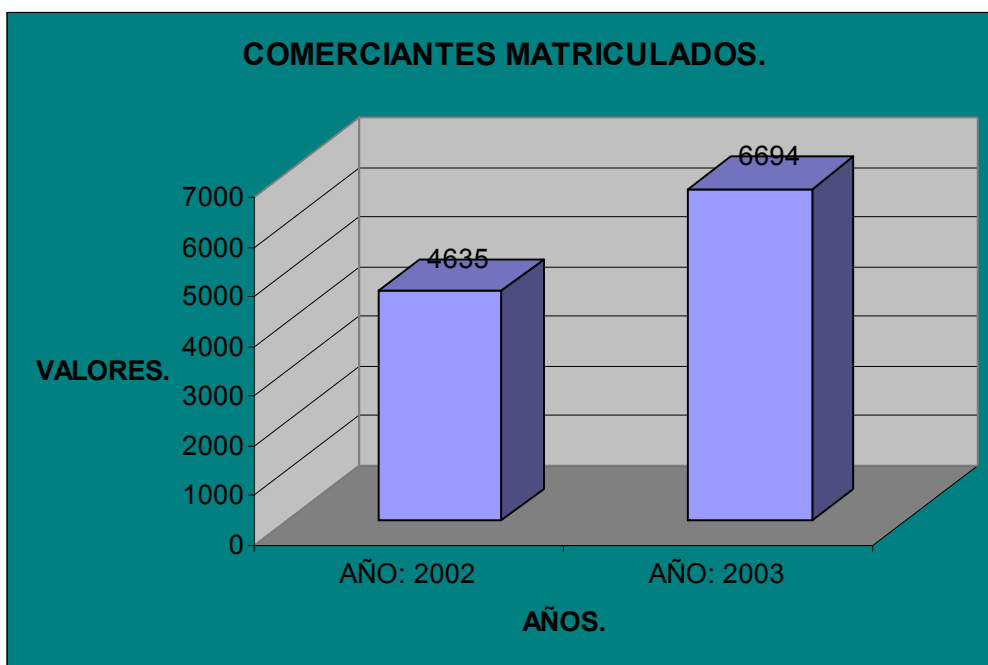




ANEXO 27



ANEXO 28



BIBLIOGRAFIA.**LIBROS.**

ALESANDRI RODRÍGUEZ, A. Y SOMARRIVA UNDURRAGA, M., *Curso de Derecho Civil, Los Bienes y los Derechos Reales*, Tercera Edición, Editorial Nacimiento, Santiago de Chile, 1974

ARELLANO GARCÍA, CARLOS, *Practica Forense Mercantil*, Décimo Cuarta Edición, Editorial PORRUA, México, 2001.

ARIÑO ORTIZ, G., *Principios de Derecho Público Económico*, Editorial COMARES, S.L., Granada 2004,

AVILA NAVARRO, P., *El Registro Mercantil*, Primera Edición, Tomo I, Editorial Bosh, Casa Editorial, S.A., Barcelona, 1997.

AYALA, J. Y OTROS, *Manual de Justicia Administrativa*, Primera Edición, San Salvador, El Salvador, Consejo Nacional de la Judicatura, Escuela de Capacitación Judicial, 2003,

AYALA, J., *Manual de Justicia Administrativa*, Primera Edición, Consejo Nacional de la Judicatura, Escuela de Capacitación Judicial, San Salvador, El Salvador, 2003

BACIGALUPO M., *Monografías Jurídicas, La Discrecionalidad Administrativa*, Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, S.A., Madrid, 1997

BERTRAND GALINDO, F., *Manual de Derecho Constitucional*, Primera Edición, Centro de Investigación y Capacitación, Proyecto de Reforma Judicial, 1992

BIDART CAMPOS, G., *Compendio de Derecho Constitucional*, Primera Edición, Editorial EDIAR, Buenos Aires, 2004,

BROSETA PONT, MANUEL, *Manual de Derecho Mercantil*, 2º Edición, Editorial TECNOS, 1974.

CABANELLAS G., *Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual*, Veintitresiaava Edición, Editorial HELIASTA.

CERVANTES AHUMADA, RAÚL, *Derecho Mercantil*, Primer Curso.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, *Líneas y Criterios Jurisprudenciales, Sala de lo Contencioso Administrativo*, Centro de Documentación Judicial, Primera Edición, El Salvador, año 2001,

CUESTAS, DR. H., *Recopilación de Apuntes, Derecho Administrativo II*, Facultad de Jurisprudencia y Ciencias Sociales, Universidad José Matías Delgado

DE SOLA CAÑIZARES, FELIPE, *Tratado de Derecho Comercial Comparado*, Editorial Montaner y Simon, S.A, Barcelona, 1963.

DIAZ PICAZO, L., *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*, Volumen Primero, Quinta edición, Editorial CIVITAS, Madrid, 1996, P

DICCIONARIO ENCICLOPÉDICO QUILLET, Editorial Argentina Arístides Quillet, S.A., Buenos Aires, Edición 1976.

FERNÁNDEZ, OSPINA, *Regimen General de Las Obligaciones*, Séptima Edición Actualizada, Editorial TEMIS, S.A., Bogota – Colombia, 2001.

FONTANARROSA, O RODOLFO, *Derecho Comercial Argentino*, parte general.

FRAGA, GAVINO, *Derecho Administrativo*, Editorial Porrúa, 1973,

G.D. ANISIMOV y OTROS, *Diccionario Marxista de Economía Política*, Ediciones de Cultura Popular, S.A., Primera Edición.

GABINO PINZON, J., *Derecho Comercial*, Vol. I, Editorial TEMIS, Bogotá, 1957.

GABINO ZIULU, A., *Derecho Constitucional*, Editorial DEPALMA, Buenos Aires, 1997.

GALINDO SIFUENTES, ERNESTO, *Derecho Mercantil, Comerciantes, Comercio Electrónico, Contratos Mercantiles y Sociedades*.

GAMERO CASADO, E., *Derecho Administrativo, Monografías*, Primera Edición, San Salvador, El Salvador, Consejo Nacional de la Judicatura, Escuela de Capacitación Judicial, 2001

GARRIGUES, JOAQUIN, *Curso de Derecho Mercantil*, reimpresión de la Séptima Edición, Editorial TEMIS, Bogota – Colombia, 1987.

GASCON ABELLAN, M., *Interpretación y Argumentación Jurídica*, Escuela de Capacitación Judicial, Unidad Técnica Ejecutiva, 2004

GONZALEZ PEREZ, J., *Manual de Practica Forense Administrativa*, Sexta Edición, Editorial CIVITAS, 2001

GONZALEZ RODRIGUEZ, M., *Seminario Debido Proceso y Derechos Humanos*, Primera Edición, Ediciones de la Comisión de las Comunidades Europeas, 2001

HOYOS, A., *El Debido Proceso*, Editorial TEMIS, S.A., Bogota Colombia, 1996

KARSTEN SCHMIDT, *Derecho Comercial*, traducción de la tercera edición alemana, Editorial Astrea, Buenos Aires, 1997.

L. FERNANDEZ, RAYMUNDO, *Tratado Teórico – Práctico de Derecho Comercial*, tomo II, Editorial Okpafina, Buenos Aires, 1993.

LATORRE, AVELARDO, *Introducción al Derecho*, Octava Edición, Editorial ARIEL, S.A., Barcelona, 1991.

LEGUIZAMON ACOSTA, W., *Derecho Constitucional Económico*, Segunda Edición, Ediciones Jurídicas GUSTAVO IBAÑEZ, 2002.

LUIS RIBO DURAN, *Diccionario de Derecho*, versión 1.0, Ed. BOSCH, Casa Editorial S.A., Copyright, 1995.

M.M. ROSENTAL y P.F. IUDIN, *Diccionario Filosófico*, Ediciones Tecolut.

MARAVILLA Y ROMERO, J., *Derecho Procesal Administrativo*, Segunda Edición, Editorial Revisada de Derecho Privado, Madrid, 1948.

NESTOR JORGE MUSTO, *derechos reales*, Tomo I, Editorial ASTREA, Buenos Aires, año 2000.

OCTAVIO CALVO, M., *Derecho Mercantil*, Cuadragésimo Segunda Edición, Editorial Banca y Comercio, México, 1995

OSORIO, MANUEL Y OTROS, ENCICLOPEDIA JURÍDICA OMEBA, Editorial DRISKILL S.A., Buenos Aires, Sarandi 1370.

OSVALDO E PISANI, *Elementos de Derecho Comercial*, Parte General, Editorial ASTREA, Buenos Aires, 2002.

PACHECO G., MÁXIMO, *Teoría del Derecho*, Cuarta Edición, Editorial Jurídica de Chile, 1993.

PROYECTO DE CODIGO DE COMERCIO DE LA REPUBLICA DE EL SALVADOR, Publicación del Ministerio de Justicia, El Salvador, Centro América, 1959.

Proyecto Regional de Justicia / PNUD, Acceso a la justicia en Centroamérica : seguridad jurídica e inversión, 1a. Edición, San José, C.R., Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo, año 2000.

RIVERA, J., *Instituciones de Derecho Civil*, Parte General, Editorial ABELEDO PERROT, Buenos Aires, 1993.

ROBERTO L. MANTILLA MOLINA, *Derecho Mercantil*, Vigésimo Novena Edición, Editorial PORRUA, S.A., Mejico, 1993.

ROBLEDO VILLAR, A., *Delitos Contra el Patrimonio y el Orden Socioeconómico*, Primera Edición, Editorial BOSCH, Barcelona, 1997.

RODRIGUEZ RODRÍGUEZ, JOAQUÍN, *Curso de Derecho Mercantil*, Vigésimo Quinta Edición, Editorial PORRUA, México, 2001.

SANCHEZ CALERO, FERNANDO, *Instituciones de Derecho Mercantil*, Vigésima Edición, Editorial McGraw – Hill, Madrid, 1997.

URIA, RODRIGO, *Derecho Mercantil*, Novena Edición, Imprenta Aguirre, Madrid MCMLXXIV, 1974.

VALENCIA ZEA, A., *Derecho Civil*, Séptima Edición, Editorial TEMIS, Bogota Colombia, 1983.

VARELA, C., *Valoración de la Prueba*, Segunda Edición actualizada y ampliada, Editorial ASTREA, Buenos Aires, 1999.

VASQUEZ DEL MERCADO, OSCAR, *Contratos Mercantiles*, Novena Edición, Editorial PORRUA, México, 1999.

VON TUHR. A., *Derecho Civil*, Teoría General del Derecho Civil Alemán, Volumen I, Editorial MARCIAL PONS, EDICIONES JURIDICAS Y SOCIALES, S.A., Madrid, 1998.

JURISPRUDENCIA DE LA SALA DE LO CONSTITUCIONAL.

Sentencia de 26-II-2002, Inc. 24-98, Considerando IV 4.

Sentencia de 23-III-2001, Inc. 8-97, Considerando VI 1.

Sentencia de 7-IX-2001, Inc. 15-98, Considerando IV 1 B.

Sentencia de 21-VII-1998, Amp. 62-97, Considerando III.

Sentencia de 15-VI-1999, Amp. 197-98, Considerando III 3.

Sentencia de 19-III-2001, Amp. 305-99, Considerando II 2.

Sentencia de 26-II-2001, Amp. 54-99. Máxima 4.

Sentencia de 25-XI-2002, Amp. 349-02. Máxima 1.

Sentencia de 17-XII-1999, Amp. 48-98, Considerando III 2.

Sentencia de 17-XII-1999, Amp. 48-98, Considerando III 2.

Sentencia de 21-VII-1998, Amp. 62-97, Considerando III.

26-II-2001, Amp. 54-99. Máxima 1.

16-IV-2002, Amp. 50-2001. Máxima 1.

Sentencia de 26-II-2001, Amp. 54-99. Máxima 6.

Sentencia de 13-VIII-2002, Inc. 15-99, considerando VI 3).

Sentencia de 26-VII-1999, Inc. 2-92, Considerando III 2.

Sentencia de 13-X-1998, Amp. 150-97.

16-XII-1997, Amp. 9-S-95, Considerando III 4.

Sentencia de 17-XII-1992, Inc. 3-92, Considerando XVIII.

Sentencia de 13-X-1998, Amp. 150-97, Considerando II 1.

Sentencia de 2-VII-1998, Amp. 1-I-96, Considerando II 1.

Sentencia de 13-X-1998, Amp. 150-97, Considerando II 1.

Sentencia de 17-XII-2002, Cas. 1370-2002, Considerando I.

Sentencia de 26-VIII-1998, Amp. 317-97, Considerando III 2.

Sentencia de 26-II-2002, Inc. 24-98, Considerando V 3.

TESIS

BENITEZ BENITEZ, SANDRA LORENA Y POSADA CRUZ, CLAUDIA ESTELA, Los Auxiliares de los Comerciantes, en la Realidad Mercantil Salvadoreña, Tesis para optar al título de Licenciada en Ciencias Jurídicas, Universidad de El Salvador, 1993.

MORAN SALINAS, RICARDO, Las Matriculas de Comercio en la Legislación Salvadoreña, Tesis para optar al Título de Licenciado en Ciencias Jurídicas, 1975.

LEGISLACIÓN.

Ley de Registro y Matricula de Comercio, 1973 (Derogada)

Ley Reguladora del Ejercicio del Comercio e Industria, Asamblea Legislativa, Decreto número 279, del doce de marzo de 1969, publicada en el Diario Oficial número 60, TOMO N° 222, de fecha 27 de marzo de 1969

Constitución de la República de El Salvador, Asamblea Legislativa, Decreto número 38, del 15 de diciembre de 1983, publicada en el Diario Oficial número 234, TOMO N° 281, de fecha 16 de diciembre de 1983; *Constitución Leyes Civiles y de Familia*, Editor Luis Vasquez Lopez, Editorial LIS, 2001.

Código Civil, Asamblea Legislativa, 10 de abril de 1960, publicada en la Gaceta Oficial número 85, TOMO N° 8, de fecha 14 de abril de 1960; *Constitución Leyes Civiles y de Familia*, Editor Luis Vasquez Lopez, Editorial LIS, 2001.

Código de Procedimientos Civiles, *Constitución Leyes Civiles y de Familia*, Editor Luis Vasquez Lopez, Editorial LIS, 2001.

Código de Comercio, Asamblea Legislativa, Decreto número 671, del 8 de mayo de 1970, publicada en el Diario Oficial número 140, TOMO N° 228, de fecha 31 de julio de 1970; *Recopilación de Leyes en Materia Mercantil*, Editor Luis Vasquez Lopez, Editorial LIS, 2000.

Ley de Procedimientos Mercantiles, Asamblea Legislativa, Decreto número 360, del 14 de junio de 1973, publicada en el Diario Oficial número 120, TOMO N° 239, de fecha 29 de junio de 1973; *Recopilación de Leyes en Materia Mercantil*, Editor Luis Vasquez Lopez, Editorial LIS, 2000.

Ley de la Dirección General de Registro, Asamblea Legislativa, Decreto número 502, del 29 de abril de 1976, publicada en el Diario Oficial número 88, TOMO N° 251, de fecha 13 de mayo de 1976; *Recopilación de Leyes en Materia Mercantil*, Editor Luis Vasquez Lopez, Editorial LIS, 2000.

Ley del Registro de Comercio, Asamblea Legislativa, Decreto número 271, del 15 de febrero de 1973, publicada en el Diario Oficial número 44, TOMO N° 238, de fecha 5 de marzo de 1973; *Recopilación de Leyes en Materia Mercantil*, Editor Luis Vasquez Lopez, Editorial LIS, 2000.

Reglamento de la Ley del Registro de Comercio, Asamblea Legislativa, Decreto número 33, del 4 de mayo de 1973, publicada en el Diario Oficial número 82, TOMO N° 239, de fecha 7 de mayo de 1973; *Recopilación de Leyes en Materia Mercantil*, Editor Luis Vasquez Lopez, Editorial LIS, 2000.

Ley de Procedimientos Uniformes Para la Presentación, Tramite y Registro o Deposito de Instrumentos en los Registros de la Propiedad Raíz e Hipotecas, Social de Inmuebles, de Comercio y de Propiedad Intelectual, Asamblea Legislativa, Decreto número 257, del 28 de enero de 2004.