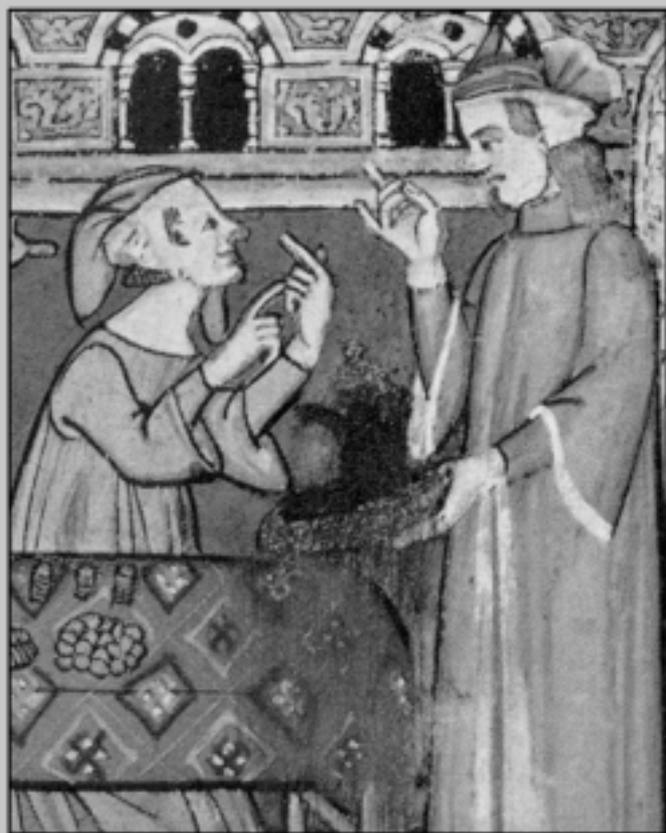


MANUAL DE DERECHO MERCANTIL

JOSÉ RENÉ ORÚE CRUZ

EDITORIAL HISPAMER
2003

José René Orúe Cruz



MANUAL DE Derecho Mercantil



N

346.07

O 77

Orúe Cruz, José René

Manual de Derecho Mercantil /

José René Orúe Cruz – 1ª ed. – Managua :

HISPAMER, 2003.

372 p.

ISBN: 99924-57-22-8

1. DERECHO COMERCIAL
2. JURISPRUDENCIA COMERCIAL

Todos los derechos reservados conforme a la Ley

© José René Orúe Cruz, 2003

© HISPAMER, 2003

Primera Edición, 2003

Coordinación editorial

Conny Villafranca F.

Cuidado de edición

José René Orúe Cruz

Diseño interior

Bent S. Chavarría Gutiérrez / Sergio Flores Balmaceda

Diseño de portada

Sergio Flores Balmaceda

Ilustración de portada

Transacción comercial en la Edad Media.

Tomado de Time Life, año 1968

Editorial Hispamer

Costado Este de la UCA,

Apartado A-221, Zona 13

Managua, Nicaragua

Impreso por

Impresión Comercial La Prensa, S.A.

Managua, Nicaragua

Depósito Legal: N° 0020 – 2003

DEDICATORIA

A René y Nubia

Ofsman y Gloria

Martha Regina Quintana G.

Valeria Alejandra Orúe Q.

Alvaro René Orúe Q.

Sandro, Nubia, Oscar

y Claudia

“La ley debe ser como la muerte, que
no exceptúa a nadie”.

Montesquieu

Contenido

Prólogo	11
Abreviaturas	15
Introducción	17

PRIMERA PARTE

<i>Lección N°. 1:</i> ORIGEN Y EVOLUCIÓN DEL DERECHO MERCANTIL	23
<i>Lección N°. 2:</i> AUTONOMÍA, CONCEPTO, FUENTES, ACTOS DE COMERCIO	35
<i>Lección N°. 3:</i> EL ESTATUTO JURÍDICO DEL COMERCIANTE INDIVIDUAL Y SOCIAL <i>La empresa, constitución del comerciante, registro mercantil</i>	53
<i>Lección N°. 4:</i> EL ESTATUTO JURÍDICO DEL COMERCIANTE INDIVIDUAL Y SOCIAL <i>Contabilidad mercantil, auxiliares del comercio y auxiliares del comerciante</i>	71

SEGUNDA PARTE

<i>Lección N°. 5:</i> SOCIEDADES MERCANTILES	93
<i>Lección N°. 6:</i> SOCIEDAD COLECTIVA – SOCIEDAD DE RESPONSABILIDAD LIMITADA – SOCIEDAD COMANDITA SIMPLE	103
<i>Lección N°. 7:</i> SOCIEDAD ANÓNIMA	121

TERCERA PARTE

<i>Lección N°. 8:</i> DERECHO DE COMPETENCIA	153
<i>Lección N°. 9:</i> DEFENSA DEL CONSUMIDOR	165
<i>Lección N°. 10:</i> PROPIEDAD INTELECTUAL	171

CUARTA PARTE

<i>Lección Nº. 11:</i> OBLIGACIONES Y CONTRATOS MERCANTILES	185
<i>Lección Nº. 12:</i> ALGUNAS CONSIDERACIONES SOBRE CONTRATOS	197
<i>Lección Nº. 13:</i> CONTRATOS DE TRANSMISIÓN DE MERCADERÍAS Y BIENES INMATERIALES	203
<i>Lección Nº. 14:</i> CONTRATOS DE COLABORACIÓN Y DE PRESTACIÓN DE SERVICIOS	227
<i>Lección Nº. 15:</i> CONTRATOS DE FINANCIACIÓN, BANCARIOS Y DE GARANTÍA	251
<i>Lección Nº. 16:</i> CONTRATOS ELECTRÓNICOS E INFORMÁTICOS ...	287
<i>Lección Nº. 17:</i> CONTRATO DE SEGURO	297

QUINTA PARTE

<i>Lección Nº. 18:</i> TÍTULOS VALORES GENERALIDADES	311
<i>Lección No. 19:</i> LETRA DE CAMBIO	323
<i>Lección Nº. 20:</i> PAGARÉ LA ORDEN	329
<i>Lección Nº. 21:</i> LOS CHEQUES	333

SEXTA PARTE

<i>Lección Nº. 22:</i> SUSPENSIÓN DE PAGOS	347
<i>Lección No. 23:</i> QUIEBRA	351
<i>Lección Nº. 24:</i> PROCESOS ALTERNOS DE SOLUCIÓN DE CONFLICTOS	357
ÍNDICE GENERAL	362

PRÓLOGO

El Derecho se define como un conjunto de normas dirigidas a garantizar la convivencia pacífica de las personas.

La tarea de los juristas consiste, en consecuencia, en poner al día estas normas para que regulen todos los fenómenos sociales a medida que se vienen manifestando.

Cuando todavía la sociedad era compuesta por cultivadores y por ganaderos, el Derecho regulaba solamente estas actividades y –resguardando una situación inmutable– se componía de normas no escritas, es decir aquellas establecidas por la costumbre.

La costumbre, para constituirse como fuente del Derecho, requiere de un elemento objetivo, que es la llamada *continuitas actuum*, es decir la repetición del mismo comportamiento en las mismas circunstancias.

Cuando las circunstancias cambian, con el desarrollo de las actividades laborales y de las relaciones que éstas determinan, la costumbre ya no basta para regularlas.

Quien conoce la historia del Derecho Romano, muy bien puede darse cuenta de cómo este traspaso acompañó la transformación desde la original aldea de campesinos y pastores a la Urbe, centro de relaciones comerciales siempre más amplias y complejas.

El mérito de los grandes juristas de la Edad Aúrea, cuya obra fue sucesivamente incluida y sintetizada en la recopilación justiniana, fue aquel definir en sus instituciones todas las reglas sobre los derechos reales y sobre los actos mediante los cuales estos derechos se establecen y se transfieren de una a otra persona.

Pero la evolución de la sociedad, luego de los siglos oscuros de la Edad Media, se fue más allá de los mismos fenómenos que el Dere-

cho Romano había considerado y de las relaciones que había regulado.

El desarrollo de los intercambios comerciales, cuando se vinieron adelantando los linderos y restringidos y cerrados los feudos, determinaba la necesidad de concebir y elaborar nuevas instituciones jurídicas.

No por esto los principios establecidos por el Derecho Romano podían considerarse abrogados, sino que constituían las bases de las normas establecidas para disciplinar nuevas situaciones y nuevas necesidades.

El ejemplo más considerable de esta evolución fue el invento –si así se puede definir– de los títulos de crédito.

Varias ciudades italianas, constituidas en libres comunas, se disputan el mérito de haber sido cuna del pagaré, y hasta atribuyen este honor a algún ciudadano, como el mercader Datini de Prato.

En realidad, para permitir las compraventas al crédito, que se habían hecho indispensable para desarrollar los intercambios comerciales, así como para practicar el mutuo, considerado sospechoso por la hostilidad de la Iglesia hacia la usura, se simulaba un cambio (de aquí la palabra *cambiale*, que en italiano designa al pagaré), pero no de moneda presente con moneda presente, sino de moneda presente con moneda futura.

Se deriva de aquí la evolución del título como documento que no prueba, sino incorpora el derecho de crédito.

En otro tiempo, surgiendo las primeras industrias, la necesidad de recolectar los recursos necesarios para construirlas dio lugar a la concepción de la autonomía financiera, propia de las sociedades de capitales.

Esta disgresión era necesaria para comprender el mérito científico adquirido por el ilustre y estimado colega jurista José René Orúe Cruz, el cual acaba de entregar a la comunidad de los estudiosos su nuevo “Manual de Derecho Mercantil”, instrumento precioso para

quienes desean padronear las complejas normas que rigen en este ramo de la Ley.

El Derecho Mercantil, en efecto, se descolgó del tronco del Derecho Civil cuando la circulación de los bienes por una parte y la constitución de los capitales financieros, por otra parte, determinaban la necesidad de establecer nuevas normas y elaborar nuevas instituciones.

Pero estas instituciones se vinieron construyendo sobre el fundamento de las anteriores.

Por ejemplo, no se puede comprender qué es un título de crédito si no se conoce por una parte el concepto de obligación, y por otra parte las normas que regulan la transmisión de la propiedad sobre los bienes muebles.

Un manual se propone precisamente explicar las instituciones a los principiantes: no por casualidad se tituló “instituciones” el manual contenido en la recopilación justiniana.

Ningún manual puede lograr este propósito sin explicar el origen de cada institución, para comprender como ésta –a través del esfuerzo conceptual de la doctrina, la evolución propiciada por la jurisprudencia y las reformas establecidas por el Derecho positivo– ha venido regulando cierto aspecto de nuestra realidad social.

Alabado sea el ilustre y estimado colega José René Orúe Cruz por el gran esfuerzo que ha dirigido a trazar la evolución histórica de cada una de las instituciones consideradas en su obra, haciéndonos comprender así su respectiva *ratio legis*, es decir la razón por la cual cada norma ha sido introducida en el ordenamiento jurídico.

Nicaragua es un país pobre, pequeño, y por muchos aspectos relegado al margen de las grandes corrientes de la historia: esta realidad se ha venido agravando por las opciones nefastas de quienes identificaron en la libertad de empresa un peligro, en lugar que una razón de desarrollo y de crecimiento civil.

Por esto, bienvenido sea este nuevo e importante aporte al renacimiento del interés científico hacia el Derecho Mercantil, que contri-

buye también a la elaboración de nuestro nuevo Código en esta materia.

Queda en fin por destacar el gran esfuerzo del autor para enriquecer su obra con una abundante y exhaustiva comparación con los ordenamientos jurídicos de otros países, que mucho –por su riqueza económica y por su progreso en el estudio del Derecho– pueden enseñarnos en esta materia.

Nadie más que los juristas puede contribuir para que Nicaragua se abra hacia el mundo, y el mundo se abra hacia Nicaragua.

El ilustre y estimado colega jurista José René Orúe Cruz ha otorgado a esta causa, con su magistral obra, un significativo aporte.

Dr. Francisco José Boza Páiz

Abreviaturas

Art.	Artículo
Artos.	Artículos
Cn	Constitución Política
C	Código Civil de Nicaragua
CC	Código de Comercio de Nicaragua
CCA	Código de Comercio de Argentina
CCCR	Código de Comercio de Costa Rica
CCE	Código de Comercio de España
CCH	Código de Comercio de Honduras
CCG	Código de Comercio de Guatemala
CCP	Código de Comercio de Panamá
CCS	Código de Comercio de El Salvador
CCI	Cámara de Comercio Internacional
Letra	Letra de cambio
LOPJ	Ley Orgánica del Poder Judicial de la República de Nicaragua, Ley No. 260
LGIS	Ley General de Instituciones de Seguros, Ley No. 227
LGB	Ley General de Bancos, Instituciones Financieras no Bancarias y Grupos Financieros, Ley No. 314
LGTA	Ley de Transporte Acuático, Ley No. 399
LGTV	Ley General de Títulos Valores
LM	Ley Monetaria, Decreto 1-92
LOBC	Ley Orgánica del Banco Central de Nicaragua, Ley No. 317
LIS	Ley General de Instituciones de Seguro; Ley No. 227
OMPI	Organización Mundial de la Propiedad Intelectual

Pn	Código Penal
PMCAUCA	Protocolo de Modificación al Código Aduanero Uniforme Centroamericano.
UE	Unión Europea
UNCITRAL	Comisión de Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI en Español).
UNIDROIT	Instituto Internacional para la Unificación del Derecho Privado.
RGBV	Reglamento General sobre Bolsa de Valores Decreto No. 33-93
RLDGI-A	Reglamento de la Ley No. 339, Ley Creadora de la Dirección General de Servicios Aduaneros y de Reforma a la Ley Creadora de la Dirección General de Ingresos, Decreto No. 88-2000.
SA	Sociedad Anónima
ss	Artículos siguientes
TV	Título Valor

INTRODUCCIÓN

A raíz del cambio de gobierno el 25 de abril de 1990, se inicia en Nicaragua un proceso enorme y trascendental de cambios en la actividad política, económica y jurídica. Para mencionar un caso, en materia económica se pasó de una economía centralizada controlada por el Gobierno, a la economía de libre mercado, esto trajo como resultado un efecto directo en las relaciones jurídicas.

Es por eso, que en los últimos doce años han surgido expresiones como *joint venture*, *leasing*, comercio electrónico, obtenciones vegetales, derecho de competencia, derecho de consumo, factoraje, etc. las cuales son el reflejo de nuevas relaciones contractuales, incluso algunas de ellas adquieren importancia producto de la globalización; pero no olvidemos, también, el hecho de que nuestro país se aisló jurídicamente del mundo cambiante, en ese aspecto la legislación centroamericana nos aventaja, al igual que el proceso formativo de profesionales del derecho tanto a nivel de pre, como de postgrado.

En los últimos años, las principales universidades se han obligado a modificar, por etapas, los planes y programas de estudio a nivel de pregrado, de forma particular destaco el derecho mercantil, derecho bancario y derecho empresarial. En este proceso, me ha correspondido la suerte y el honor de ser partícipe en la modernización de los planes y programas de estudio en al menos dos universidades, Universidad Centroamericana y Universidad Católica.

Avanzamos en modernizar planes y programas de estudio, pero la fluidez para disponer de nueva y diversa bibliografía no es suficiente, encontrándonos mayoritariamente con textos importados de carácter muy general, que no siempre llenan las necesidades de los alumnos, sobre todo al tener que elaborar sus monografías.

De otro lado, no podemos obviar que el proceso de modernización de la legislación nacional en materia mercantil y comercio internacional ha sido lenta, por no decir nula.

Todo lo anterior, fue el elemento motivador para que en el ejercicio de la actividad docente durante ocho años a nivel de pre y post grado en la Universidad Centroamericana, Universidad Católica, Universidad Autónoma Americana, Universidad Nacional Autónoma de Nicaragua núcleo de Carazo y Universidad Thomas Moore me preocupara por transmitir a mis alumnos información a nivel de doctrina y derecho comparado actualizada, con el propósito de abrir brecha, poniendo a disposición de ellos nuevos instrumentos de análisis y reflexión.

Producto de mi experiencia profesional y académica, presento a la Comunidad Universitaria el texto denominado **Manual de Derecho Mercantil**.

Para facilitar el estudio, la obra se encuentra dividida en seis partes y consta de veinticuatro lecciones, de tal manera que el contenido temático sea de utilidad a los estudiantes de pre y post grado en las asignaturas: derecho mercantil, derecho bancario, derecho empresarial; tanto en las Escuelas de Derecho, Administración de Empresas, Contabilidad y Economía.

En la parte primera, se analiza en cuatro lecciones el origen y evolución del derecho mercantil; autonomía, concepto, fuentes, actos de comercio; y el estatuto jurídico del comerciante.

La parte segunda, consta de tres lecciones, en ella se estudia el régimen de sociedades mercantiles.

En la parte tercera, la cual comprende tres lecciones, se abordan temas nuevos en el país, como son el derecho de competencia, defensa del consumidor, y propiedad intelectual.

La parte cuarta, comprende siete lecciones, en donde examino todo lo relacionado a contratos; tanto en los aspectos generales, como, en cuanto a contratos específicos; Contratos de transmisión de mercaderías y bienes inmateriales; Colaboración y prestación de servi-

cios; Contratos de financiación, bancarios y garantía; Electrónicos e informáticos; y el Contrato de seguro.

En la parte quinta, analizo los títulos valores, comprende cuatro lecciones.

En la parte sexta y final, en tres lecciones, abordo lo relacionado a la empresa en crisis y procesos alternos de solución de conflictos.

Es importante, mencionar que en materia contractual efectúo comentarios a cincuenta y nueve figuras.

En la preparación de la presente obra, me auxilié de clásicos como Joaquín Rodríguez, Joaquín Garrigues, Rodrigo Uría y otros; así como de una valiosa bibliografía elaborada por modernos tratadistas argentinos, alemanes, chilenos, españoles, guatemaltecos, hondureños, italianos, mexicanos, nicaragüenses, peruanos y venezolanos. Al finalizar cada lección, detallo la bibliografía a la cual recurrí para su elaboración.

Con el fin de aportar elementos de análisis y lograr que los alumnos tengan una visión más amplia y por tanto, mejorar su proceso formativo, realizo concordancias con más de setenta artículos, asimismo, efectúo referencias a más de cien artículos sobre disposiciones mercantiles de la Ley de sociedades de México, al igual que su Código de Comercio; de los Códigos de Comercio de Guatemala, El Salvador, Honduras, Costa Rica, Panamá, Venezuela, Argentina y España; así como Directivas y Reglamentos de la Unión Europea.

Espero que el **Manual de Derecho Mercantil** que dejo a disposición de la Comunidad Universitaria sea de utilidad, contribuyendo, modestamente pero con gran entusiasmo, a facilitar el proceso de aprendizaje y fortalecer sus conocimientos.

*José René Orúe Cruz
Managua, julio 2002*

PRIMERA PARTE

ORIGEN Y EVOLUCIÓN DEL DERECHO MERCANTIL

1. Antecedentes

En diferentes culturas de la antigüedad observamos la presencia de normas particulares que regulan aspectos relacionados a los comerciantes; estudiosos del derecho afirman que el código de Hammurabi refleja algunas disposiciones aisladas, veamos el ejemplo siguiente: “... Si un barquero alquilara un barco y navegar con él sin cuidado y lo embarrancase o perdiese, le dará otro igual al propietario”; al igual, existen también antecedentes de normas específicas sobre los comerciantes en Grecia, Fenicia y Egipto.

Afirma Tulio Ascarelli, que un sistema de derecho mercantil, o sea normas coordinadas por principios comunes, se inicia verdaderamente con la civilización “comunal”. Manifiesta el mismo autor, que el derecho romano no había conocido un sistema de derecho mercantil, a ello contribuyó la elasticidad del derecho pretorio y a la elaboración de las instituciones denominadas *Juris Gentium*, a través de las que satisfacían las exigencias internacionales.

Pero, realmente el derecho mercantil empieza a afirmarse en la civilización “Comunal” en contraposición con la civilización “Feudal”. El derecho mercantil aparece como un fenómeno histórico, teniendo su origen en la consolidación de la civilización burguesa y ciudadana, en la que se desarrolla un nuevo espíritu de empresa y una nueva organización de los negocios, siendo los municipios la expresión concreta en donde se manifiesta el resurgir del pensamiento y en la actividad del tráfico.

La civilización ciudadana comunal se define como la civilización de trabajo libre, acompañada de la transformación de la organización agraria; la ciudad se convierte en un centro de consumo y de intercambio; las ciudades marítimas encuentran una vía de comunicación hacia amplios horizontes y un incentivo para especulaciones por medio de negocios lejanos, siendo a la vez fuente de riesgos, riquezas y experiencias.

2. Primer período

En la segunda mitad del Siglo XII, artesanos y comerciantes se ven asociados en las llamadas corporaciones de artes y oficios, que comprenden los maestros de cada arte y en posición subordinada los aprendices.

Cabe señalar que aunque las asociaciones de oficios habían existido en siglos anteriores, es en el siglo XII cuando asumen libremente no sólo fines religiosos y de socorro mutuo, sino funciones para la defensa de los intereses comunes de los asociados y para la tutela del comercio ciudadano. Se destacan asociaciones importantes como las ligadas al comercio de paños de lana, telas extranjeras como la seda, la del cambio, de los médicos y boticarios, etc. Estas corporaciones mercantiles agrupan a pequeños comerciantes de mentalidad artesana y grandes comerciantes, generando esto, diferencias encontradas.

Se llega a sostener que los siglos XIII y XIV son los siglos de oro de la economía corporativa, es importante mencionar que a fines del siglo XIV empieza a dar muestras de decadencia la actividad corporativa.

A la organización corporativa de los comerciantes corresponderá la administración de justicia por cónsules propios del arte o de la magistratura establecida por las diversas artes mercantiles.

Teniendo como fundamento la autonomía corporativa, la competencia de la magistratura será delimitada por un criterio subjetivo, es decir la pertenencia de las partes a la corporación a

través de la inscripción en la matrícula correspondiente. Por consiguiente la competencia de la magistratura estaba limitada a los negocios mercantiles y a los conexos de éstos, es decir, a las compras para revender y a las sucesivas reventas, a los negocios de banca y cambio. Las corporaciones establecen su propia reglamentación la cual tiene como objeto la disciplina de los negocios mercantiles, basada en el origen esencialmente consuetudinario, pero nos referimos a la costumbre de los comerciantes, aplicable por tanto sólo a ellos. La regulación será interpretada y desarrollada en la jurisdicción mercantil y por ello por los mismos comerciantes.

Las costumbres pronto serán conocidas como Consuetudines de Génova, *Constitutum usus de Pisa*, *Liber Consuetudinum de Milán*; redactadas por escrito fueron después recogidas y desarrolladas por los estatutos corporativos, como el del arte de la lana de Florencia, el *Brebe Mercatorum de Pisa*, etc.

Se afirma que el derecho mercantil es un derecho autónomo, de clase profesional, fruto de la costumbre de los mercaderes, con una jurisdicción especial que tiene como base la autonomía corporativa de los comerciantes, aplicables en base el criterio subjetivo, es decir sólo se aplica a los comerciantes, por el magistrado mercantil.

Inicialmente las ferias, después la difusión en todos los países de los agentes de las compañías mercantiles, contribuyen a dar al derecho profesional de los comerciantes un carácter internacional uniforme.

Entonces, los comerciantes crean su propio derecho, el derecho mercantil surge como una creación de la práctica innovadora y progresista, con los siguientes caracteres:

1. Su fuente formal es la costumbre.
2. Su fuente material se encuentra en las organizaciones profesionales de mercaderes.

3. La jurisdicción mercantil se limita inicialmente a los litigios surgidos entre miembros de la corporación, en asuntos de negocios.
4. Este derecho nace con un carácter local, pero muestra tendencia a la uniformidad y a la internacionalidad.

La actividad mercantil exige una red de auxiliares de comercio entre las distintas plazas; se determina la necesidad de identificar el establecimiento, del préstamo de la gruesa surge el seguro, surge la letra de cambio internacional, etc. Irá surgiendo, paulatinamente, un primer sistema de derecho mercantil, esencialmente en función del comercio, del transporte marítimo, de los negocios bancarios, etc.

Los expertos afirman que el primer período en la evolución histórica del derecho mercantil es del siglo XII al siglo XVI.

3. Segundo período

En la segunda mitad del siglo XVI, con el descubrimiento del camino de El Cabo, se abre la ruta a Oriente, y el descubrimiento de América se da una gran expansión, lo que implica el desplazamiento de los centros mercantiles. Aparecen crisis debido a causas políticas y económicas, saliendo debilitados los viejos centros de poder económico; se da una profunda división de fe y de concepciones generales en el cristianismo, se dan cruentas guerras religiosas y en ese contexto complejo surge el Estado moderno.

Junto a la economía ciudadana se expresa la preocupación porque exista disciplina en el mercado nacional, la formación del Estado moderno subordina las unidades locales, así como las asociaciones corporativas, al Estado, el cual tiene que interesarse por los nuevos problemas económicos, e intervenir como regulador de la vida económica. Siendo determinado por expertos, que la segunda mitad del siglo XVI da inicio a un segundo período en la evolución del derecho mercantil.

A la formación del Estado y la reivindicación de su soberanía corresponde la tendencia a la afirmación de la nacionalidad del derecho, en contraposición a un derecho internacional común, caso concreto es el derecho mercantil de los comerciantes. Con la afirmación de los Estados y de la nacionalidad del derecho, se modifica la posición del derecho mercantil, también con respecto de éste se afirma la reivindicación de la actividad estatal, en donde su fuente pasa así a estar constituida, junto a las costumbres, por las ordenanzas territorialmente dictadas por los Estados de Europa continental; la jurisdicción mercantil dejará de ser espontánea emanación de la autonomía corporativa.

Desde el siglo XVI, la jurisdicción mercantil deja de ser administrada exclusivamente por los comerciantes y de ser fruto de la autonomía de las corporaciones, pasando a ser administrada por los tribunales especiales, que son emanación de la jurisdicción del Estado.

Aunque, todavía el criterio para la aplicación de las normas de derecho mercantil sigue siendo subjetivo, por tanto la aplicación de las normas viene dada por la condición de ser comerciante. Pero, sucede que el ámbito de su aplicación se hace progresivamente más amplio, es decir se aplica a los comerciantes, pero además a los que realizan actos de comercio aislados.

En Holanda en 1602 surge la primera compañía colonial, antecesora de la sociedad anónima; se crea un mercado de capitales en 1688 en Brujas; se desarrolla en Francia el endoso de la letra de cambio; por medio del Estatuto de Jacobo I en 1623 se protege el derecho del inventor; el derecho de autor en 1709 por medio del estatuto de la Reina Ana; en el siglo XVIII se difunden los seguros marítimos; en 1764 se establece el primer registro de buques; en 1694 se crean en Inglaterra los billetes de banco; en la segunda mitad del siglo XVIII se diversifican las orientaciones dominantes en el pensamiento y de forma especial en el pensamiento económico; se desarrollan los principios del liberalismo económico, etc.

Resumo los elementos que caracterizan esta etapa:

1. La primera fuente formal es la ley.
2. La propiedad de dictar leyes radica en el Estado, se da una progresiva legalización y estatización del derecho mercantil corporativo y consuetudinario.
3. El criterio de delimitación de la materia mercantil continúa siendo subjetivo, pero ese núcleo profesional y clasista progresivamente va ampliándose, al aplicarse el derecho mercantil a otros sujetos no comerciantes y actividades económicas distintas al comercio.
4. La nota de internacionalidad cede ante un progresivo nacionalismo, que afirma el poder y soberanía en un territorio por el Estado.

4. Tercer período

En la segunda mitad del siglo XVIII (1756), en Inglaterra se inicia la etapa en la que las normas mercantiles son aplicadas por los tribunales del *common law* directamente, a la vez se inicia la revolución industrial. Mientras tanto, en Francia se presenta la gran revolución, disolviéndose las corporaciones (1791), la libre iniciativa es elevada a principio de orden público partiendo del presupuesto de que el máximo bienestar colectivo es el fruto natural del libre choque de los egoísmos individuales concurrentes en forma pacífica, mediante una disminución de costes y de precios en beneficio de los consumidores y del progreso. Libre por ello, el acceso de cada uno a toda actividad y a toda producción en el cuadro de normas que tutelan intereses y principios generales, pero sin intervenir en el juego de las varias fuerzas económicas, tendiendo a garantizar su libre desarrollo.

Precedido por un proyecto de 1778, surge el código mercantil napoleónico (1806). Con el código de comercio francés se cierra el denominado segundo período de la historia del derecho mercantil y se inicia un tercer período caracterizado por la

objetividad del criterio de aplicación de las normas del derecho mercantil y por el triunfo de la libertad de iniciativa.

Dicho código determina, que el acto de comercio es realizado por cualquier persona y no el realizado exclusivamente por el comerciante, siendo este el elemento fundamental para la aplicabilidad del derecho mercantil. Superándose, por tanto, el criterio subjetivo, ampliándose el ámbito de aplicabilidad del derecho mercantil.

Esto significa, que las reglas especiales de comercio serán aplicables a determinados actos, aunque sean ocasionales, siempre y cuando concurren aquellas características que permiten clasificarlos como mercantiles. Estas características ya no son fijadas en base a elementos subjetivos, es decir la condición de sujeto comerciante, sino que en relación con elementos objetivos, los cuales se fundamentan en las características del acto.

La fuerza del derecho mercantil por lo tanto precisa en la elaboración de reglas objetivas aplicables, en donde la objetivación del derecho responde a lo siguiente:

- Formación del Estado Nacional afirmando su soberanía.
- Se inspira en el derecho de igualdad.

El código de comercio napoleónico intenta implantar un nuevo criterio delimitador, que permita conservar la especialidad del Derecho Mercantil en una formulación congruente con las ideas revolucionarias.

Siendo una de las novedades de dicho código el hecho de que se basa en el concepto objetivo de acto de comercio. Se abre así un nuevo período en la historia del Derecho Mercantil caracterizado por la afirmación de su especialidad sobre bases progresivamente objetivas. Se elaboran los códigos españoles en 1829 y 1885; alemán 1861; italiano 1865 y 1882; portugués 1833 y 1888; brasileño 1850; mexicano 1887; argentino 1889.

5. Situación de Nicaragua

En Nicaragua la evolución del derecho mercantil ha sido lenta, se elaboró el primer código de comercio, basado en el antiguo código de comercio Español de 1829, siendo sancionado el 22 de marzo de 1869; posteriormente se promulga el actual código de comercio el 20 de octubre de 1916, y se publica en la Gaceta No. 248 de 1916.

El Dr. Modesto Barrios en la exposición de motivos (informe) sobre el proyecto de un nuevo código de comercio de la República de Nicaragua con fecha 10 de agosto de 1907 señala: “El Código de Comercio vigente en la República adolece, como es bien sabido de los defectos inherentes a una obra hecha hace bastantes años y que está basada en el antiguo Código de Comercio español de 1829. Con el transcurso del tiempo, multiplicándose los intereses comerciales, han surgido nuevas necesidades y se han creado nuevas relaciones jurídicas que aquella legislación no había podido prever. Por eso nuestro Código es deficiente respecto de muchas materias de que tratan ahora amplia y detalladamente muchos códigos de comercio de los países cultos. De ahí la necesidad que ha comprendido el Gobierno de Nicaragua de una nueva legislación mercantil que, dando mayor impulso a la libertad comercial, venga a reglamentar y garantizar las transacciones favoreciendo su desarrollo a fin de que contribuyan eficazmente al progreso de esa industria hoy la más importante, la que refleja más la actividad emprendedora de los hombres y el espíritu práctico del siglo...”

A la fecha ha transcurrido un largo tiempo, durante el cual los legisladores han optado por elaborar leyes complementarias o derogar parcialmente algunas disposiciones; así tenemos que del código de comercio, en 1963, se separa la actividad bancaria, a través de la Ley General de Bancos y Otras Instituciones; posteriormente en 1971 la Ley General de Títulos Valores, así como otra cantidad de normas. Encontrándonos con un marco jurídico mercantil disperso, ya que los Gobiernos y los Legisladores optaron por la promulgación de nuevas leyes y no por modernizar el código de comercio.

En 1978 con el patrocinio del Banco Central de Nicaragua se formó una comisión redactora de un nuevo código de comercio, los miembros eran los doctores: Gonzalo Meneses Ocón, Ernesto Cruz Porras, Alejandro Montiel Argüello, Gonzalo Solórzano Belli, Aristides Somarriba y Sonia Valle de Cruz; este proyecto tiene como antecedente cuando en 1971 el Banco Central contrató al notable jurista doctor Rodolfo Fontanarrosa (q.e.p.d.) el cual preparó el primer texto.

Debo destacar que el prestigiado jurista Dr. Joaquín Cuadra Chamorro (q.e.p.d.) modernizó el proyecto elaborado en 1978 dando como resultado una nueva versión actualizada de una futura legislación mercantil.

En 1995 durante la administración de la Señora Presidenta Violeta Barrios vda. de Chamorro, se organiza una comisión integrada por prestigiados juristas, presidida por el Dr. León Núñez, con el objeto de que elaboren un anteproyecto de código de comercio, acorde al desarrollo de la actividad mercantil y el proceso de globalización. Ha expresado en diferentes oportunidades el Dr. Núñez que la comisión no funcionó por falta de recursos presupuestarios.

Es conveniente mencionar que con fecha 9 de enero de 1998 el Gobierno de Nicaragua a través de la Carta de Intención y Memorándum de Políticas Económicas sometidos al Fondo Monetario Internacional bajo el servicio reforzado de ajuste estructural (ESAF) establece en el programa económico 1997-2000 numeral 28: “El Gobierno de Nicaragua modernizará el código de comercio..., asimismo el Poder Ejecutivo está comenzando un programa amplio de reformas legales y judiciales que apuntan a mejorar los procedimientos legales, el cumplimiento de los contratos y los derechos de propiedad...” Lastimosamente no se cumplió con dicho compromiso.

Por considerarlo de interés, reproduzco parcialmente declaraciones ofrecidas a medios de comunicación escrita por dos prestigiados abogados en 1995.

En Dr. Francisco Barberena Meza manifiesta que esta tendencia de regular mediante leyes especiales que pasan a regir en materia específica y que sustituyen los aspectos obsoletos del Código vigente, “son una vía de lograr mayor agilidad frente a la dificultad de presentar un conjunto de reformas viables y la urgencia de adecuarse a las exigencias de los cambios y desarrollo no sólo nacional, sino también el de aquellos países con los que Nicaragua sostiene relaciones económicas y comerciales”.

Manifiesta además, que uno de los principales obstáculos adicionales son las limitaciones materiales y tecnológicas que vive el país, y en particular todas las estructuras del Poder Judicial. Mientras en la vecina Costa Rica cualquier abogado puede introducirse en los archivos del Registro de la Propiedad Mercantil, mediante un sistema computarizado, en Nicaragua apenas han sido microfilmados la tercer parte de los archivos correspondientes de Managua.

Uno de los cuerpos que se conserva de forma más íntegra en el Código de Comercio, es el relativo a las Sociedades Anónimas (Título III, Capítulo III), afirmando el Dr. Guy Bendaña G. que una limitante grave de lo allí establecido es que el volumen del capital social de una sociedad anónima no puede variar sin reformar la escritura constitutiva.

Otra deficiencia que señala el Dr. Bendaña, es lo relacionado a la razón o denominación social de las sociedades que se constituyen, ya que no hay forma de evitar que éstos se repitan. En su opinión, “debe establecerse un mecanismo que permita que el público conozca la denominación de una nueva sociedad que se constituye y se oponga quien así lo considere, sustentando legalmente su pretensión”; “El Registro de la Propiedad Inmueble y Mercantil debería cumplir el rol de medio de publicidad, pero sus propias limitaciones materiales se lo impiden”.

Al respecto de las sociedades anónimas, el Dr. Barberena Meza identifica otra obsolescencia y esta consiste que el Código de Comercio no contempla formas asociativas que ya son reconocidas en otras legislaciones como el Holding y el Trust, como

figuras jurídicas. En Nicaragua actualmente cualquier intención de constituir este tipo de sociedades tiene que enmarcarse en una sociedad de responsabilidad limitada, anónima o comanditaria. Manifiesta además, que el Código de Procedimiento Civil vigente rige también para los procedimientos e instancias de lo mercantil; ello significa, entre otras cosas que las funciones de tribunales de comercio son ejercidas de forma adjunta por los Jueces del Distrito de lo Civil. Lo anterior implica que la retardación de justicia, que es un fenómeno generalizado en la sociedad nicaragüense, afecta de manera particular los casos de transacciones comerciales que se ventilan en los juzgados, y que por su propia naturaleza requieren resoluciones más expeditas.

En países como El Salvador fungen Tribunales Mercantiles o de Comercio; sin embargo en nuestro país, aunque sería un excelente paso, su concreción parece lejana dado el exiguo presupuesto del Poder Judicial.

Los aspectos señalados anteriormente, son una muestra en cuanto a que el código de comercio demanda una profunda reforma o, en el mejor de los casos, la promulgación de uno nuevo, lo anterior permitiría contar con un instrumento jurídico que contribuya a agilizar las transacciones comerciales e industriales, brindando además la seguridad jurídica para muchas transacciones que se realizan y que están basadas en la autonomía de la voluntad de las partes, cuando modernamente se tutela por el Estado la no presencia de cláusulas abusivas en los contratos.

No obstante, la preeminencia de lo político en la labor legislativa y de la actividad estatal en general; así como las limitaciones de recursos económicos de los gremios empresariales son elementos que conspiran en contra de la demanda de disponer de una legislación comercial moderna que contribuya a propiciar el ansiado despegue económico del país.

BIBLIOGRAFÍA

1. **JIMENEZ SÁNCHEZ**, Guillermo; Derecho Mercantil; Edit. Ariel, Barcelona, 1990.
2. **ASCARELLI**, Tulio, Iniciación al Estudio del Derecho Mercantil; Edit. Bosch; Barcelona, 1981.
3. **SOTO ÁLVAREZ**, Clemente; Prontuario de Derecho Mercantil; Edit. Limusa, décimaprimer reimpresión; México 1993.

Lección N°. 2

AUTONOMÍA, CONCEPTO, FUENTES, ACTOS DE COMERCIO

El hecho que el Derecho Mercantil naciese como ordenamiento privado especial, frente al Derecho Común y se consagrarse con su legislación propia, siglo XIX, ha planteado el tema sobre los límites del Derecho Civil y del Derecho Mercantil.

1. Historicidad

El análisis histórico muestra que no siempre ha existido esa separación en el seno del Derecho Privado. Ya que no en todos los sistemas jurídicos se produce la división.

La dicotomía del Derecho Privado producida en los ordenamientos jurídicos europeos continentales y extendida por influencia al continente latinoamericano (Portugal-España); no se corresponde a los países que acogen el *Common Law*.

La clasificación en derecho público y privado (*Civil Law*) no tiene parangón con el *Common Law* que como ordenamiento se aplica a todas las personas y relaciones jurídicas.

Es importante destacar que la diferenciación de planteamiento del tema de la autonomía del Derecho Mercantil, en ambos sistemas, se basa en la diversidad de sus fuentes.

Mientras nuestro sistema, de derecho escrito, de creación legal, como fuente primaria se plantea ante todo la “autonomía legislativa”, o sea la existencia de leyes mercantiles separadas de los civiles.

En el sistema *Common Law*, derecho no escrito, basado en la jurisprudencia, no es posible identificar un derecho mercantil como rama especial y autónoma.

Por eso, se afirma que en nuestro sistema, el derecho mercantil se considera que tiene una naturaleza especial y en ese sentido autónomo respecto al civil.

Si por autonomía, se entiende la existencia de normas diferentes de las civiles, aplicadas a la materia mercantil, ello no implica independencia respecto al derecho civil.

En materia de doctrina y de legislación, se afirma que existe una corriente de recíproco influjo entre derecho civil y mercantil, sin que pueda asegurarse que hoy ha perdido su autonomía.

De ahí la afirmación, que el ámbito del derecho mercantil se reduce a un mínimo, donde sean suficientes las formas más simples de la técnica civil.

En cambio, el ámbito del derecho mercantil llegará al máximo allí donde el Derecho Civil descansa en fundamentos opuestos. Por lo tanto, hay territorios del derecho civil que han sido y serán inaccesibles al derecho mercantil.

Mientras tanto, hay sectores del derecho mercantil que postulan un tratamiento jurídico autónomo.

Ahora, desde el punto de vista doctrinal, el Derecho Mercantil conserva su carácter de rama desgajada del Derecho Civil, para adaptar debido a la necesidad, el Derecho Civil a las exigencias del tráfico mercantil.

Por eso, los tratadistas sostienen que el derecho mercantil nunca ha podido emanciparse del derecho civil.

En la medida que la sociedad evoluciona en lo social, económico, las normas especiales se aplican a una materia más amplia. De ahí el hecho de que se plantee la “comercialización” del Derecho Civil.

2. Comercialización del Derecho civil y la unificación del Derecho privado

La progresiva introducción de normas y principios jurídicos propios del derecho mercantil en ámbitos originalmente no admitidos por esta regulación especial y en consecuencia, antes sometidos al Derecho Civil, corresponde al fenómeno que se conoce como “comercialización del derecho civil”.

La fase final, de este proceso está representado por la unificación del derecho privado, cuando la materia “especial”, se extiende y apodera de la sometida a regulación “común”. Esta unificación se produce en el ámbito en que la especialización mercantil fue en sus indicios reclamada, o sea en la materia reguladora de las obligaciones y contratos.

Sistemas legislativos en Suiza (1881) e Italia (1942) han culminado este proceso, no existiendo en éstos diferencia entre obligaciones y contratos mercantiles y civiles, desaparece por lo tanto la autonomía legislativa y como es lógico, el derecho mercantil como “especial” frente al común.

Aunque en la regulación de contratos, algunos, requieren la presencia en suplementos personales, de al menos un comerciante o empresario mercantil (contratos bancarios, seguros, etc.), o sea subsiste una materia mercantil regida por normas particulares. Pero, no puede fundamentarse que existe autonomía frente al derecho civil.

Entonces , en un sistema unitario, no puede hablarse de autonomía, sino, de una parte del ordenamiento, que sin romper la unidad, concreta en determinadas materias los principios generales que inspiran el sistema; ello justifica la llamada “autonomía” docente o científica del derecho mercantil, pero como una división de estas tareas (mercantiles).

La doctrina más antigua ha venido reconociendo el carácter general del derecho civil y el particular del derecho mercantil, como una especialización del primero. Afirmando que el derecho civil es el derecho supletorio del mercantil, debido a que

conceptos fundamentales como los de persona jurídica, contrato, representación, etc. están fundamentalmente desarrollados en el código civil y se presuponen en la regulación del mercantil.

El criterio técnico-jurídico de distinción, es el que caracteriza al derecho mercantil como un derecho privado especial, frente al derecho civil. Se sostiene, que es un derecho especial, cuando acepta su propia materia, cuando auto limita la aplicación de sus normas a determinadas instituciones y relaciones jurídicas; en cambio el derecho común, como ordenamiento básico y de carácter totalizador, no necesita definir su propia esfera de aplicación.

3. Disolución del Derecho Mercantil

Frente a la corriente clásica, que sostiene la dicotomía del derecho civil y derecho mercantil, y a la moderna que se refiere a la unificación del derecho privado, existen posiciones doctrinales que aprecian en la evolución histórica del derecho mercantil una fase destructora final de la unidad conceptual, dividido en varias ramas:

- derecho económico
- derecho sociedades
- derecho títulos-valores
- derecho bancario
- derecho de consumidores
- derecho bursátil
- derecho seguros
- derecho navegación
- derecho de competencia
- derecho de propiedad intelectual

- derecho de contratos
- derecho de comercio internacional

Esta clasificación responde a la compleja modernidad del tráfico y del ordenamiento jurídico; pero se critica ya que se argumenta que en ellas se diluye el concepto de derecho mercantil, que en sistemas como el nuestro goza de unidad y esencia propia.

Por eso, se plantea que es necesario formular ese nuevo concepto, es necesario reconducir a un sistema el contenido del derecho mercantil y definir sus límites con otras ramas jurídicas.

4. Concepto

Para establecer el concepto de derecho mercantil, debe tomarse como referencia el ordenamiento positivo, pero además considerar cual es el concepto del derecho y del método jurídico.

Lo anterior, para los nicaragüenses, implica un serio inconveniente, en vista de que nuestro código de comercio es antiguo, pero entendiendo la antigüedad no sólo en cuanto al tiempo, sino, que en el origen de algunas de las teorías en las que se fundamenta. Esto implica, que debemos trabajar en la elaboración de un nuevo concepto, el cual se formará basado en elementos estructurales y una nueva realidad jurídica basada en el desarrollo económico del país y considerando el mundo globalizado.

El maestro español Joaquín Garrigues parte del método histórico-legislativo para elaborar el concepto de comercio, afirma que en todas las legislaciones, donde hay separación de leyes civiles y mercantiles, se refieren de modo explícito o implícito al comercio.

Juristas o no, concuerdan en referir al comercio como el objeto propio del derecho mercantil, aunque sea una referencia al origen de la disciplina, criterio modernamente superado por la amplia gamas de aspectos sometidos a regulación del derecho

mercantil. Es decir, que la referencia al origen del comercio ha sido superada atendiendo a la finalidad del comercio, independientemente de los actos que sirven a esa finalidad. Por consiguiente, se define por la doctrina mercantilista el comercio como: “El conjunto de actividades que efectúan la circulación de los bienes entre productores y consumidores”. En relación al comerciante, se dice que: “Es el intermediario entre productores y consumidores”. Y derecho mercantil, como: “Todo el ordenamiento jurídico en el cual existan para el comercio normas diversas del derecho civil”.

Sánchez Jiménez, sostiene que tradicionalmente, la conceptualización del derecho mercantil se ha realizado a través de diversos criterios:

1. Parte de la clasificación clásica: derecho público y derecho privado.
2. El criterio técnico-jurídico, que sostiene que el derecho mercantil es un derecho privado especial frente al derecho civil, como derecho básico y de carácter totalizador.
3. La delimitación de la materia regulada por el derecho mercantil.

Considerando esos criterios, analizo la clasificación conceptual del derecho mercantil esbozada por Francisco V. Chulia:

- a. El derecho mercantil es en sentido estricto conjunto de normas y principios especiales, distinto al derecho civil, el cual está delimitado por el art. 1 CC y al referirse a los actos de comercio, que son aquellos aunque en su estipulación no intervengan comerciantes; y en relación a la figura del comerciante, que comprende al comerciante o empresario individual y las sociedades mercantiles.

Pero además, consideremos las siguientes disposiciones constitucionales que garantizan por el estado la libertad de empresa, art. 99; la igualdad de las empresas que se organicen bajo cualesquiera de las formas de propiedad establecidas por la Constitución; se garantiza el pleno ejercicio de las actividades económicas, sin más limitaciones que por motivos sociales o de

interés nacional, art. 104; el estado garantiza la coexistencia democrática de las formas de propiedad, art. 103.

- b. El derecho mercantil en sentido amplio, este concepto resulta de añadir a los empresarios mercantiles y a los actos de comercio, otras materias. Nos referimos a organizaciones, relaciones y actividades de la economía privada, basada en el principio de igualdad previsto en la Constitución Política.

Partiendo de lo anterior, y considerando que la legislación mercantil no se circunscribe exclusivamente al código de comercio, sino al conjunto de otras leyes especiales relacionadas a la materia, como la Ley de Bancos, Ley General de Títulos Valores, Ley de Inversión Extranjera, Ley de Garantía de Depósitos, Zonas Francas Industriales de Exportación, Ley de Patentes de Invención, Ley de Protección para las Obtenciones Vegetales, Ley de Circuitos Integrados, Ley de Marcas, Ley de Protección de Señales Satelitales, Ley de Derecho de Autor, Ley de Instituciones de Seguro, Ley de Prenda Agraria e Industrial, Ley de Prenda Comercial, Ley de Habilitación, etc. Se hace necesario establecer un concepto amplio y moderno sobre derecho mercantil, veamos los conceptos siguientes:

1. Francisco V. Chulia afirma que “Es el derecho privado de la institucionalización de la empresa, del establecimiento y de la actividad empresarial en sus cuatro aspectos: organización, colaboración, intercambio y competencia”.
2. El profesor Manuel Olivencia Ruiz sostiene que “Es el derecho de la materia que las normas califican de mercantil, las personas que se califican de comerciantes por la ley y los actos reputados por ésta de comercio”.

De la lectura sobre ambos conceptos destaco los siguientes aspectos: El derecho mercantil es una rama del derecho privado, el fin del derecho mercantil es el progresivo sometimiento a normas objetivas de las conductas económicas privadas, la materia de regulación es amplia, aborda aspectos relacionados al estatuto del empresario, las relaciones internas y externas de la empresa, y su presencia en el mercado.

Lo importante, es insistir que ningún concepto es permanente y por consiguiente estático, más bien será la realidad jurídica mercantil la que nos indique los elementos que requieren de regulación, cuáles son esos factores de cambio, lo que permitirá mantener actualizada toda la legislación mercantil.

5. Fuentes

5.1 CÓDIGO DE COMERCIO

Partiremos de la siguiente premisa: No existen en realidad fuentes propias del Derecho Mercantil, ni una jerarquía de fuentes distinta de la establecida en el Derecho Común, en vista de que el Derecho Mercantil no es independiente del Derecho Común.

Lo que varía es la materia o relaciones sociales reguladas, por consiguiente la fuente primera del derecho mercantil conforme nuestro código de comercio, es la ley. El Código de Comercio señala en su Arto. N.º 1: “El presente código de comercio, será observado en todos los actos y contratos que en el mismo se determinan, aunque no sean comerciantes las personas que los ejecutan...”.

Nuestro código de comercio representa el cuerpo legal mercantil, pero no es su única ley, recordemos lo planteado en la Lección No. 1 en cuanto a la diversificación de leyes especiales que conforman el marco regulatorio en materia mercantil.

El código de comercio está conformado por 4 libros.

El Libro I: Trata del comercio general y de los comerciantes, del estatuto del empresario y los agentes intermediarios de comercio.

El Libro II: De los contratos y obligaciones mercantiles, incluyendo el contrato societario, y los principales contratos mercantiles.

El Libro III: Del comercio y seguro marítimo.

El Libro IV: La empresa en crisis: suspensión de pagos, quiebras, prescripción.

Ha sufrido reformas sustanciales en el transcurso de la historia, desprendiéndose un conjunto de disposiciones de carácter especial.

5.2 LEYES MERCANTILES ESPECIALES

Se comprenden bajo esta denominación leyes y decretos, que regulan aspectos diversos como los siguientes:

1. Ley General de Bancos y otras Instituciones Financieras, Ley No. 314.
2. Ley de la Superintendencia de Bancos y de Otras Instituciones Financieras, Ley No. 316.
3. Ley de Garantía de Depósitos en Instituciones del Sistema Financiero, Ley No. 371.
4. Ley Especial sobre Sociedades Financieras, de Inversión y otras, Decreto No. 15L.
5. Ley General de Instituciones de Seguros, Decreto No. 127.
6. Ley sobre Habilitaciones.
7. Ley de Prenda Agraria o Industrial.
8. Ley de Prenda Comercial.
9. Ley Monetaria, Decreto Ley No. 1-92.
10. Reglamento General sobre Bolsa de Valores, Decreto No. 33-93.
11. Promoción al Mercado de Valores, Decreto No. 50-93.
12. Ley de Defensa de los Consumidores, Ley No. 182.
13. Ley General de Títulos Valores, Decreto No. 1824.
14. Ley de Promoción de Inversiones Extranjeras, Ley No. 344.

15. Zonas Francas Industriales de Exportación, Decreto 46-91.
16. Ley de Derecho de Autor y Derechos Conexos, Ley No. 312.
17. Ley de Protección para las Obtenciones Vegetales, Ley No. 318.
18. Ley de Protección de Señales Portadoras de Programas, Ley No. 322.
19. Ley de Protección a los Esquemas de Trazados de Circuitos Integrados, Ley No. 324.
20. Ley de Patentes de Invención, Modelo de Utilidad y Diseños Industriales, Ley No. 354.
21. Ley de Marcas y Otros Signos Distintivos, Ley No. 380.
22. Ley de Medicamentos y Farmacias, Ley No. 292.
23. Ley de Producción y Comercio de Semillas, Ley No. 280.
24. Ley sobre Metrología, Ley No. 225.
25. Ley de Normalización Técnica y Calidad, Ley No. 219.
26. Ley de Transporte Acuático, Ley No. 399 y otras.

Se observa que la tendencia de las autoridades de Gobierno y de nuestros legisladores ha sido la promulgación de leyes especiales, y no la de elaborar un nuevo código de comercio.

La abundancia de legislación mercantil especial, revela la crisis de las ideas sobre las que se basa el derecho mercantil del siglo XIX: Codificación y liberalismo económico.

Esto, ha traído como consecuencia que el código de comercio dejó de ser el cuerpo legal ordenador y sistematizador del conjunto del sistema.

5.3 EL DERECHO COMÚN (CIVIL)

Señala el art. 2 CC: “En los casos que no están especialmente regidos por este código se aplicarán las disposiciones del código civil”.

La correcta interpretación del art. 2 CC consiste en que el derecho común (civil) no tiene el carácter de fuente del derecho mercantil, sino que es el ordenamiento jurídico de aplicación general a la materia mercantil en defecto del código de comercio y leyes especiales.

5.4 COSTUMBRES

El art. 2 CC invoca los usos de comercio observados generalmente como fuente del derecho mercantil, al establecer: “... y en defecto de éstos, se aplicarán las costumbres mercantiles, prevaleciendo las locales o especiales sobre la general”.

El origen consuetudinario del derecho mercantil denota la importancia histórica de la costumbre como fuente de éste. Pese a la primacía de la ley, el uso de comercio sigue ocupando un papel significativo en la regulación mercantil.

Sostiene Francisco V. Chulia, que normalmente se predicen del uso del comercio tres funciones fundamentales: la de crear normas imperativas que rigen los actos de comercio, la de interpretar dichos actos y la de sustituir o derogar normas dispositivas, en la medida en que se les ha considerado expresión de la voluntad presunta de las partes en el contrato.

Cabe señalar, que estas funciones fundamentales están recogidas por nuestra legislación. El art. 3 CC determina que: “Las costumbres mercantiles suplen el silencio de la ley cuando los hechos que las constituyen son uniformes, públicos, generalmente ejecutados en el estado o en determinada localidad y reiterados por un largo espacio de tiempo, que se apreciará prudentemente por los tribunales”.

Dicho artículo es importante porque destaca los elementos que caracterizan los usos mercantiles, veamos:

- El uso debe ser reiterado
- Manifestarse uniforme
- Con cierta duración en el tiempo
- Observado por la generalidad de los comerciantes
- Su práctica ser pública y notoria
- Debe ser lícito.

Pero, continuemos analizando el código de comercio, el art. 5 señala que: “Las costumbres mercantiles servirán, sólo para suplir el silencio de la ley, sino, también de regla para determinar el sentido de las palabras o frases técnicas del comercio y para interpretar los actos o convenciones mercantiles”.

Utilizando como referente la doctrina mexicana, puedo afirmar que la disposición anterior corresponde a lo que se denomina los usos interpretativos. Que son aquellos que integran la voluntad de las partes, ya supliendo las cláusulas insertadas generalmente en los actos mercantiles, fijando el sentido de las palabras oscuras, concisas o poco exactas que suelen emplear los comerciantes, finalmente, para dar al acto o contrato de que se trate el efecto que naturalmente debe tener, según la intención presente de las partes.

En el art. 4 CC se establece la necesidad de la prueba en cuanto a los usos mercantiles: “No constando a los tribunales que conocen de una cuestión entre las partes, la autenticidad de la costumbre que se invoque, sólo podrá ser probado por alguno de estos medios:

1. Por un testimonio fehaciente de dos sentencias que aseverando la existencia de la costumbre, hayan sido pronunciadas conforme a ella.

2. Por tres escrituras públicas anteriores a los hechos que motivan el juicio en que debe obrar la prueba, y otorgadas entre partes extrañas a las que invoque”.

Entonces, la conclusión es simple, el uso debe ser probado, y esa prueba corresponderá demostrarse por quien la invoque. Esto supone una excepción al principio *iura novit curia*, según el cual el juez debe conocer el derecho, que no precisa alegación, ni prueba por las partes.

Lastimosamente, en Nicaragua no existe un organismo competente que recopile usos, conductas y prácticas, tal y como sucede en otros países.

Continuando el análisis sobre los usos, tomando como base la doctrina mexicana, puedo mencionar los usos normativos, que son los que “Constituyen el derecho consuetudinario propiamente dicho, normas de derecho objetivo que se imponen a las partes”. Es decir, son reglas de derecho que se imponen por sí, son usos jurídicos; normas con el mismo rango de ley, se imponen a las partes sin tener en cuenta la voluntad de éstos.

6. Actos de comercio

6.1 EVOLUCIÓN DEL CONCEPTO ACTO DE COMERCIO

El derecho mercantil ha comenzado siendo el derecho de una clase de personas (los comerciantes) y ha terminado siendo el derecho propio de una clase de actos, los que se definen como mercantiles con independencia de la cualidad del autor. Lo anterior ha dado como resultado el surgimiento de dos sistemas, ya mencionados en la Lección 1, el sistema subjetivo y el sistema objetivo.

El sistema subjetivo, considera el acto de comercio cuando lo ejecuta un comerciante, o sea la condición de sujeto comerciante por el que se determina el carácter comercial del acto.

Para el sistema objetivo, son actos mercantiles, aquellos en los que la mercantilidad se determina de acuerdo con sus caracteres intrínsecos, o sea son independientes de la persona que los realiza.

El tratadista mexicano Joaquín Rodríguez, sostiene que en la fijación del concepto de acto de comercio no ha habido un sistema puro objetivo o puro subjetivo, afirmando que estos sistemas han sido siempre mixtos.

En lo que no hay duda por los tratadistas, es lo relacionado a la existencia de dos sistemas predominantes: el subjetivo y el objetivo.

6.2 ETAPAS

Nacido el derecho mercantil en el seno de los gremios de comerciantes, era natural que se aplicase sólo a los comerciantes (sistema subjetivo).

Posteriormente, muchas operaciones se fueron generalizando, no siendo exclusivas de los comerciantes. Para evitar desigualdades, se permitió que fuesen demandados ante los magistrados o cónsules, aunque no fuesen comerciantes.

Surge el sistema objetivo, y lo que decide la aplicación del derecho mercantil no es la pertenencia al gremio, sino el dato real de la actividad mercantil.

Con el código de comercio francés se pretende borrar toda huella de derecho gremial o de clase; formulando el concepto de acto de comercio objetivo; con una característica, a la cabeza aparece la definición de comerciante y al final aparece el listado taxativo de los actos de comercio.

Los códigos posteriores (España, Alemania, Italia) partiendo de la separación entre actos de comercio y comerciantes, afirmada por Francia, fundaron el derecho mercantil sobre el acto de comercio objetivo, aún reconociendo la existencia de actos calificados de mercantiles por la participación de un comerciante.

6.3 CLASIFICACIÓN DE LOS ACTOS DE COMERCIO

Atendiendo a la clasificación elaborada por Garrigues, tenemos:

1. Se clasifican en principales o accesorios, según que el acto mercantil realice por sí una interposición en el cambio o se limite a prepararla, o a facilitarla.

Esta clasificación responde exclusivamente a un criterio económico (función económica del acto) y no a uno jurídico.

O sea, puede haber actos jurídicamente principales (seguro, sociedad, depósito) que son accesorios de una industria mercantil. Así, como actos económicamente principales (contrato de comisión), que son jurídicamente accesorios.

2. Actos Mixtos, reciben esta clasificación los que son considerados actos de comercio para una de las partes que en ellos intervienen, pero no para la otra. Es indispensable que el acto de comercio mixto se regule siempre por el código de comercio.
3. Actos absolutamente mercantiles, son siempre comerciales: "... contratos entre comerciantes se presumen actos de comercio..."
4. Actos de mercantilidad condicionada, aquellos en los que la mercantilidad depende de las personas que en ellos intervienen, bien del fin o motivo perseguido o bien sobre el objeto sobre el que recae el acto.

6.4 CÓDIGO DE COMERCIO DE NICARAGUA

Nuestro código, se acoge al sistema objetivo, pero con la diferencia de que rechaza toda definición, así como la lista taxativa de los actos de comercio, es decir contrario al código francés napoleónico.

Establece el art. 1 CC: "El presente código de comercio, será observado en todos los actos y contratos que en el mismo se determinan, aunque no sean comerciantes que los ejecutan".

Con estas palabras, se destaca la significación del acto de comercio como puente central de nuestro sistema legislativo, así como la radical separación entre el autor y el acto.

En cuanto a la naturaleza jurídica de los actos de comercio, el art. 1 y 20 CC no determinan una lista de actos y mucho menos de hechos jurídicos, sino, que fundamentalmente se refieren a grupos de actividad social de carácter económico. Por tanto, el acto será calificado de mercantil independientemente de la persona que lo realiza. Aunque, el art. 1 CC al plantear que “Los contratos entre comerciantes se presumen actos de comercio, salvo prueba en contrario, y de consiguiente estarán sujetos a las disposiciones de este código”, se refiere a los actos de comercio subjetivos.

Así mismo, el art. 1 CC al señalar: “El presente Código de Comercio, será observado en todos los actos y contratos que en el mismo se determinan...”, significa que cuando concurren los requisitos que para algunos contratos exige el propio código, el acto en cuestión es acto de comercio.

Nuestro código de comercio en el art. 6 trata de establecer una definición de comerciante individual y social. En relación a la lista determinada por el art. 20 CC, sobre a quiénes se considera comerciantes, no cabe duda que se refiere a un listado enunciativo, y no taxativo, porque después de presentar la lista de ellos expresa: “... y en general, a todos los que habitualmente ejecuten operaciones regidas por este código”. Se comprende que hay operaciones reglamentadas por este ordenamiento, pero que no están en la enumeración.

6.5 CONCEPTO

Ex profeso, dejo al final la conceptualización del acto de comercio, la experiencia me dice que eso permite una mejor comprensión, veamos estos conceptos:

1. Juan Ramírez Gronda considera que: “Las negociaciones, operaciones, contratos, etc, que la ley declara como tales y en consecuencia, le son aplicables las disposiciones de las

leyes mercantiles, aunque no fueran comerciantes los que los han realizado”.

2. Guillermo Cabanellas dice: “El regido por las leyes mercantiles y juzgado por los tribunales con arreglo a ellas. Los que ejecutan los comerciantes”.
3. Luis Durán elabora un concepto muy amplio, en particular es el de mi preferencia:

Constituyen el concepto básico para determinar la aplicación de las normas de derecho civil o derecho mercantil a situaciones reguladas por ambos derechos.

Los rasgos fundamentales de los actos de comercio son:

- Van dirigidos al valor intercambiable de las cosas
- Se proponen hacer circular la riqueza
- Se ejercitan habitualmente
- Son de carácter oneroso

BIBLIOGRAFÍA

1. **CABANELLAS**, Guillermo; Diccionario Jurídico, Edit. Heliastra, Argentina 1988.
2. **GARRIGUES**, Joaquín; Curso de Derecho Mercantil: Edit. Porrúa, México 1979.
3. **JIMÉNEZ SÁNCHEZ**, Guillermo; Derecho Mercantil; Edit. Ariel S.A., Barcelona, 1990.
4. **RODRÍGUEZ R.**, Joaquín; Derecho Mercantil Tomo I; Edit. Porrúa, México 1994.
5. **RIBÓ DURÁN**, Luis; Diccionario de Derecho; Edit. Bosch, Barcelona. 1987.

6. **RAMÍREZ GRONDA**, Juan; Diccionario Jurídico; Edit. Claridad, Buenos Aires, 1961.
7. **VICENT CHULÍA**, Francisco; Introducción al Derecho Mercantil; Edit. Tirant lo Blanch, Valencia 1993.
8. **VICENT CHULÍA**, Francisco; Compendio Crítico de Derecho Mercantil Tomo I, Edit. Bosch, Barcelona 1991.

Lección N°. 3

EL ESTATUTO JURÍDICO DEL COMERCIANTE INDIVIDUAL Y SOCIAL

La Empresa, Constitución del Comerciante, Registro Mercantil

1. La empresa mercantil

1.1 SIGNIFICADO

Desde el punto de vista de nuestro derecho positivo, el significado de la empresa es escaso, el código de comercio se basa en la teoría de los actos mercantiles art. 1, desconectado de la organización económica en que tales actos se producen.

El código de comercio no se fija en la pertenencia a una empresa, sino, en la concurrencia de circunstancias de varias índole que no presuponen el concepto de empresa. Aunque, dicho código hace alusiones esporádicas a la empresa, art. 13 y 28, lo que refleja que ese concepto no es esencial para el código.

Debemos ser cuidadosos, ya que no podemos olvidar que el derecho mercantil no es igual al derecho de empresa. En conclusión nuestro código se limita a dictar normas sobre la constitución del comerciante individual y social, contabilidad mercantil, patrimonio mercantil, contratos, pero siempre se refiere al comerciante en alusión a la empresa.

1.2 CONCEPTO ECONÓMICO DE EMPRESA

Afirma Garrigues que la empresa es, en su esencia natural, una realidad económica y en su explicación racional y lógica, un concepto económico.

Desde el punto de vista económico se define a la empresa como: “Una organización de capital y trabajo destinada a la producción o a la intermediación de bienes o servicios para el mercado con el fin de generar ganancias”.

Otro concepto, también económico plantea que: “Económicamente, la empresa es organización de los factores de la producción (Capital-Trabajo) con el fin de obtener ganancia ilimitada”.

En ambos conceptos observamos un elemento importante, siendo común, me refiero al fin último de toda actividad empresarial, que es la de obtener ganancia o beneficio. Es importante insistir que en el campo científico de la economía de la empresa, así como en las instituciones típicas de economía social de mercado, la obtención de ganancia o beneficio se configura como una cualidad y exigencia de la empresa, sea esta privada o pública. También, es necesario recordar que en la unidad de los elementos integrantes de la empresa, se debe separar el patrimonio mercantil, del patrimonio privado del empresario.

En fin, al configurar el concepto de empresa encontramos un conjunto de elementos, los cuales guardan una estrecha relación con el mercado y la competencia.

1.3 CONCEPTO JURÍDICO DE EMPRESA

En primer lugar, hay que considerar que en nuestra legislación no encontramos un concepto jurídico de empresa, solamente la referencia a elementos patrimoniales, el denominado contrato de empresa, etc. Pero, cabe señalar que no es un inconveniente exclusivamente de nosotros, en general la doctrina ha pretendido transportar intacto el concepto económico al campo del derecho, y ante la falta de un concepto jurídico se formulan diferentes conceptos.

Veamos algunas de estos conceptos doctrinales, analizados por Garrigues:

1. *La empresa como persona jurídica*

Se afirma, que la empresa no es un simple conjunto de medios de producción inertes, a la fusión de los elementos aislados correspondería una completa independencia jurídica y el nacimiento de un sujeto nuevo con vida propia. El principal, sería el primer servidor del negocio; es el negocio el que hace al comerciante y no al contrario; el negocio es el verdadero portador del crédito.

Se cuestiona esa teoría, porque es fruto de la confusión de ciertos tratadistas sobre los términos empresa y sociedad; olvidando que la sociedad, como empresario que es, no puede ser confundida con la empresa.

2. *La empresa como patrimonio separado*

Se trata de construir la empresa como un patrimonio separado, en vista de que se trata de un patrimonio autónomo, distinto del patrimonio civil del comerciante. El comerciante aparece con una doble personalidad, como comerciante y no comerciante, siendo el titular de dos patrimonios distintos.

La crítica a esa teoría consiste en que la vida mercantil demuestra la falta de autonomía del patrimonio comercial, se fundamenta lo anterior ya que falta al patrimonio mercantil la nota esencial del patrimonio autónomo, que es la separación de responsabilidad, a manera de ejemplo se plantea que la quiebra del comerciante afecta todo el patrimonio del deudor común.

3. *La empresa como universalidad*

Al estar integrada la empresa de una variedad de cosas no ligadas entre sí materialmente, las cuales aspiran a un tratamiento jurídico unitario, ha contribuido para que ciertos tratadistas apliquen a la empresa el concepto romano de la universitas. Es decir, se concibe a la empresa como una unidad de cosas, entendiendo por tal la reunión física o económica de elementos que el ordenamiento jurídico considera, al menos en ciertos aspectos como entidad única, sometida a una disciplina nueva.

La crítica sostiene, que no es posible permitir a los particulares la creación arbitraria de nuevos objetos jurídicos cuando la ley no reconoce a la empresa mercantil como un todo indivisible. Independientemente que la ley permite a los interesados determinar en cada caso el contenido objetivo de los negocios jurídicos relativos a la empresa; la realidad del tráfico muestra que el objeto inmediato de las relaciones jurídicas no es la universalidad como tal, sino los elementos que integran la empresa (usufructo, prenda, hipoteca). Falta además el dato característico de las universalidades: la transmisión *ipso iure* de derechos y obligaciones.

4. La empresa como actividad

Se efectúa la separación del concepto económico de empresa, afirmando que en la empresa existen dos aspectos distintos: la empresa o actividad económica del empresario y la hacienda o establecimiento que se integra por el conjunto de medios instrumentales con los que aquel realiza su actividad económica. Por tanto, la empresa no es un conglomerado de elementos de distinta naturaleza organizados y unidos por un vínculo de finalidad económica, sino todo ejercicio profesional de una actividad económica organizada con la finalidad de actuar en el mercado de bienes o servicios.

La crítica consiste, en que se concibe a la empresa como actividad y olvidan que es la actividad del empresario y de sus colaboradores la que ha creado la empresa como cosa distinta de esa actividad. La actividad crea la empresa, pero no es la empresa misma.

La crítica general a esos conceptos, consiste en que se caracteriza a la empresa desde el punto de vista de su unidad económica, la idea organizadora es la que vincula entre sí los elementos patrimoniales de la empresa, dotándoles de un valor superior a la suma de los valores aislados. Pero todavía no se alcanza la unidad jurídica necesaria para concebir a la empresa como objeto de derecho.

Cuando los juristas definen a la empresa como organización o como actividad, en realidad están tomando como empresa la que no es, sino una parte suya, creyendo, además haber reducido a esquemas jurídicos la idea de la empresa. Pero en realidad, no operan con la empresa, sino con alguno de sus elementos: patrimonio, actividad, empresario u organización. Por tanto, la empresa como unidad escapa al análisis de los juristas, quienes al definirla se limitan, a tomar la parte por el todo.

2. Constitución del comerciante

2.1 EQUIPARACIÓN DE TÉRMINOS COMERCIANTE Y EMPRESARIO

El código de comercio en el art. 6 plantea dos aspectos muy importantes a saber, quienes son considerados como comerciantes y además los requisitos para constituirse como tal: “Son comerciantes los que se ocupan ordinaria y profesionalmente en alguno o algunas de las operaciones que corresponden a esta industria y las sociedades mercantiles o industriales”.

Debo destacar que el término comerciante, visto literalmente, es un criterio restringido y por tanto, refleja el carácter real, que es el ejercicio del comercio.

Por eso, la doctrina que vincula al derecho mercantil con la empresa, sustituye la noción de comerciante por la de empresario o empresario mercantil.

Se plantea que la referencia al comerciante, en nuestro código, como sujeto peculiar del derecho mercantil, obedece a razones puramente históricas.

Esto implica, que se trata de equiparar los términos comerciantes y empresarios mercantiles. Es decir, que el comerciante al cual el código se refiere no es el comerciante en sentido estricto, sino, que tiene un significado más amplio, se refiere al empresario mercantil.

Esta afirmación no es arbitraria, si leemos la parte final del art. 6 CC señala: "...o algunas de las operaciones que corresponden a esta industria y las sociedades mercantiles o industriales". Permite concluir con toda seguridad, que hay equiparación al término empresario, en vista que el término restringido comerciante, nunca interviene en la extracción de riquezas de la naturaleza, ni participa en la transformación de esa riqueza natural, para su consumo.

Pero, si todavía existe duda, basta leer nuevamente el art. 20 CC.

2.2 CLASIFICACIÓN DE LOS EMPRESARIOS

Estando claros acerca de la equiparación de dichos términos y el significado que el mismo tiene; Entonces, podemos hablar de la clasificación de los comerciantes, aunque el art. 20 CC sólo enuncia actividades de carácter económico social, en cambio la Constitución Política es muy concreta, al afirmar en el art. 99: "... Es responsabilidad del Estado proteger, fomentar y promover las formas de propiedad y de gestión económica y empresarial privada, estatal, cooperativa, asociativa, comunitaria y mixta. Se reconoce el rol protagónico de la iniciativa privada, la cual comprende en un sentido amplio, a grandes, medianas y pequeñas empresas, microempresas, empresas cooperativas, asociativas y otras. El estado garantiza la libertad de empresa y el establecimiento de bancos y otras instituciones financieras, privadas y estatales, que se regirán conforme las leyes de la materia. Las actividades de comercio exterior, seguros y reaseguros estatales y privados serán regulados por la ley". El art. 48 CC reputa como comerciante al por menor el que sólo vende directa y habitualmente al consumidor.

El art. 2 CCS establece la clasificación siguiente sobre los comerciantes:

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

II. Las sociedades, que se llaman comerciantes sociales.

Se presumirá legalmente que se ejerce el comercio cuando se haga publicidad al respecto o cuando se abra un establecimiento mercantil donde se atienda al público.

Los extranjeros y las sociedades constituidas con arreglo a las leyes extranjeras, podrán ejercer el comercio en El Salvador con sujeción a las disposiciones de este código y demás leyes de la República.

El art. 28 CCP plantea que es comerciante el que, teniendo capacidad legal, realiza por profesión y en nombre propio actos de comercio.

2.3 REQUISITOS DE CONSTITUCIÓN

Analizando el art. 6 CC se destacan los requisitos de constitución del empresario: ocupación ordinaria y profesionalmente. Pero no olvidemos el requisito de la capacidad jurídica, establecido en el código civil art. 7, 8, 9, 10 y 278.

En cuanto a la ocupación ordinaria o habitualidad, tiene que ver con el hecho que el empresario se dedique a la explotación de su empresa o negocio.

La habitualidad se determina cuando la persona recurre a la propaganda para dar a conocer su establecimiento, los bienes que comercializa, produce o fabrica, o si se trata de servicios.

El ejercicio profesional o en nombre propio, significa que el verdadero comerciante explota la empresa en su propio nombre apareciendo como el sujeto que contrae derechos y obligaciones derivadas de la actividad empresarial; se trata del dueño del negocio *dominus negoti*. Hay que diferenciar la actividad del empresario, de la que ejecutan factores y dependientes.

La ocupación ordinaria y profesional, se definen por la doctrina como los elementos o requisitos para poseer la condición de comerciante o empresario, o sea actuar como comerciante por

sí mismo. Tengamos presente, que para ser comerciante basta tener la capacidad jurídica general.

El art. 7 CC plantea que: “Cuando los hijos de familia y menores adquieren bienes por letras o artes liberales, trabajo o industria y se dediquen al comercio: Quedan obligados solamente hasta concurrencia de aquellos bienes, pero podrían enajenar o hipotecar sus bienes inmuebles para el cumplimiento de sus obligaciones mercantiles sin las formalidades prescritas por el mismo código: y comparecer en juicio por sí solas en todas las cuestiones relativas a sus comercio. El padre o tutor puede continuar el comercio por cuenta del heredero menor, debiendo obtener autorización del juez”.

Esta disposición resulta interesante, porque supone una excepción, a mi criterio, de carácter restrictiva a la capacidad legal regulada por el código civil. O sea, que atendiendo al criterio doctrinario, un menor puede ser comerciante, pero para actuar como tal requiere cumplir otros requisitos además de la capacidad legal. Requisitos, estos últimos que no podría cumplir mientras no cumpla con lo regulado por el código civil art. 278.

En cuanto a la formalidad para expresar su voluntad de constituirse en comerciante individual, la Ley 139, Gaceta 36, 24 de febrero 1992 Ley que da Mayor Utilidad a la Institución del Notariado señala: “Toda persona que se dedicare al comercio como actividad profesional, podrá dedicarse y constituirse como comerciante, en escritura pública ante Notario, de acuerdo a las indicaciones del arto. 15 del CC. el testimonio se inscribirá en el Registro Mercantil...”.

2.4 PROHIBICIONES

Hay que diferenciar la incapacidad, de la prohibición; son incapaces aquellos que no reúnen los requisitos de mayoría de edad y no tienen la libre disponibilidad de sus bienes, C art. 278.

En cambio, sufren las prohibiciones o incompatibilidades para ejercer el comercio, aquellas personas, que siendo capaces para

ser comerciantes, la ley prohíbe ejercer cualquier clase de actividad comercial.

Las prohibiciones para comerciar se dividen en objetivas y subjetivas, según que afecten a ciertas actividades mercantiles para cuya explotación se requiere concesión del Estado o autorización especial, o se refieran a determinadas personas por razón de autorización especial, o por razón de su cargo. El fundamento de las prohibiciones subjetivas está en el temor de que se utilicen en beneficio del comercio propio:

a) Prohibiciones de derecho público.

Son absolutas y afectan a toda clase de comercio y a todo el territorio nacional. El art. 11 CC se refiere a: “la prohibición de ejercer el comercio a los comandantes de los puertos y empleados de las aduanas; a los quebrados que no hayan obtenido su rehabilitación”. La LOPJ en el art. 144 numeral 10 señala que: “Se prohíbe a todos los magistrados y jueces del poder judicial: Actuar como consultores, apoderados o gestores de empresas públicas o privadas, nacionales o extranjeras, en contrataciones de éstas con el Estado. La violación de esta disposición anula las concesiones o ventajas obtenidas y causa la pérdida del cargo”.

b) Prohibiciones de derecho privado

A esta clase, pertenece la que afecta a los corredores, art. 55 CC: “se prohíbe a los corredores: 1. Comerciar por cuenta propia, por sí, o por interpósita persona”. A los socios de las compañías colectivas y de responsabilidad limitada, art. 169 CC, numeral 4: “Explotar por cuenta propia el ramo de la industria en que gire la sociedad, y hacer sin consentimiento de todos los consocios operaciones particulares de cualquier especie cuando la sociedad no tuviere un género determinado de comercio” y el numeral 5: “Interesarse como socios con responsabilidad ilimitada en otras sociedades que tengan el mismo objeto, y hacer operaciones por cuenta de ellas o de terceros en el mismo comercio, sin el consentimiento de los otras socios”.

El RGBV art. 12 y 18, establece las prohibiciones para ser agente de bolsa:

“A los menores de 21 años, funcionarios y empleados de bancos y otras instituciones financieras, los insolventes o quebrados que no hayan sido rehabilitados, los deudores que tuvieren juicio ejecutivo pendiente por imputársele delitos contra la propiedad o falta de probidad, los que hayan sido sancionados por la superintendencia, los directores, funcionarios y empleados de otras bolsas o de la superintendencia, los que por cualquier cause sean legalmente incapaces”.

El art. 12 CC, señala que los contratos celebrados por personas a los cuales está prohibido el ejercicio del comercio, no producen acción contra el contratante capaz, pero sí le confieren el derecho para demandar a su elección la nulidad o el cumplimiento de ellos, salvo que se probare que actuó de mala fe.

2.5 COMERCIANTES EXTRANJEROS

En relación a los extranjeros que se dedican a la actividad empresarial en Nicaragua el art. 8 CC determina que: “Los extranjeros serán libres para ejercer el comercio, según lo que se hubiere convenido en los tratados con sus respectivas naciones y lo que dispusieren las leyes que arreglan los derechos y obligaciones de los extranjeros”. Es más, el art. 9 CC señala que: “Los extranjeros comerciantes en todos los actos de comercio en que intervengan, se sujetarán a este código y demás leyes del país”. En cuanto a las sociedades mercantiles, el art. 10 CC dice: “Las sociedades legalmente constituidas en el extranjero que se establezcan en la República, o tengan en ella alguna agencia o sucursal, podrán ejercer el comercio, sujetándose a las prescripciones especiales de este código en todo cuanto concierna a la creación de sus establecimientos dentro del territorio nacional, a sus operaciones mercantiles y a la jurisdicción de los tribunales de la nación”.

3. El registro mercantil

3.1 INSCRIPCIÓN DEL COMERCIANTE INDIVIDUAL Y SOCIAL

El comerciante individual se ha constituido, pero antes de iniciar operaciones requiere cumplir con una serie de requisitos, uno de los cuales es la inscripción en el Registro, en el caso del comerciante social la inscripción es determinante para adquirir la personalidad jurídica.

El art. 3940 C señala que: “El Registro es público y puede ser consultado por cualquier persona”. El art. 33 CC establece: “El Registro Mercantil es Público. El Registrador Mercantil facilitará a los que la pidan, noticias respecto a lo que del Registro Mercantil aparezca con relación a un comerciante o sociedad. Asimismo, expedirá a quien lo solicite, certificación literal o en relación de los asientos de los libros”. Al ser el Registro un archivo público, denota dos aspectos, el primero de ellos ser propiedad del estado y el segundo, que está a disposición del público, es decir cumple un objeto de publicidad.

En cuanto al objeto de la publicidad, se afirma que el objeto de la inscripción son las personas de los comerciantes y los hechos que tengan trascendencia jurídica para el comercio. Al referirnos a las personas como objeto de la publicidad, se destaca una doble función:

- a) Sirve para distinguir los comerciantes de los no comerciantes. El art. 19 CC establece la obligatoriedad de la inscripción de los comerciantes en el Registro. Aunque debemos aclarar que la obligatoriedad de la inscripción del comerciante individual tampoco convierte a ésta en presupuesto de calificación de comerciante. Aunque sí califica a los comerciantes sociales en función a la naturaleza de las operaciones y al elemento formal, que es la inscripción de la escritura de constitución, art. 13 CC, literal a.
- b) También puede servir la inscripción, para completar con efectos de publicidad la transmisión del nombre comercial, art. 15 CC, numeral 1 y 6.

El Registro Mercantil estará a cargo del Registrador de la propiedad raíz, art. 27 CC; cualquier certificación que se solicite al Registrador Mercantil podrá obtenerse por escrito, en papel sellado, cuando no resulten inscripciones de la clase que se pida, se dará certificación negativa, art. 24 CC. El Registrador dará certificación a los interesados, de las inscripciones verificadas en el libro primero, extendiéndola en el papel sellado correspondiente. De las inscripciones hechas en los demás libros, pondrá razón al pie del documento que le hubiera sido presentado, expresando, hora, día, mes y año de la inscripción, libro y folio, art. 18 CC.

El art. 19 CC establece la obligatoriedad de la inscripción en el registro, se determinan a además las penas siguientes por su incumplimiento:

- 1) No podrán pedir la inscripción de ningún documento en el Registro, ni aprovecharse de sus efectos legales.
- 2) Las compañías comerciales o industriales no inscritas, no tendrán personalidad jurídica.
- 3) El juez no dará curso a demanda de personas notoriamente conocidas como comerciantes, sin que se le presente certificación de estar inscritas como tales en el Registro, además, a los que sin tal requisito se presentaren, impondrá una multa de ochenta centavos a dos córdobas, que será solidariamente responsable el abogado que represente al infractor.

Con lo dispuesto en el art.19 CC, se pretende estimular eficazmente la inscripción del empresario individual. Aunque, es necesario mencionar que al empresario individual no le obliga la norma que imponga la constancia de los datos registrales del empresario en los documentos que emplee en el tráfico. Disposición que sí obliga en el caso de las sociedades mercantiles, artos. 226, 263 CC.

3.2 ORGANIZACIÓN DEL REGISTRO

El Registro Público de comercio estará compuesto de 4 libros independientes, art. 13 CC.

En el libro primero se inscriben los nombres de comerciantes y las sociedades mercantiles e industriales.

En el segundo:

- a) Escrituras en que se constituya modifique o disuelva una soc. mercantil o industrial, o cualquier modificación.
- b) Nombramientos de gerentes y liquidadores de las Compañías.
- c) Contratos sociales, estatutos de S.A. extranjeras con sucursales o agencias en Nicaragua, el nombramiento de gerentes o agentes y la inscripción de dichos contratos o documentos en el tribunal de comercio del domicilio de las mismas.
- d) Sentencia que declare nulo el contrato social.

En el libro tercero se inscribirán:

- a) Escritura en que conste que el cónyuge comerciante administra bienes propios del otro.
- b) Los documentos justificativos de los haberes del hijo o pupilo que está bajo potestad del padre o guardador y que ejerce el comercio conforme al inciso 2do. del art. 7.
- c) Los poderes que el comerciante otorgue a sus factores o dependientes, sus revocaciones o sustituciones.

En el libro cuarto:

- a) Títulos de venta o hipoteca de naves y documentos de comercio marítimo.
- b) Las escrituras o actos en que se disponen emisión de acciones, cédulas y obligaciones de toda clase de sociedades.

Cada libro será foliado y todos sus folios sellados; en el folio primero pondrá una razón que exprese el número del libro, su objeto y el número de hojas que consta, con su índice, firmado por el Registrador, art. 14 CC.

El art. 15 CC especifica el contenido del primer libro:

1. Nombre y apellido del comerciante.
2. Edad, estado civil, nacionalidad.
3. La clase de comercio a que está dedicado o haya de dedicarse.
4. El nombre del establecimiento.
5. El domicilio del comerciante, sus sucursales.
6. Fecha de iniciar el ejercicio del comercio.
7. Afirmación bajo su responsabilidad de que no se halla sujeto a la patria potestad, o que si lo está, que tiene su peculio profesional o industrial.

En el caso de las sociedades mercantiles, art. 17 CC, contendrá:

1. Razón o denominación social.
2. Objeto social.
3. Nombre del establecimiento.
4. Fecha de inicio de operaciones.
5. Domicilio social.

En el caso de los libros 2o. y 3er. y 4to. se hará la inscripción copiando íntegramente los documentos a que se refieren, y autorizando la copia el funcionario del Registro, art. 17 CC. Los documentos a los cuales se refiere el art. 13, deben presentarse al Registro en el término de 15 días contados desde la fecha de otorgamiento en el país, o de su autenticación, art. 21 CC.

4. Requisitos para iniciar operaciones

4.1 REGISTRO ÚNICO DEL CONTRIBUYENTE

Posterior a la inscripción en el Registro Mercantil, el comerciante debe cumplir con lo establecido en el Decreto No. 850 a fin de obtener el código único de identificación para fines del registro del contribuyente. Dicho registro está a cargo del Ministerio de Hacienda y Crédito.

Están obligados a inscribirse en el Registro único:

- Las personas naturales y comunidades que estuvieren obligadas a presentar declaración sobre su patrimonio mobiliario, inmobiliario o ingreso.
- Las personas naturales y comunidades que por la naturaleza de sus negocios de compra-venta de bienes y servicios, están obligadas a registrarse como responsables de conformidad con la ley de la materia.
- Personas naturales y comunidades que tengan relaciones contractuales con el Estado.
- Las personas jurídicas, privadas o públicas, cualquiera que sea su naturaleza.
- Las personas naturales o comunidades que realicen cualquier tipo de operación de importación y exportación.
- Las personas que por disposición de leyes especiales tengan dicha obligación.

La inscripción en el Registro Único es obligatoria, para la inscripción deberá presentar los documentos siguientes:

- Partida de nacimiento o constancia emitida para fines de inscripción por los registros civiles.
- Cédula de identidad.
- En el caso de extranjeros presentar pasaporte.
- Escritura de constitución.

La Dirección General de Ingresos extenderá a cada inscrito un carnet de identificación denominado cédula RUC.

4.2 ALCALDÍA MUNICIPAL

Los gravámenes municipales tienen como fundamento legal lo establecido en el plan de arbitrios, existen dos planes: El plan de arbitrios del municipio de Managua Decreto No. 10-91 y el plan de arbitrios para el resto de municipios Decreto No. 455.

Establece el plan de arbitrios del municipio de Managua, que toda persona natural o jurídica que en la circunscripción del municipio de Managua se dedique a la venta de bienes, industrias o prestaciones de servicios, sean éstos profesionales o no, deberán matricularse anualmente en el período comprendido entre el primero de diciembre y el treinta y uno de enero.

Cuando se trate de apertura de una nueva actividad, negocio o establecimiento, se pagará como matrícula el 1% del capital social o individual.

Los documentos a presentar para obtener la matrícula son:

Escritura de constitución, cédula RUC, fotocopia de la primera página de los libros de contabilidad, solicitud por escrito señalando dirección exacta, fecha de inicio de operaciones, solvencia municipal

4.3 LEY PARA EL CONTROL DE FACTURACIONES

Se crea el pie de imprenta fiscal, consistente en el texto que toda factura comercial deberá llevar impreso en su parte inferior, conforme a los siguientes datos: número RUC, número de orden de trabajo, nombre del cliente, cantidad de libretas de facturación o recibos que contiene la orden de producción y la numeración correlativa de las mismas.

4.4 LEY DE CONTRATACIONES DEL ESTADO

Si el empresario desea establecer relaciones contractuales con el Poder Ejecutivo, empresas Estatales, entes Descentralizados o Desconcentrado, Poder Legislativo, Poder Judicial, Poder Electoral, Contraloría General de la República, Superintendencia de Bancos, Municipios, Universidades que reciben fondos del Estado, Consejo y Gobiernos Regionales Autónomos debe cumplir con las disposiciones de la Ley de contrataciones del Estado.

Por medio de ésta, se crea el Registro de proveedores del Estado, el cual será administrado por la Dirección de Contrataciones del Ministerio de Hacienda y Crédito Público, en el que se inscribirán todos los interesados en proveerle al Estado.

Los documentos generales a presentar son: escritura de constitución y estatutos inscritos, poder de representación, número de teléfono y fax, dirección electrónica y apartado postal, clasificación y sub clasificación en la que desean ser inscritos; declaración de no encontrarse en convocatoria de acreedores, quiebra, liquidación o interdicción judicial.

4.5 LEY GENERAL SOBRE CÁMARAS DE COMERCIO

Determina la misma en el art. 18: todo comerciante, agricultor, industrial, agente, comisionista, representante de casas extranjeras que se establezca o que está establecido en la sección en que haya Cámara de Comercio, Agricultura e Industrias, deberá inscribirse en ésta, independientemente del registro mercantil a que se refiere el Capítulo II del Título I del Código de Comercio.

Los jueces no darán curso a ninguna demanda o juicio civil que intentare un comerciante, industrial, agente, comisionista o representante de casas extranjeras si no fuere acompañada de la certificación de estar inscrito en la Cámara de Comercio respectiva si la hubiere, art. 20.

BIBLIOGRAFÍA

1. **CABANELLAS**, Guillermo; Diccionario Jurídico: Edit. Heliastra, Argentina 1988.
2. **GARRIGUES**, Joaquín; Curso de Derecho Mercantil: Edit. Porrúa; México 1979.
3. **JIMÉNEZ SÁNCHEZ**, Guillermo; Derecho Mercantil; Edit. Ariel S.A.; Barcelona, 1990.
4. **RODRÍGUEZ R.**, Joaquín; Derecho Mercantil Tomo I; Edit. Porrúa, México 1994.
5. **RIBÓ DURÁN**, Luis; Diccionario de Derecho; Edit. Bosch, Barcelona. 1987.
6. **RAMÍREZ GRONDA**, Juan; Diccionario Jurídico; Edit. Claridad, Buenos Aires, 1961.
7. **VICENT CHULÍA**, Francisco; Introducción al Derecho Mercantil; Edit. Tirant lo Blanch; Valencia 1993.
8. **VICENT CHULÍA**, Francisco; Compendio Crítico de Derecho Mercantil Tomo I, Edit. Bosch; Barcelona 1991.

Lección N°. 4

EL ESTATUTO JURÍDICO DEL COMERCIANTE INDIVIDUAL Y SOCIAL

Contabilidad Mercantil, Auxiliares del Comercio
y Auxiliares del Comerciante

1. La contabilidad mercantil

Según Francisco Chulia la contabilidad mercantil debe analizarse sobre tres aspectos:

1. Es un aspecto de la actividad empresarial que consiste en registrar las operaciones de carácter económicas, en cumplimiento de un deber público.
2. La actividad contable es objeto de una ciencia, que produce una técnica contable depurada y compleja, un vocabulario propio y soluciones para expresar los hechos contables.
3. Es un sistema de información dirigido a terceros.

La contabilidad es un aspecto de la actividad empresarial y además, una parte de la documentación mercantil, se materializa en forma de documentos mercantiles contables. El documento contable contiene una declaración, denominada anotación, asiento contable, que no es una declaración de voluntad, sino una declaración de conocimiento o verdad sobre hechos que le constan o le deben constar al declarante.

En cuanto a la contabilidad, se plantea que un concepto amplio es el que incluye toda la documentación relativa al tráfico y por consiguiente la correspondencia mercantil. Frente al concepto anterior, la práctica mercantil mostró la necesidad de resumir y

ordenar las operaciones por medio de libros contables. Los conocidos tradicionalmente como libros del comerciante, se denominan modernamente libros de los empresarios y se clasifican en libros contables, que son aquellos que contienen declaraciones de conocimiento; tenemos además los libros corporativos, que son los que documentan negocios jurídicos.

2. El Derecho Contable

Se afirma que el derecho contable es el núcleo del derecho mercantil como derecho de organización de la empresa, regula la contabilidad formal y material.

2.1 EL DERECHO DE CONTABILIDAD FORMAL

Tiene su expresión en el art. 28 CC el cual plantea que “Los comerciantes llevarán necesariamente:

1. Libro de inventario y balance
2. Libro de diario
3. Libro de mayor
4. Libro copiador de cartas y telegramas

Las sociedades o compañías mercantiles o industriales, llevarán también un libro de actas, un libro de inscripciones de las acciones nominativas y de las remunerativas y un talonario de las acciones al portador”.

La contabilidad formal señala cuáles serán los libros que por disposición de la ley el comerciante se obliga a llevar, se refiere a la representación externa de los acontecimientos del negocio. Pero, además el art. 30 CC autoriza al comerciante para llevar libros extras, los que para usarse en juicio deben inscribirse en el Registro Mercantil. Los libros se presentarán, excepto el copiador de cartas y telegramas, encuadernados foliados y forrados, al Registrador Mercantil, para que ponga en el primer folio de cada uno, nota firmada y sellada de los que tuviere el libro, con

expresión del nombre del comerciante. Se estampará en todas las hojas de cada libro, el sello del registro, art. 32 CC.

Estos libros se llevarán con claridad, orden de fechas, sin blancos, raspaduras, tachaduras, art. 41 CC. Pero el comerciante podrá salvar los errores u omisiones que advierta al escribir en los libros, explicando con claridad en qué consisten y extendiendo el concepto de cómo debiera haberse estampado; si ha transcurrido algún tiempo desde que se cometió el error, se hará el asiento de rectificación, añadiendo al margen del asiento equivocado, la nota correctiva, art. 42 CC.

La contabilidad será llevada directamente por los empresarios o personas debidamente autorizadas, sin perjuicio de la responsabilidad del empresario. Artos. 473, 474, 476 y 477 Pn. El art. 1089 CC inciso 9, declara culpable a la quiebra del comerciante que no llevó los libros en forma legal o que hubiere ocurrido en falta causando perjuicio a tercero.

El art. 37 CC señala cuál es el contenido del libro de inscripción de las acciones nominativas y el art. 38 señala cuál será el contenido del talonario al portador.

En cuanto a cómo se llevará el libro copiador de cartas y telegramas, art. 39 CC, debo señalar que se trata de una institución en desuso, que ya no se implementa.

Más bien, la disposición del art. 41 CC si es de aplicación actual, en vista que establece la obligación de conservar ordenadamente la documentación.

Pero, sucede que el comerciante no puede destruir la documentación una vez que se disuelve el negocio, el art. 46 CC plantea que la misma se conservará hasta 10 años después de la liquidación, podrán ser destruidos o inutilizados, pasado el tiempo de prescripción de las acciones.

2.2 EL DERECHO DE CONTABILIDAD MATERIAL

Se conoce como derecho de balance mercantil del resultado del negocio. Tiene la función fundamental de determinar el

resultado económico del negocio, refleja la imagen fiel del patrimonio, de la situación financiera y de los resultados de la empresa.

Veamos algunos conceptos básicos de contabilidad.

El balance general permite disponer de los datos que se requieren para conocer la situación financiera del negocio a una fecha dada.

En dicho balance (libro) se refleja el activo del negocio, su pasivo y el capital líquido, art. 33 CC.

El activo: es algo que se posee, ejemplo: dinero en efectivo, terreno, inventarios, instalaciones de una tienda, cuentas de clientes pendientes de cobrar.

Pasivo: es una deuda que se tiene, ejemplo: Cuentas por pagar, documentos por vencerse, salarios no cubiertos.

Y el capital: es la participación de los accionistas, es el interés financiero neto de los propietarios del activo.

Se define que existe la siguiente ecuación contable: Activo = Pasivo + Capital.

Para los accionistas, de un modo definitivo, no se obtiene resultado del negocio hasta que éste se concluye. Pero, resulta que nadie va a esperar años hasta conocer el resultado. Por lo tanto, se divide el ejercicio en períodos anuales y el cálculo del resultado al final de cada uno de ellos. Entonces, no hablamos de un balance de liquidación, sino, de un balance de continuación de la empresa.

En cuanto a la partida doble, artos. 29, 35 CC. Al lado izquierdo de una cuenta se le llama debe, o sección de débitos o cargos. Al lado derecho, haber o sección de créditos o abonos.

DEBE	HABER
<hr/>	

Hay que aclarar, que muchas personas consideran erróneamente que los cargos (debe) representan algo desfavorable. Cuando, se trata simplemente de identificar dos lados de una cuenta. Las transacciones se registran en las cuentas en términos de cargos y abonos. La operación de verificación proporcionada por el sistema de partida doble, se expresa por el hecho de que cada transacción es registradas por cargos y abonos iguales.

En cuanto al contenido del libro de diario y mayor, artos. 28, 34, 35 CC.

En el diario se lleva un registro cronológico de las transacciones contables, el primer registro de una operación se hace en este libro.

Sobre el libro mayor, después de registrarse una transacción en el diario, deberá transferirse a las cuentas del libro mayor.

El Código de Comercio en el título II de la contabilidad mercantil, de forma interesante en el art. 48 determina a quien se considera comerciante al por menor: “Se reputa comerciante al por menor el que sólo vende directa y habitualmente el consumidor”. Indicando en el art. 47, la obligatoriedad del comerciante al por menor de llevar registros contables muy elementales, consistente en un cuaderno, forrado, foliado y en el que se asentarán diariamente las compras y ventas que hagan, tanto al fiado como al contado.

En cuanto al libro de actas de cada sociedad, se consignarán la letra de los acuerdos, expresando fecha, número de sesión, carácter de la misma, número de asientos, votos que representan, votos emitidos, art. 36 CC.

3. Exhibición y reconocimiento

Se prohíbe hacer pesquisa de oficio por Juez o Tribunal, ni autoridad alguna, para inquirir si se llevan correctamente los libros, ni hacer investigaciones, ni examen general de la contabilidad en la oficina del comerciante, art. 43 CC.

Pero, la ley determina una excepción en el art 44 CC al plantear, que tampoco podrá decretarse a instancia de parte la comunicación, entrega o reconocimiento general de los libros, correspondencia y demás documentos de los comerciantes, excepto en los casos de liquidación, sucesión universal o quiebra.

Otra excepción, la encontramos en el art. 45 CC, al señalar que fuera de los casos establecidos en el art. 44 sólo podrá decretarse la exhibición de los libros y documentos de los comerciantes, a instancias de parte o de oficio, cuando las personas a quienes pertenezcan tengan interés o responsabilidad en el asunto en que proceda la exhibición,

Es importante, tener presente lo establecido en la Legislación Tributaria Común artos. 111, 113, 114, en cuanto a la facultad de los auditores para exigir la presentación de los registros contables y documentación; la presentación de los documentos y sobre el requerimiento de la información.

4. Auxiliares del comerciante y auxiliares del comercio

Se define como auxiliar de comercio, a toda persona que aún de modo momentáneo y fugaz, emplea su actividad en la misma dirección o finalidad del comerciante. Queda en virtud de un contrato obligado a realizar una prestación o periódicas prestaciones a favor de un comerciante, se convierte por tanto en auxiliar en su comercio; ejemplos de éstos son los agentes, martilleros, comisionistas.

Se considera como un auxiliar del comerciante, a los colaboradores mercantiles del comerciante, en el cual concurren dos elementos diferenciadores: la permanencia en el negocio y la subordinación al comerciante, que se traduce en un deber de sumisión y obediencia dentro del organismo mercantil, es decir es un empleado en el organismo mercantil, nos referimos a los factores y a los dependientes.

4.1 AUXILIARES DEL COMERCIO

4.1.1. De los corredores

En el libro I, Título III Agentes Intermediario del Comercio, no queda definido el carácter de agente, haciendo uso más bien de los términos mediador y corredor como sinónimos del agente, esto es un error por parte de nuestros legisladores.

La doctrina señala que el agente no está subordinado a ningún comerciante, ejerce una industria independiente, el agente actúa siempre en nombre del poderdante, o sea es un representante; en cambio el comisionista contrata generalmente en nombre propio y por cuenta del comitente. El mediador desempeña una pura actividad de aproximación de los futuros contratantes, su salario lo recibe de ambos comerciantes.

El art. 49 CC define que los corredores son oficiales públicos, reciben su salario de los comerciante y facilitan la conclusión de contratos.

Los corredores públicos son los que tienen el título de profesores de comercio, deben rendir fianza, y juramento ante el juez artos. 50, 51 CC.

Estos agentes intermediarios que señala el código de comercio no son agentes, porque no actúan a nombre de nadie, sino, en su propio nombre. El art. 57 CC señala que: "...responderán al comprador y al vendedor de los efectos o valores, así como del pago". Tampoco son simples mediadores de comercio, porque no se limitan a poner en relación a compradores y vendedores, sino que asumen responsabilidad, art.57 CC. Planteando el mismo artículo que "...Esta responsabilidad hacia los contratante los diferencia de los comisionistas".

Estos corredores de comercio o corredores intérpretes de buques, actúan como delegatarios de fe pública para dar autenticidad a los actos y contratos en que intervienen, artos. 57, 58, 67-70 CC.

Se discute acerca de su condición de comerciante, considerando que el art. 53 CC numeral 1 plantea que no pueden ser corredores los que tienen prohibición de comerciar, pero se debe ser cuidadosos, en vista de que el art. 65 CC señala: “Las quiebras de los corredores se presumen fraudulentas...”.

Por tanto, concluimos que el corredor es un comerciante, la prohibición que señala el art. 55, numeral 1 se refiere exclusivamente a comerciar por cuenta propia.

No pueden ser corredores los que tienen prohibido comercio, los menores de 21 años, los que fuesen destituidos de este cargo, los extranjeros no naturalizados; los condenados por delitos de falsedad, robo, hurto, malversación de fondos, durante la condena y otro tanto más, art. 53 CC.

En cuanto a sus obligaciones, el art. 54 CC dice:

- Asegurar la identidad y capacidad legal de las partes para contratar.
- Proponer negocios claramente y exactos.
- Abstenerse de hacer supuestos falsos.
- Guardar en secreto todo lo relativo a las operaciones en que participe.
- Expedir certificación de lo relativo al contrato.
- Responder de la autenticidad de la firma del último cedente.
- Dar fe de la entrega de los efectos y de su pago.

Sobre las prohibiciones el art. 55 CC señala:

- Constituirse en asegurador de riesgos en materia mercantil.
- Negociar a cuenta de individuos o sociedades que hayan suspendido pago o hubiesen sido declarados en quiebra o en concurso.

- Desempeñar las funciones de auxiliar o dependiente de cualquier comerciante.
- Exigir salario superior al arancel recibido.
- Certificar hechos que no le consten.
- Comerciar por cuenta propia, por sí, o por interpósita persona.

4.1.2. *Martilleros.*

El art. 71 CC señala: “Cualquier comerciante puede ejercer el oficio de martillero, encargándose de vender al mejor postor mercaderías u otros bienes muebles, con tal que cumpla con las disposiciones de los artos. 51-52 y no se halle comprendido en las prohibiciones del arto. 53”.

Toda venta al martilleo es al contado, art. 76 CC; las ventas de martillo no podrán suspenderse y las especies se adjudicarán al mejor postor, si de previo se fijó un precio base y no hay ofertas sobre el mismo, podrá suspender el remate, art. 75 CC.

Tienen prohibido los martilleros, art. 74 CC:

1. Pregonar puja sin que el postor la exprese en voz clara.
2. Tomar parte en la licitación por sí o por terceros.
3. Adquirir objetos en cuya venta se encargó; mediante contrato celebrado con el adquirente.

El adjudicatario deberá pagar, a las cuarenta y ocho horas de verificado el remate, si no cancela queda sin efectos la adjudicación, art. 78 CC.

En lo no previsto, para efectos del martillero, se estará a lo previsto en las reglas del mandato mercantil y especialmente lo que rige la comisión para vender, art. 79 CC.

4.1.3 Agentes de bolsa

El RGBV art. 18, define que los agentes de bolsa son las personas naturales previamente autorizadas por la bolsa e inscritas en la Superintendencia de Bancos que se dedican a las operaciones de corretaje de valores en bolsa.

El mismo artículo determina los requisitos a cumplir: rendirá fianza o garantía a favor de la bolsa, capacidad legal de disposición de su patrimonio, acreditar buena conducta moral y conocida probidad, no estar sometido a pena correccional, no haber sido cancelada su inscripción en el registro de agentes.

El agente de bolsa, RGBV art. 20, cumplirá las obligaciones siguientes:

- Llevar libros y registros.
- Proporcionar periódicamente a la bolsa información sobre las operaciones que realice.
- Proporcionar la documentación que determine la Superintendencia de Bancos.
- Asegurarse la identidad y capacidad legal para contratar de las personas en cuyos negocios intervengan y de la legitimidad de las firmas.
- Proponer los negocios con exactitud, precisión y claridad, absteniéndose de hacer supuestos falsos que induzcan a error a los contratantes.
- Guardar reserva en todo lo que concierna a las negociaciones que hicieren y no revelar los nombres de las personas que se las encarguen.
- Expedir, a costa de los interesados que la pidieren, certificación de los asientos respectivos de sus contratos.
- Responder legalmente de la autenticidad de la firma del último cedente en las negociaciones de títulos valores.
- Dar fe de la entrega de los efectos y de su pago, si los interesados lo exigieren.

- Celebrar las operaciones sobre los títulos negociados en la Bolsa.
- Cumplir con las disposiciones legales, estatutarias y reglamentarias de la Bolsa.
- Conducir los negocios con lealtad, claridad, precisión y abstenerse de artificios que en cualquier forma, puedan inducir a error a las partes.

La Bolsa podrá amonestar, imponer multas, suspender o cancelar la autorización de un Agente de Bolsa, RGBV art. 21.

Se establece como prohibiciones a los agentes de bolsa: comerciar en Bolsa por cuenta propia, negociar los valores por cuenta de individuos o sociedades que hayan suspendido sus pagos, o que hayan sido declarados en quiebra o en concurso; art. 22 CC.

4.1.4 Corredores de seguros

La LGIS art. 78, define que los corredores de seguro son los comerciantes individuales o sociales que se dediquen por cuenta y en nombre propio a solicitar, negociar u obtener seguros, a nombre de asegurados diferentes de ellos mismos expedidos por cualquiera de las empresas aseguradoras.

Los corredores de seguros se obligan a actuar por medio de sus miembros, sin que la representación pueda delegarse, a menos que lo hagan por medio de agencias de seguro o de agentes de seguro.

4.1.5 Agencias de seguro

Son las sociedades mercantiles de carácter colectivo constituidas por agentes de seguros debidamente registrados en la Superintendencia de bancos, teniendo por objeto ofertar seguros a nombre de uno o varias empresas aseguradoras, promover la celebración de los contratos y obtener renovación, LGIS art. 80.

4.1.6 Comisionistas

El comisionista ejerce en materia una función similar a la de un mandatario en materia de derecho común, ejecutando actos de comercio en remuneración y por cuenta de otras personas; lo anterior está previsto en el art. 398 CC.

Intervienen en esta relación dos sujetos, el comitente que es el que confiere la comisión y comisionista el que la ejecuta, art. 398 CC.

En relación a la formalidad para el otorgamiento de la comisión, puede ser en escritura pública o documento privado, incluso puede ser verbal, pero en ese caso requiere la ratificación por escrito antes de que él concluya el negocio, art. 399 CC.

La autonomía de la voluntad se expresa en el art. 400 CC en cuanto a que el comisionista es libre de aceptar la comisión. Si el comisionista realiza cualquier gestión en el desempeño del encargo, se obliga a continuarlo hasta finalizarlo, ya que se entiende la aceptación tácita, art. 401 CC. Si el comisionista rehusa la comisión, se obliga a efectuar todas las diligencias necesarias para la conservación de los bienes que el comitente le hubiere remitido, aclara la ley que no debe entenderse lo anterior como una aceptación tácita del encargo, art. 402 CC.

Es importante considerar que el comisionista se obliga a comunicar que rehusa la comisión o de cumplirla de forma expresa o tácita, en caso contrario será responsable de los daños que sobrevengan, art. 403 CC.

El comitente podrá en cualquier tiempo revocar la comisión, art. 433 CC.

En cuanto al cumplimiento de la comisión, podrá el comisionista desempeñar por sí los encargos que recibe y no puede delegarlos sin estar autorizado para ello, art. 405 CC; el comisionista, salvo pacto en contrario, podrá desempeñar la comisión en su propio nombre o en el de su comitente, art. 408 CC; cuando contrate en nombre propio, tendrá acción y obligación directa

con las personas con quienes contrate, sin tener que declarar quien es la persona del comitente, salvo en caso de seguros, art. 409 CC. Pero, si el comisionista contrata en nombre del comitente no contrae obligación propia, art. 410 CC.

El comisionista está obligado a desempeñar el encargo en base a las instrucciones recibidas por el comitente, no podrá actuar en contra de esas instrucciones, art. 411 CC. En lo no previsto consultará al comitente, si no fuere posible, actuará con prudencia, cuidando el negocio como si fuere propio, art. 412 CC. Pero, responderá de la indemnización de daños y perjuicios, a favor del comitente, cuando exceda sus funciones o en violación del encargo, art. 414 CC.

No se obliga a ejecutar el encargo si su cumplimiento exige provisión de fondos, art. 406 CC. Pero, queda obligado, si de previo se comprometió a suministrarlos, art. 407 CC. Además, si la comisión resulta arriesgada, podrá suspenderla, informando al comitente, art. 413 CC.

En relación a los fondos, será de cuenta del comisionista la pérdida o daño del numerario que tenga en su poder, art. 417 CC. Si invierte los fondos recibidos de manera distinta al encargo, abonará el capital, intereses, y de la indemnización de daños y perjuicios, art. 418 CC.

El comisionista se encuentra sometido a otras limitaciones establecidas en la ley, éstas son:

- Responderá de los efectos y calidad de la mercancía, art. 419 CC.
- Responde de la conservación de la mercancía, art. 420 CC.
- No podrá alterar las marcas de los efectos comprados o vendidos o confundirlos con otros, art. 425 CC.
- No podrá comprar para sí lo que se le orientó vender, no venderá lo que se le encomendó comprar, sin autorización, art. 424 CC.

- Sin autorización no prestará, ni venderá a plazos o al fiado, art. 426 CC; si es autorizado no podrá realizarlo a personas de insolvencia notoria, art. 427 CC; si vende a plazo, debidamente autorizado, notificará al comitente, de inmediato el nombre de los compradores, art. 428 CC.
- De no efectuar la cobranza remuneración, será responsable de los perjuicios que cause, art. 429 CC.

Una vez concluida la comisión, rendirá cuenta de su comisión, art. 423 CC.

Tiene derecho a la remuneración por su trabajo, art. 430 CC; a ser reembolsado por todos los gastos realizados, art. 431 CC; a su vez puede hacer uso del derecho de retención; art. 432 CC.

4.1.7 *Agente aduanero*

La RLDGIA art. 6 señala que los agentes aduaneros son los designados por las leyes y demás disposiciones aduaneras en virtud de sus funciones públicas o privadas para que intervengan en actos u operaciones de comercio exterior y que poseen la calidad de fiadores solidarios.

El PMCAUCA art. 94 establece que el agente de aduanas es un auxiliar de la función pública aduanera autorizado para actuar en su carácter de persona natural por el Ministerio de Hacienda o Finanzas. Es un auxiliar de la función pública aduanera, sin perjuicio de las obligaciones que lo vinculan a su mandante y de otras que puedan imponer las leyes y reglamentos. Se obliga a desempeñar personalmente y habitualmente sus funciones; llevar registros contables, registro de todas las operaciones, trámites y regímenes aduaneros en que intervenga; conservar durante cinco años los registros, legajos, documentos; constituir y mantener al día una garantía no menor de US 10.000.00; acreditar la personería con que actúa; firmar las declaraciones aduaneras; recibir anualmente curso de actualización, PMCAUCA art. 95; es responsable solidario junto al mandante por el pago del adeudo, siendo responsable patrimonial frente al fisco

por las infracciones en que incurran sus empleados registrados en la aduana, PMCAUCA art. 97.

4.1.8 *Agente de transporte*

El PMCAUCA plantea en el art. 99 que agente de transporte es la persona natural o jurídica que representa a las empresas que se dedican al transporte internacional de mercancías. El RLDGIA art. 6 plantea que transportista es el responsable por la entrega de las mercancías en la aduana de destino y responde ante la aduana por el pago de los tributos, si la mercadería no llega en su totalidad a su destino. También, encontramos que el art. 369 CC se refiere al porteador como comerciante o que se dedique a verificar transportes para el público.

4.1.9 *Bolsas de comercio*

Señala el art. 81 CC: “Las bolsas de comercio, los mercados, las ferias y demás lugares de contratación, serán regidas por leyes y reglamentos especiales”.

Como parte de esa regulación tenemos el Reglamento de la Bolsa de Valores, la bolsa se constituye como sociedad anónima, previa autorización de la Superintendencia de Bancos, con un mínimo de 10 socios, art. 5; con un capital social a ser determinado por la Superintendencia de Bancos, art. 6; se determina un procedimiento para lograr la autorización respectiva, art. 7.

Opera en el país desde hace más de 25 años, la Subasta Nacional de Ganado, siendo una sociedad mercantil, privada.

También, opera la bolsa agropecuaria, denominada Bolsa Agropecuaria S. A, la cual se constituyó como sociedad anónima privada. Pero, con la salvedad de que no hay regulación específica sobre ese tipo de actividad.

Además, operan agencias de viaje, agencias navieras y agencias de bienes raíces.

4.1.10 *Agente naviero general*

La LGTA art. 3.20 plantea que es toda persona natural o jurídica que actúa en nombre del armador u operador como mandatario o comisionista mercantil y está facultado para representar a su mandante o comitente en los contratos de transporte de mercancías y de fletamento, nombrar agente naviero consignatario de buques y realizar los demás actos de comercio que su mandante o comitente le encomiende.

4.1.11 *Agente consignatario de buques*

Señala la LGTA art. 3.21 que es toda persona natural o jurídica que actúa en nombre del armador u operador como mandatario o comisionista mercantil y está facultada para realizar ante las autoridades portuarias y administrativas locales, los trámites requeridos para la admisión, permanencia y salida de un buque de puerto nacional.

4.1.12 *Agente marítimo*

El art. 3.19 LGTA plantea que es toda persona natural o jurídica encargada por cuenta del propietario, fletador o armador de un buque o del propietario de la carga, de intervenir en operaciones de comercio marítimo para preservar entre otros algunos de los servicios siguientes: negociar y ajustar la compraventa de un buque, negociar y supervisar el fletamento de un buque, cobrar el flete, gestionar la documentación aduanera de la carga, hacer lo necesario para obtener y tramitar la documentación y toda disposición para el envío de la carga, organizar la llegada y salida del buque, hacer lo necesario para el servicio del buque durante la permanencia en el puerto.

Pero, no olvidemos otros auxiliares de la actividad empresarial, los que se rigen por leyes específicas y que guardan relación con la delegación de fe pública, tal es el caso del abogado y notario público y el contador público autorizado; además empresas que ofrecen el servicio de auditorías. Destaco el art. 272 CCCR, el cual considera como agentes auxiliares del

comercio a: los comisionistas, corredores jurados, factores, porteadores, agentes viajeros, representantes de casas extranjeras, dependientes y los agentes o corredores de aduana.

4.2 AUXILIARES DEL COMERCIANTE

4.2.1 Dependientes

El art. 435 CC plantea que se reputan dependientes los que desempeñan constantemente alguna o algunas gestiones propias del tráfico, en nombre o por cuenta del propietario de éste. Esto implica que la prestación de trabajo ha de hacerse en interés ajeno, o sea, a favor de la persona que contrata el trabajo; la prestación de trabajo se hace por una retribución, al comerciante le corresponde la potestad de mando y dirección, siendo por tanto una relación jerárquica o jurídica.

En relación al desempeño de su trabajo, el art. 448 CC establece que los actos de los dependientes obligan a su principal en todas las actividades que le encomendó. Los dependientes vendedores, se reputan autorizados para cobrar el importe de las ventas y extender el recibo respectivo, siempre que las ventas sean público y al por menor; o siendo al por mayor, se hayan realizado al contado y el pago hecho en el almacén, art. 449 CC. En el caso de los dependientes viajantes, autorizado por escrito para gestionar negocios o realizar operaciones de tráfico, obliga a su principal dentro del marco de sus atribuciones, art 450 CC. Cuando el dependiente recepciona mercaderías, por encargo del principal, se tendrá como hecha por el principal, art. 451 CC. No podrá el dependiente delegar en otros el encargo, salvo que tenga autorización, art. 452 CC. Si el dependiente, en el desempeño del cargo, causa perjuicio al principal por malicia, negligencia o infracción de las órdenes o instrucciones que hubiere recibido, será responsable, art. 453 CC. Pero, también el principal indemnizará al dependiente de los gastos que hiciere y pérdidas que sufrieren en el desempeño de su encargo, art. 452 CC.

4.2.2 Factores

Determina el art. 435 CC que se reputan factores los que tengan la dirección de alguna empresa o establecimiento fabril o comercial, o están autorizados para contratar respecto a todos los negocios concernientes a dichos establecimientos o empresas, por cuenta y a nombre de los propietarios de los mismo. Sobre las principales características del cargo destaco las siguientes: Amplitud de su poder, esto implica capacidad necesaria para obligarse art. 436 CC; estabilidad, los actos y contratos ejecutados por el factor serán válidos respecto del principal, mientras no llegue la comunicación de la revocación del poder, artos. 445, 446, 447 CC.

En cuanto al desempeño de sus actividades, establece el art.443 CC que las multas aplicadas al factor en el ejercicio de sus funciones, se harán efectivas en bienes del principal. El factor negociará y contratará a nombre del principal, debiendo expresarlo en los documentos que suscriba, pero puede contratar en nombre propio, art. 437 CC. Cuando el factor contrate en nombre propio, pero por cuenta del principal, el contratante podrá dirigir su acción contra el factor o el principal, art. 440 CC. Si el contrato celebrado por el factor recae sobre objetos comprendidos en el giro o tráfico de que sean encargados, se entienden hechos por cuenta del principal, aún cuando el factor no lo haya expresado, o haya transgredido sus facultades o cometido abusos de confianza, art. 441 CC. Incluso, obliga al principal, aún cuando los contratos sean ajenos al giro del negocio, siempre y cuando haya obrado con orden, art. 442 CC. Cuando el principal interesare al factor en alguna operación, con respecto a ella y con relación al principal, el mismo se reputa asociado, pero no tendrá ese carácter, ni el de socios, si el principal le interesare en las utilidades del giro, en ese caso el interés se reputa sueldo, art. 444 CC. Para evitar actos desleales de comercio, determina el art. 438 CC que sólo autorizado por el principal, el factor podrá traficar en negocios del mismo género de las que hiciere en nombre del principal. Con el fin de evitar cualquier confusión en cuanto a la responsabilidad y proteger el tráfico, señala el art. 439 CC que

en los contratos que suscriba el factor con tal carácter, se obliga el principal y sus bienes, pero si contrata en nombre propio se obliga directamente. En cuanto a las responsabilidades del factor para con el principal, el art. 454 CC dice que será responsable el factor del perjuicio que cause a los intereses del principal, por malicia, negligencia o infracción de órdenes o instrucciones recibidas. Pero a la vez, el principal indemnizará al factor de los gastos que hiciera y pérdidas sufridas en el desempeño del cargo, art. 453 CC.

BIBLIOGRAFÍA

1. **CABANELLAS**, Guillermo; Diccionario Jurídico: Edit. Heliastra, Argentina 1988.
2. **GARRIGUES**, Joaquín; Curso de Derecho Mercantil: Edit. Porrúa; México 1979.
3. **JIMÉNEZ SÁNCHEZ**, Guillermo; Derecho Mercantil; Edit. Ariel S.A.; Barcelona, 1990.
4. **HOLMES**, Arthur; **MAYNARD**, Gilbert; **DON EDWARDS**, James; **MEIER**, Robert; Contabilidad Básica; C.E.C.S.A., México 1975.
5. **RODRÍGUEZ R.**, Joaquín; Derecho Mercantil Tomo I; Edit. Porrúa, México 1994.
6. **SOTO ÁLVAREZ**, Clemente; Prontuario de Derecho Mercantil; Limusa; Décima primera reimpresión, México, 1993.
7. **SOLÓRZANO**, Aníbal; Glosas al Código de Comercio de Nicaragua, Concordancias y Jurisprudencia; Patrocinio del Banco de la Vivienda; Managua, 1974.
8. **VICENT CHULÍA**, Francisco; Introducción al Derecho Mercantil; Edit. Tirant lo Blanch; Valencia 1993.
9. **VICENT CHULÍA**, Francisco; Compendio Crítico de Derecho Mercantil, Tomo I, Edit. Bosch; Barcelona 1991.

SEGUNDA PARTE

SOCIEDADES MERCANTILES

1. Teoría de sociedades

La importancia del derecho de sociedades, dentro del derecho mercantil, se explica cuando se advierte que son cada vez más empresarios sociales los que ejercitan la actividad Mercantil. Incluso, en economías desarrolladas, la figura del comerciante individual es una simple referencia histórica.

Es necesario aclarar, que este comportamiento no es ocasional, la explicación es simple, muchas de las actividades económicas requieren el aporte de grandes capitales, presencia de inversionistas extranjeros, certeza de las instituciones financieras sobre la capacidad económica del solicitante de un crédito, la difusión de contratos como el de franquicia y joint-venture, disponer de capacidad competitiva; la complejidad de la actividad empresarial requiere de una dirección más compleja y no el simple criterio o capricho de un solo empresario, además existe menos riesgo debido a que la responsabilidad es limitada, etc. En fin, las personas se unen para realizar una actividad que reporte beneficios y recuperación de la inversión.

Afirma Vicent Chulia, que el derecho de sociedades es la parte más importante y característica del derecho mercantil, como derecho de la institucionalización de la economía. En donde el contrato de sociedad, junto a los contratos de intercambio de bienes y servicios y el derecho de propiedad, es la institución que ha servido para organizar la economía capitalista. Entonces, la sociedad tiene un doble aspecto institucional y contractual. Sostiene Ignacio L. Osborne, en la obra de Sánchez Jiménez, que la sociedad tiene su origen en un acto de naturaleza negocial, cumplidos los requisitos se le reconocerá

la personalidad jurídica. Aunque, diversos tratadistas afirman que excepcionalmente puede faltar el origen negocial de la sociedad, ya que en ocasiones falta el origen contractual cuando el Estado se constituye en único accionista; incluso, en los supuestos normales de sociedades nacidas de un contrato, modernamente, se observa la tendencia a destacar los elementos institucionales sobre lo contractuales, al separar la sociedad de sus socios sometiéndola a un régimen que atienda, junto con los socios, a otros intereses dignos de tutela como son los relacionados con la empresa de la que es titular la sociedad, esto se expresa con claridad en las llamadas sociedades de capital.

2. Concepto

El código de comercio no establece un concepto sobre sociedad mercantil, por ello recurrimos al código civil art. 3175 y por tanto dispondremos de un concepto unitario: “Se llama sociedad el contrato en virtud del cual, los que pueden disponer libremente de sus bienes o industrias, ponen en común con otra u otras personas, esos bienes o industrias, o los unos y las otras juntamente con el fin de dividir entre sí el dominio de los bienes y las ganancias y pérdidas que con ellos se obtengan, o sólo las ganancias y pérdidas”.

Retomo el concepto que sobre sociedad mercantil establece el art. 17 CCS: “... Sociedad es el ente jurídico resultante de un contrato solemne, celebrado entre dos o más personas, que estipulan poner en común, bienes o industria, con la finalidad de repartir entre sí beneficios que provengan de los negocios a que van a dedicarse. Tales entidades gozan de personalidad jurídica, dentro de los límites que impone su finalidad y se consideran independientes de los socios que las integran”.

El interés surge, en cuanto a cual debe ser el criterio distintivo de la sociedad mercantil fuera de la esencia del contrato societario; se afirma que no puede ser un criterio delimitador el de la personalidad jurídica, ya que este elemento no es propio de

la sociedad mercantil; entonces tomaremos como elemento delimitador el art. 118 CC en donde se establece la clasificación de las sociedades mercantiles; así como el art. 121 CC el cual deja constancia de la forma de constitución, escritura pública y además el art. 13 CC libro segundo A, inscripción en el Registro mercantil. En conclusión, el concepto legal de la sociedad mercantil estará determinado por un elemento real o material, representado por la naturaleza de su actividad, art. 6 CC; y por un elemento formal, es decir la forma de constitución, escritura e inscripción, artos. 13, 121 CC.

3. Naturaleza contractual

No cabe duda acerca de la naturaleza contractual del acto constitutivo de la sociedad, el art. 121 CC señala: “todo contrato de sociedad debe constar en escritura pública...” y complementa el art. 122 CC al plantear que toda ampliación es en base a esas formalidades, salvo lo señalado para las sociedades anónimas.

Pero, es importante mencionar que las partes, para efectos de la validez del contrato social, deben cumplir con los requisitos de validez, art. 125 CC. Es conveniente tener siempre presente lo dispuesto en el art. 205 CC, o sea la ley faculta al Registrador para no inscribir la escritura de constitución y los estatutos en determinadas circunstancias, siendo una de ellas no cumplir con lo establecido en el art. 124. Los requisitos de validez para la sociedad en nombre colectivo y en comandita simple están contemplados en el art. 123 CC; los requisitos de validez de la sociedad anónima y comandita por acciones los encontramos en el art. 124 CC.

De incumplir con cualquiera de los requisitos de validez, hace que ésta se considere nula, art. 125 CC, estas sociedades nulas se conocen como sociedad de hecho. Aunque la ley contempla, en aras de la protección del tráfico, que la falta de requisitos o de escritura pública, no podrá alegarse como excepción contra un tercero que contratará con la sociedad, respondiendo solidariamente los socios que se involucraron en la transacción, art. 126 CC. En cuanto al art. 127 CC, que es cuando la nulidad se

declarase estando pendiente la sociedad de hecho, señala el Dr. Aníbal Solórzano que una sociedad cuya causa es lícita, no puede producir efecto alguno, el aporte común ha creado materialmente una comunidad de hecho la que no podrá destruir la existencia del pasado; cada uno de los comuneros puede exigir la restitución de su aporte y reclamar los beneficios en proporción, tomando en cuenta las pérdidas.

Se afirma que el contrato de sociedad tiene algunas características propias, éstas son, de que se trata de un contrato plurilateral y no bilateral. Es decir, lo que caracteriza al contrato no es la naturaleza de la prestación, sin que las prestaciones ingresan en la sociedad y no tienen que ser equivalentes. Es un contrato de naturaleza organizativa, de carácter duradero y de colaboración.

En dicho contrato destacamos los siguientes elementos esenciales: consentimiento, objeto y causa. En relación al consentimiento, este debe ser exento de vicios sobre todo el contenido del contrato, cualquier persona natural o jurídica puede constituir sociedades siempre que tenga capacidad suficiente. Sobre el objeto del contrato, debe entenderse como el objeto de las obligaciones de los socios, o sea los aportes al capital social, dichos aportes son esenciales para contribuir al fin común. Siendo importante diferenciar el objeto del contrato y la aportación de capital, de lo que se denomina el objeto social, el giro del negocio.

En cuanto a la causa, la respuesta es simple, la sociedad se constituye para el ejercicio de una actividad que proporcione beneficios o ganancias.

4. Personalidad jurídica

Sostienen diversos tratadistas que la personalidad jurídica es la técnica de organización unitaria de un patrimonio o de un grupo de personas mediante el reconocimiento por el derecho de la titularidad de derechos subjetivos así como de obligaciones. Significa el reconocimiento al principio de separación entre el patrimonio social y el patrimonio de los socios.

La organización de las sociedades mercantiles, sociedades sin fines de lucro, y cooperativas se basa en el reconocimiento de la personalidad jurídica, aunque la forma de adquirirla es diferente.

En relación a la personalidad jurídica, se sostiene que es la forma perfecta de organización, teniendo dos aspectos: Como organización financiera, al crear un patrimonio propio, con su activo y pasivo, con separación del patrimonio de los socios; y como organización corporativa, basada en la administración y representación de este patrimonio por unos administradores, que actúan en nombre de la sociedad, comprometiendo el patrimonio de ésta y con la intervención de los socios.

La sociedad tiene un nombre propio, razón social o denominación social; nacionalidad propia, domicilio social, contabilidad, capacidad de operar y todos aquellos derechos que no sean personalísimos.

5. Sociedad y empresa

Existen diferencias entre los conceptos sociedad y empresa, veamos algunos de estos rasgos diferenciadores establecidos por Garrigues: La sociedad mercantil es una persona jurídica la empresa no; la empresa es un concepto económico, la sociedad es un concepto jurídico igual que el de empresario; la organización de la sociedad es la organización jurídica del colectivo, la empresa es la organización económica de las fuerzas productivas.

6. Clasificación

El art. 118 CC establece la clasificación siguiente:

Sociedad Colectiva: Es aquella en que los socios hacen el comercio bajo una razón social y son personal y solidariamente responsables de las deudas sociales, art. 137. Es una sociedad que repara en la confianza de las personas, ningún

socio puede ceder su parte social, sino, con el consentimiento del resto.

Sociedad en Comandita: Coexisten dos categorías de socios, unos (gestores) responden de las obligaciones solidariamente e ilimitada; los otros, comanditarios, responder de las deudas y pérdidas hasta la concurrencia de aporte de capital, art. 192.

Sociedad en Comandita por Acciones: Coexisten dos categorías de socios, los gestores son solidarios e ilimitadamente responsables de las obligaciones; los comanditarios están limitados al importe de sus acciones, art. 287.

Sociedad Anónima: Formación de un fondo común, suministrado por accionistas, responsables hasta el monto de sus respectivas acciones, administrada por mandatarios revocables, art. 201.

En el derecho comparado y doctrinariamente, las sociedades mercantiles se dividen en sociedades personalistas y de capital. Esta clasificación responde al régimen de responsabilidad de sus socios. Son personalistas, aquellas en que los socios o parte de ellos responden de las deudas sociales de manera personal o ilimitada y solidaria (sociedad colectiva y sociedad comandita); las sociedades de capital tienen como rasgo común, que sus socios responden de las deudas sociales hasta el límite de sus aportaciones realizadas o prometidas.

Aunque, destaco que el art. 18 CCS determina que: “Las sociedades se dividen en sociedades de personas y sociedades de capital; ambas pueden ser de capital variable. Son de personas: las sociedades en nombre colectivo o sociedades colectivas, las sociedades en comandita simple, las sociedades de responsabilidad limitada; son de capital: las sociedades anónimas, las sociedades en comandita por acciones o sociedades comanditarias por acciones. Solamente podrán constituirse sociedades dentro de las formas reguladas por la ley”. Los artos. 13 y 299 CCH establecen que las sociedades mercantiles podrán ser de capital variable; el capital social será susceptible

de aumento por aportaciones posteriores de los socios o por la admisión de nuevos socios.

Es necesario mencionar que en España y países miembros de la Unión Europea; en Centroamérica, Costa Rica y Panamá, regulan la Sociedad Unipersonal de Responsabilidad Limitada. Se entiende que este tipo de sociedad es la que constituida por un único socio, sea persona natural o jurídica, o la constituida por dos o más socios, cuando todas las participaciones hayan pasado a ser propiedad de un único socio.

Otra figura a mencionar, es la denominada Agrupación Europea de Interés Económico, las que tendrán personalidad jurídica y carácter mercantil, tienen como finalidad facilitar el desarrollo o mejorar los resultados de la actividad de sus socios, no tiene ánimo de lucro para sí misma, su objeto se limita exclusivamente a una actividad económica auxiliar de la que desarrollen sus socios.

Cabe señalar que existe un proyecto en la Unión Europea desde 1972, para regular la sociedad europea; menciono todo lo anterior, para enfatizar cómo en el mundo se trabaja para modernizar y adaptar a la realidad económica el régimen jurídico de las sociedades.

Es necesario mencionar que en septiembre de 1967 se dio a conocer las Bases Generales para la redacción de una Ley Uniforme Centroamericana de Sociedades Anónimas circuladas por el Instituto Centroamericano de Derecho Comparado.

7. Asociaciones de comerciantes

El código de comercio también reconoce las asociaciones comerciales, que se clasifican en momentáneas y en participación. Las asociaciones no adquieren personalidad jurídica distinta de la de los socios, artos. 120, 329 CC.

Estas asociaciones no están sujetas a las formalidades prescritas para la formación, modificación, disolución y liquidación de los sociedades, art. 333 CC.

Las asociaciones se registrarán, salvo lo establecido en el título III, capítulo VIII, por lo convenido entre las partes.

Son asociaciones momentáneas aquellas que tienen por objeto ejecutar una o varias operaciones determinadas en comercio. Los asociados se obligan solidariamente por los terceros con quienes contratan, art. 330 CC.

Las asociaciones en participación, son aquellas donde se interesan una o más personas en operaciones mercantiles que ejecutan en su propio nombre una o varias, en beneficio de todas. Si el que contrata constituye una sola entidad jurídica, los partícipes no tienen responsabilidad alguna en relación con terceros, art. 331 CC.

8. Informe

El Dr. Modesto Barrios en el informe elaborado sobre el Proyecto de un nuevo código de comercio, sobre la compañía colectiva limitada, señala que no existe en ninguno de los códigos modernos consultados, la disposición que permita el establecimiento de sociedades colectivas limitadas. El concepto de la sociedad colectiva ha sido siempre el de una responsabilidad sin límites; se ha considerado que cada socio en resguardo de su crédito afecta todos sus bienes con esa responsabilidad. Se ha pensado sin duda que sólo de esa manera tales sociedades podrían captarse la confianza del público y al propio tiempo garantizarle debidamente. La ilimitación puede ser un cebo para los incautos que sabiendo que cada socio es persona acaudalada que responde con todos sus bienes, no temen entregarles grandes sumas de dinero que después quizás no recuperan. He creído, pues, más aceptable la ley norteamericana, permitiendo la limitación de la responsabilidad en la sociedad colectiva, confirmando así también las leyes especiales que en

nuestro país se han dado autorizándola para la comandita como medio de fomentar el espíritu de empresa en forma asociada de que tanto necesitan nuestros países.

BIBLIOGRAFÍA

1. **GARRIGUES**, Joaquín; Curso de Derecho Mercantil; Edit. Porrúa; México 1979.
2. **JIMÉNEZ SÁNCHEZ**, Guillermo; Derecho Mercantil; Edit. Ariel S.A.; Barcelona, 1990.
3. **QUIJANO GONZÁLEZ**, Jesús; Derecho de Sociedades de Responsabilidad Limitada; Mc Graw Hill; Madrid. 1996.
4. **RODRÍGUEZ R.**, Joaquín; Derecho Mercantil Tomo I; Edit. Porrúa, México 1994.
5. **SOTO ÁLVAREZ**, Clemente; Prontuario de Derecho Mercantil; Limusa; Décima primera reimpresión, México, 1993.
6. **SOLÓRZANO**, Aníbal; Glosas al Código de Comercio de Nicaragua, Concordancias y Jurisprudencia; Patrocinio del Banco de la Vivienda; Managua, 1974.
7. **VICENT CHULÍA**, Francisco; Introducción al Derecho Mercantil; Edit. Tirant lo Blanch; Valencia 1993.
8. **VICENT CHULÍA**, Francisco; Compendio Crítico de Derecho Mercantil Tomo I, Edit. Bosch; Barcelona 1991.

SOCIEDAD COLECTIVA – SOCIEDAD DE RESPONSABILIDAD LIMITADA – SOCIEDAD COMANDITA SIMPLE

1. Antecedentes

El origen de la sociedad colectiva se sitúa en la Edad Media, en el seno de las familias de mercaderes. Se considera fruto de una evolución que va desde las frecuentes comunidades formadas por los hijos, hacia comunidades de trabajo que se dedican al ejercicio del comercio, en las que intervienen personas extrañas a la familia, pero vinculadas siempre entre sí por una relación de confianza, por lo que destaca, desde entonces, el carácter personalista *Intuito-personae* de la sociedad.

Su reconocimiento legislativo lo encontramos en las ordenanzas francesas de 1673, en cuya regulación de la sociedad general aparece ya el dato de la responsabilidad solidaria. Las ordenanzas de Bilbao lo contemplan con los rasgos de la actual compañía colectiva, como son la actuación en nombre de todos, la responsabilidad personal e ilimitada de los socios. El código de comercio francés de 1807 y los españoles de 1829, el actual; al igual que el mexicano de 1854 y 1883, la regulan denominándola “colectiva”: Sociedad en nombre colectiva, compañía colectiva, compañía regular colectiva.

Aunque, históricamente, este tipo social sirvió para reunir importantes capitales y participaciones en grandes empresas familiares, en la actualidad se utiliza menos, ya que se recurre a otras formas sociales.

La sociedad limitada, hermana menor de la anónima, nace en el tráfico mercantil europeo en la segunda mitad del siglo XIX. Su principal razón de existir radica en las dificultades estructurales del régimen legal de las anónimas para adaptarse a organizaciones empresariales de modestas dimensiones, con pocos socios y no excesivo capital, cuyos miembros querían aprovecharse del privilegio de la limitación de responsabilidades. Europa continental se acogió al sistema de dos modalidades: Sociedad Anónima y Sociedad de Responsabilidad Limitada, en cambio Inglaterra no adoptó este sistema de doble modalidad. Esta sociedad nació de experiencias inglesas y de reflexiones alemanas. En Inglaterra nació con el nombre de “Private Company” y se difundió mucho, era una sub especie de la sociedad anónima, con un número máximo de socios, sus estatutos no requerían se aprobaran por autoridad pública, no podían ofrecer al público sus acciones. Siendo Alemania el primer país que dotó a la sociedad de responsabilidad limitada de una ley especial.

2. Ordenamiento unitario

En la lección anterior destacamos parte de la exposición de motivos del Dr. Modesto Barrios donde expresa que la legislación consultada no dispone de regulaciones en materia de la sociedad limitada, siendo esa la causa para que el régimen jurídico de la sociedad colectiva y el de la sociedad de responsabilidad limitada en nuestro código de comercio fuera único, es decir, se aplica para ambas sociedades entre los artos. 133-191. Siendo importante, insistir en cuanto al hecho de que ambas sociedades tienen elementos que les diferencian.

La sociedad de responsabilidad limitada se ubica dentro de las sociedades de capital, esto se basa conforme el principio de determinar el capital, es decir el mismo nace como capital determinado único; el capital es fundacional por cuanto sirve para indicar a los acreedores cual es el patrimonio que ha de servir de garantía para las deudas contraídas; otro elemento diferenciador es el relacionado a la responsabilidad limitada de los socios.

En la sociedad colectiva dos o más socios utilizan una denominación subjetiva, razón social; los socios responden por las deudas sociales; no cabe transmitir la condición de socio sin el consentimiento de todos; la modificación del contrato social exige el consentimiento de todos los socios.

Destaco los elementos diferenciadores entre ambas sociedades, ya que al analizar nuestro régimen jurídico encontramos lo contrario, es decir solamente un artículo establece la diferencia entre ambas sociedades, me refiero al art. 137 CC.

3. Requisitos de validez

Recordemos las disposiciones de los artos. 121-123 CC.

- Todo contrato de sociedad debe constar en escritura pública.
- Cualquier reforma al mismo, debe formalizarse con las mismas solemnidades.
- Contenido de la escritura o contrato social: Los requisitos de validez se clasifican en personales y reales.

Son personales:

- A. a los socios: generales de ley.
- B. a la sociedad: nombre o razón social, duración de la sociedad, domicilio.

Son reales:

- A. el aporte en dinero o bienes, es este caso indicar las bases de evaluación.
- B. las cantidades que se asignarán a cada socio para sus gastos particulares.

Requisitos de Validez:

- a) Generales de los socios
- b) Negocios sobre el giro de la sociedad
- c) Razón o firma social
- d) Aporte de capital de cada socio
- e) Domicilio de la sociedad
- f) Duración de la misma.

Hay que tener presente la LGIS art. 80, norma que establece que las agencias de seguros, deben constituirse bajo la modalidad de sociedades colectivas, constituidas por agentes de seguros debidamente registrados en la Superintendencia. En este caso se aplica lo que doctrinariamente se denomina contrato de empresa, es decir la condición para operar como agencia de seguro consiste en constituirse de previo como sociedad mercantil.

4. Concepto

La Ley mexicana de sociedades define así: “Sociedad en nombre colectivo es aquella que existe bajo una razón social y en la que todos los socios responden de modo subsidiario, ilimitada y solidariamente de las obligaciones sociales”.

El código alemán de 1869 define: “Hay sociedad de comercio en nombre colectivo cuando dos o más personas fundan el comercio bajo una razón social común y cuando la responsabilidad de cada uno de los socios no está limitada a un aporte”.

El art. 137 CC señala: “Los socios colectivos indicados en la escritura social, son solidariamente responsables de todas las obligaciones legalmente contraídas bajo la razón social”.

El CC de España art. 1 define que: “En la sociedad de responsabilidad limitada, el capital, que estará dividido en participaciones sociales, se integrará por las aportaciones de todos los

socios, quines no responderán personalmente de las deudas sociales”.

El CC de Argentina sobre la sociedad de responsabilidad limitada art. 146 señala: “El capital se divide en cuotas; los socios limitan su responsabilidad a la integración de suscriben o adquieran sin perjuicio de la garantía a que se refiere el art. 150”.

El CC art. 137 establece: “Pueden por pacto los socios limitar su responsabilidad, con tal que se agregue a la razón social la palabra: limitada”

Partiendo de las disposiciones anteriores, lo cual permite disponer de conceptos o esbozos sobre lo que se entiende sobre cada una de las sociedades, encontramos caracteres que la ley asigna a este tipo de sociedades, comentemos los mismos.

5. Nombre o razón social

Antes de empezar sus operaciones pondrá de conocimiento del público su constitución, razón social, objetivo y firma de los socios. Esta es una disposición de carácter imperativa, debido al carácter de las relaciones de comercio, art. 133 CC. Recordemos la obligatoriedad de inscripción en el Registro Mercantil, establecida en el art. 19 CC.

La razón social es la fórmula enunciativa de los nombres de todos los socios o algunas de ellas, agregando estas palabras: “y compañía”, art. 134 CC. El nombre de la sociedad no es una denominación social, sino una razón social, integrada por los nombres y apellidos de unos o varios de sus socios, rigiendo el principio de veracidad en su composición, es decir se prohíbe la inclusión de quien no pertenezca a la compañía artos. 135, 136 CC, no pudiendo ser de fantasía. La razón social debe ser un elemento de publicidad respecto de terceros, debe contar con los aditamentos necesarios que permitan traslucir una realidad de la composición societaria. La razón social indica a terceros quiénes son los responsables de todos sus bienes. La razón social es diferente al nombre del establecimiento. El art.

73 CCS señala que a la palabra “y compañía” se añadirá otras palabras equivalentes, por ejemplo: “y hermanos”. La razón social no se transmite a terceros, todo cambio en la sociedad o en el personal varía la razón social. Si el socio ha muerto, o se separa de la sociedad o los derechos y obligaciones han sido transferidos a la nueva, puede utilizar la misma razón social, agregando la palabra “sucesores”, art 135 CC. El uso de la razón social después de disuelta o inclusión de persona extraña, entraña una estafa y falsedad, art. 136 CC.

Sólo podrán, por lo tanto, usar la razón social el socio o socios a quienes se confirió tal facultad en la escritura, en defecto de una delegación expresa, todos los socios podrán usar la firma, art. 138 CC. El uso de la razón social puede ser convenido a un tercero, debiendo indicar en documentos que firma “por poder”, de lo contrario será responsable de las consecuencias que genere el negocio, art. 139 CC.

6. Responsabilidad de los socios

La responsabilidad de los socios en la sociedad colectiva es ilimitada, lo que significa que responden con todo su patrimonio por cualquier cuantía de las obligaciones sociales, siendo una responsabilidad solidaria y subsidiaria.

La solidaridad implica que cualquiera de los socios responde del importe total de las obligaciones sociales, o que todos ellos responden solidariamente con la sociedad, art. 137 CC. Siendo esto un inconveniente y desventaja de esta sociedad o sea que una vez realizada la excusión de los bienes sociales, el acreedor puede exigir a cualquiera de los socios el pago de la obligación.

Aunque, salva esa desventaja al señalar en el 2º párrafo del art. 137 CC:

“Pueden por pacto los socios limitar su responsabilidad, con tal que se agregue, a la razón social la palabra: LIMITADA”. Entonces, los socios limitan su responsabilidad al aporte y no cabe en sus obligaciones la solidaridad.

Cuando un socio no autorizado usare la firma social, la sociedad no responderá del incumplimiento de obligaciones, salvo que la misma se hubiese convertido en provecho, art. 140 CC. La sociedad tampoco responderá de los documentos suscritos, cuando las obligaciones generadas no le conciernen y el tercero tenga conocimiento y lo acepte, art. 141 CC.

7. Obligaciones y derechos de los socios

El capital es la cifra total de los aportes iniciales de los socios; donde la sociedad colectiva es una sociedad de capital fijo, el mismo sólo puede ser variado modificando el contrato social. Cabe señalar, que no se determina lo que puede ser objeto de aportación, o sea, es válida cualquier colaboración que contribuya a la consecución del fin social, como dinero, bienes materiales, elementos intangibles como la propiedad intelectual, servicios, conocimientos, etc.

Se acostumbra distinguir entre las aportaciones de bienes y aportaciones de industria o trabajo. Al segundo se le denomina como socio industrial.

Los artos. 141, 142 CCA establecen que el o los socios capitalistas responden de los resultados de las obligaciones sociales como los socios de la sociedad colectiva; quienes aportan exclusivamente su industria responden hasta la concurrencia de las ganancias no percibidas. La denominación social se integra con las palabras “sociedad de capital e industria”. Si actúa bajo una razón social, no podrá figurar en ella el nombre del socio industrial.

Los socios deben entregar sus capitales en la época y forma estipulado en el contrato; si no existe esta disposición la entrega será en el domicilio social, una vez firmada la escritura, art. 142 CC. Cada socio no tendrá más que una parte social, cuando un socio haga una nueva aportación o adquiera la totalidad de la parte de un coasociado, se aumenta la cantidad respectiva de su parte social. Si hay retardo en la entrega del capital, se puede excluir al socio moroso o a proceder ejecutivamente con-

tra su persona y bienes, art. 143 CC. Es importante aclarar que los socios no pueden exigir le restituyan el capital, mientras no concluya la liquidación de la sociedad, a menos que sea el usufructo de los objetos introducidos al fondo común, art. 145 CC.

Los socios tienen derecho a participar en los beneficios, se establece como regla para realizar el cálculo sobre la distribución de los beneficios que los socios capitalistas dividirán entre sí las pérdidas y ganancias en base a lo que estipularen, de lo contrario las dividirán a prorrata de sus respectivos dividendos, art. 146 CC. En cuanto a las pérdidas se aplica el mismo principio, es decir las ganancias han de ser repartidas entre los socios si el negocio fue próspero y la misma distribución debe hacerse con las pérdidas si el negocio fue adverso.

En cuanto al socio industrial, no responde de las pérdidas, salvo pacto en contrario, si entra al negocio, sin que se estipule valor de previo y no hay acuerdo con los otros socios, tendrá su parte en base al dictamen de árbitros, art. 147 CC.

Los acreedores personales de un socio, por deudas contraídas después de celebrada la sociedad, no pueden embargar el capital dado por el socio; pero pueden solicitar la retención de la parte de interés, art. 144 CC. Recordemos que los bienes pertenecen a la sociedad, existiendo separación patrimonial, en cambio los intereses o beneficios corresponden al socio y por tanto se pueden retener. Los socios tendrán derecho además a: Examinar cuentas de la administración, examinar cuentas de la contabilidad, realizar las reclamaciones convenientes al interés común, art. 166 CC.

8. Administración

El código de comercio es amplio, facultando a los socios a determinar la forma de administración. El régimen se ajustará a lo pactado en la escritura social y en lo no previsto se sujetarán al código de comercio, art. 148 CC. La administración corresponde de derecho a todos y pueden desempeñarla por sí o por delegados, art. 149 CC. Cuando en el contrato no designa

la persona del administrador, se entiende que los socios se confieren la facultad de administrar y obligar solidariamente, art. 150 CC. Se afirma que esta disposición corresponde probablemente a la concepción germánica de la “mano común”, es decir a falta de pacto la administración corresponde por igual a los socios colectivos.

Las facultades de gestión y representación se observan con precisión al analizar el art. 151 CC: En virtud de mandato legal cada uno de los socios puede hacer válidamente todos los actos y contratos comprendidos en el giro de la sociedad. Basado en el artículo anterior, se aplica el llamado *ius prohibendi*, es decir cada socio puede oponerse a cualquier acto o contrato proyectado por otros, a no ser que se refieran a la mera conservación de las cosas comunes, art. 152 CC. En este caso, el acto o contrato se suspende, hasta que la mayoría de los socios no se haya pronunciado, art. 153 CC.

El acuerdo de la mayoría obliga a la minoría, cuando recae sobre actos de simple administración o sobre disposiciones comprendidas en el giro del negocio. Si producto de deliberaciones dos o más pareceres que no tengan la mayoría absoluta, los socios se abstendrán de ejecutar el acto o contrato proyectado, art. 154 CC. Si a pesar de la oposición se verifica el acto o contrato con terceros de buena fe, los socios quedarán obligados solidariamente a cumplirlo, sin perjuicio de su derecho, a ser indemnizados por el socio que lo hubiere ejecutado, art. 155 CC.

Dentro de las amplias facultades de los socios, éstos pueden otorgar la administración a uno o más socios, pero el resto queda inhibido de la administración, art. 156 CC. Esta facultad, trae consigo el derecho de usar la firma social, art. 157 CC. Entendiéndose que la delegación de administrar conlleva un límite, el cual se establece en el contrato social, respondiendo por los excesos que se cometan, art. 158 CC. Además, los administradores o delegados representan a la sociedad judicial y extrajudicialmente, pero sin autorización especial (poder) no podrán:

- Vender, ni hipotecar bienes inmuebles
- Ni alterar su forma, ni transigir
- Ni comprometer los negocios sociales, art. 159 CC.

Cualquier alteración a la forma de los inmuebles sociales, a la vista y paciencia de los socios, se entienden autorizadas y aprobadas, art. 160 CC. Si requiere vender los inmuebles, como parte de las actividades del giro del negocio, para tomar a mutuo, hacer reparaciones; levantar hipotecas, no se requiere poder especial, art. 161 CC. Si al nombrarse al administrador, no se hubiere delimitado la extensión del mandato, será considerado como simple mandatario, art. 165 CC. O sea, podrá realizar solamente actos de administración y no de disposición.

Tratando de resolver problemas que puedan surgir cuando hay varios administradores y debe tomarse un acuerdo, establece el art. 162 CC que cuando hay varios administradores que según título deban proceder de consuno:

- Si hay 2, la oposición de uno impide realizar los actos
- Si son 3 ó más, procederán de acuerdo con la mayoría

Si el acto se ejecuta a pesar de la oposición o falta de mayoría, surte efecto contra terceros de buena fe y responde de daños y perjuicios que cause.

Cuando se trata de un administrador electo por cláusula especial del contrato, puede ejecutar actos a pesar de la oposición de sus consocios, siempre y cuando actúe de buena fe, art. 163 CC. Es necesario que se analice la disposición del art. 173 CC el cual remite al art. 3285 C, en particular me refiero a la separación del socio administrador.

Otra modalidad de administración, consiste en que la facultad de administrar se hubiere concedido por acto posterior al contrato, será revocable como simple mandato, por mayoría de los socios, art. 167 CC. Conviene aclarar que la facultad de administrar es intransmisible a los herederos del administra-

dor, art.164 CC. En su calidad de gestores y representantes, los socios administradores están obligados a rendir cuenta en cualquier momento que lo solicite la mayoría de los socios, art. 168 CC.

En cuanto a las diversas formas de designación de la administración, concluyo lo siguiente:

- a) Silencio sobre la administración: En el contrato no se designa al administrador, por tanto todos los socios podrán ejercer individualmente la administración, art. 150 CC.
- b) Designación de socios administradores en el contrato: Es el caso más usual, artos. 156, 163, 173 CC.
- c) Designar socios administradores con posterioridad: Los socios asumen la administración y posteriormente delegan tal facultad en uno o más socios, artos. 156, 167 CC.

Me interesa precisar lo siguiente, en relación a la administración de la sociedad y el órgano decisorio, que es donde participan los socios; nuestro código de comercio omitió toda referencia al órgano decisorio, queda por consiguiente, a voluntad de las partes decidir en el contrato de qué forma los socios participan en la toma de las decisiones que no están relacionadas a las simples actividades de administración. Me parece interesante destacar que en diferentes legislaciones, aparte de la administración, se determinan órganos donde se expresa la voluntad de los socios, así destaco que se hace referencia a la junta general de socios, CCS art. 88; asamblea de socios, CCH art. 82; junta general, CCG art. 65; asamblea de socios, CCCR art. 94; asamblea general, CCP Ley de sociedad de responsabilidad limitada, art. 38.

9. Prohibiciones a los socios

Expresión del carácter personalista de la sociedad y del deber de fidelidad de los socios, consiste en la obligación de no realizar actos de competencia a la sociedad. Se pretende evitar actos desleales de comercio por medio de las prohibiciones siguientes, art. 169 CC:

1. Extraer del fondo común mayor cantidad que la asignada para sus gastos particulares.
2. Aplicar los fondos comunes a sus negocios particulares y usar en éstos la firma social.
3. Ceder a cualquier título su interés en la sociedad y hacerse sustituir en el desempeño de sus funciones que le corresponden en la administración.
4. Explotar por cuenta propia el ramo de industria en que gire la sociedad y hacerse sin consentimiento de todos los socios operaciones particulares de cualquier especie si la sociedad no tuviere género determinado de comercio.
5. Interesarse como socios de responsabilidad ilimitada en otras sociedades que tengan el mismo objeto y hacer operaciones por cuenta de ellos o de terceros en el mismo comercio, sin el consentimiento de los otros socios.

El socio que contravenga lo anterior, se obliga a llevar al acervo común las ganancias provenientes y soportar individualmente las pérdidas, art. 170 CC. Pero se establece la excepción siguiente, si un socio solicita autorización para realizar una operación mercantil, no se podrá negar, excepto que se pruebe que tal operación generará perjuicio, art. 171 CC. En cuanto al socio industrial, plantea que no podrá emprender negociación alguna que le distraiga de sus atenciones sociales, so pena de perder las ganancias que hubiere adquirido, art. 172 CC.

10. Disolución

La disolución se entiende como un presupuesto jurídico de la extinción de las sociedades, aclarando que la extinción no es inmediata. Declarada la disolución por los socios, la finalidad de la sociedad no es ya la explotación de su objeto social y la obtención de beneficios, sino la liquidación de las relaciones pendientes. La sociedad colectiva se disuelve por los modos que determine el art. 3285 C, art. 173 CC. Estas causas de

disolución responden al carácter personalista de dichas sociedades, en las que el vínculo social se contrae en razón de las personas, *intuitu personae*. Son causales que no operan de pleno derecho, excepto la primera, sino que facultan para que cualquier socio pueda solicitar la disolución.

1. Concluye el tiempo por el que fue contraída.
2. Se pierde la cosa o se consume el negocio que le sirve de objeto.
3. Por muerte, interdicción civil o insolvencia de cualquiera de los socios.
4. Renuncia de uno de los socios, notificada a los demás, y que no sea maliciosa, ni extemporánea.
5. Por la separación del socio administrador, cuando ha sido nombrado en el contrato de sociedad.
6. Cuando los acreedores particulares de un socio piden separación de bienes y la ejecución y embargo en la parte social del deudor, art. 3282 C.

Es importante insistir en el híbrido resultante de establecer un marco regulatorio único para una sociedad personalista y una de capitales, en donde hay preeminencia de la regulación de la sociedad personalista, al establecer como causales de disolución la muerte de uno de los socios y la renuncia de uno de los socios.

La disolución (artos. 121, 122 CC) no será eficaz frente a terceros mientras no se inscriba en el Registro Mercantil, para ello se requiere que mediante escritura se haga constar la existencia de la causa de disolución, art. 13 CC libro segundo. El acuerdo de disolución en las sociedades personalistas requerirá unanimidad de los socios.

11. Liquidación

Acordada la disolución de la sociedad, sobreviene el período de liquidación, durante el cual no puede reaparecer, ni subsistir como tal para ninguno de los actos que constituyen el objeto. La personalidad concluye con la disolución.

La liquidación es el proceso en el que la sociedad, tras la declaración de disolución, lleva a cabo una serie de actos, como son cobro a sus deudores, pago de las deudas sociales, pago de impuestos, seguro social, fondo de INATEC, prestaciones laborales, cumplir con los contratos pendientes, etc. El período de liquidación es el momento oportuno para la distribución de ganancias y pérdidas, así como para la partición del haber social. Para realizar las operaciones de liquidación la sociedad declarada disuelta conserva su personalidad jurídica. La sociedad sigue siendo la misma, si bien la finalidad de su existencia no es la realización de su objeto social, sino la liquidación de las operaciones pendientes. Por medio de la liquidación se pretende depurar el patrimonio social. Con la declaración de liquidación, se producen dos efectos: Cesa la representación de los administradores para celebrar nuevos contratos y contraer obligaciones; inicia la actuación de los liquidadores. Disuelta la sociedad, se procede a la liquidación por la persona designada en el contrato social o la escritura de disolución, art. 174 CC. Si, no se establece en el contrato social la forma de nombrar al liquidador, se hará por unanimidad de los socios; si no hay acuerdo por medio del juez competente; igual procedimiento será si no se hubiere acordado nombramiento del liquidador, art. 175 CC.

El liquidador actuará como un verdadero mandatario, art. 176 CC. Si no se determinan sus facultades, no podrá ejecutar acto alguno que no tenga que ver con su mandato, art. 177 CC. Dentro de las funciones del liquidador tenemos que se obliga a formar inventario al asumir el cargo, conocer los estados financieros para conocer cuál es la situación de la empresa, conocer a quién le debe y quiénes son sus deudores; concluir todas las operaciones que estaban pendientes al

momento de la disolución; exigir la rendición de cuenta del administrador y gerentes; cancelar todas las obligaciones; vender las mercaderías y demás productos resultantes del inventario; presentar su informe de estado de liquidación en la fecha acordada por los socios; a rendir cuenta de sus gestión; art. 179 CC. Representar en juicio activo y pasivamente a la sociedad en la liquidación, art. 181 CC. Los liquidadores nombrados en el contrato social podrán ser removidos o renunciar por las causas y en la forma que establece el derecho común, art. 182 CC. El que fuere nombrado en otra forma podrá renunciar o ser removido en base a las reglas del mandato, art. 183 CC.

La liquidación concluye con la partición del haber social, siendo el último paso en el proceso de extinción de la sociedad. Son aplicables a las particiones las reglas relativas a la partición de herencia, art. 187 CC. De no haberse previsto la forma de calcular la cuota de liquidación que corresponde a cada socio, se determinará en proporción a lo aportado por cada uno. Si hubiere pérdidas, la contribución se hará según lo establecido en el contrato social, o en defecto en la misma proporción entre los socios capitalistas, artos. 146, 147 CC. Una vez concluida la partición y liquidación, los libros y documentos sociales serán depositados en casa de uno de los socios, en base a pluralidad de votos, art. 186 CC. Recordemos que los libros y documentos se conservarán 10 años después de concluida la liquidación, art. 46 CC.

12. Prescripción

Mientras la sociedad dura, la prescripción de las acciones se rige en lo establecido por el Código de Comercio art. 1150; pero al disolverse las acciones prescriben a los 5 años, contados desde el día que se disuelva la sociedad o la escritura de disolución haya sido inscrita, para los socios no liquidadores, art. 188 CC.

En relación a los socios liquidadores, las acciones prescriben por el transcurso de los plazos que señala el derecho común art.

905 C, art. 191 CC. La prescripción se interrumpe por las gestiones judiciales que dentro de cinco años hagan los acreedores contra los socios no liquidadores, artos. 189, 190 CC.

13. Sociedad en comandita simple

El origen de esta sociedad se encuentra en la edad media por medio de la figura conocida como “commenda”. Consistía en la participación de un capitalista “commendator”, en la especulación de negociante “tractor”, encomendándole mercancías para la venta o dinero para la compra. Diversos tratadistas afirman que la sociedad comanditaria en las legislaciones modernas la ubican como una sub especie de la sociedad colectiva. Tomando de ésta el principio de responsabilidad ilimitada, pero aplicándolo solamente a los socios no comanditarios (gestores), mientras la responsabilidad de los socios comanditarios queda limitada a una suma de antemano establecida; pero para que haya sociedad comanditaria, debe cumplirse la condición, de que al menos uno de los socios responda ilimitadamente (gestores) y que el otro responda limitadamente (comanditarios). Se sostiene que la sociedad colectiva es una sociedad de trabajo para todos los socios; la sociedad comanditaria satisface de los socios no comanditarios (gestores) el deseo de obtener capital para el negocio, sin tener que compartir la gestión social y de los socios comanditarios el interés de participar en los beneficios de la explotación mercantil sin las complicaciones derivadas de la gestión personal, ni los peligros de la responsabilidad ilimitada. Las disposiciones sobre la sociedad comanditaria la encontramos en los artos. 192-200 CC.

BIBLIOGRAFÍA

1. **GARRIGUES**, Joaquín; Curso de Derecho Mercantil: Edit. Porrúa; México 1979.
2. **JIMÉNEZ SÁNCHEZ**, Guillermo; Derecho Mercantil; Edit. Ariel S.A.; Barcelona, 1990.
3. **QUIJANO GONZÁLEZ**, Jesús; Derecho de Sociedades de Responsabilidad Limitada; Mc Graw Hill; Madrid. 1996.
4. **RODRÍGUEZ R.**, Joaquín; Derecho Mercantil Tomo I; Edit. Porrúa, México 1994.
5. **RADRESA**, Emilio; Sociedades Colectivas; Edit. Astrea; Buenos Aires, 1973.
6. **SOTO ÁLVAREZ**, Clemente; Prontuario de Derecho Mercantil; Limusa; Décima primera reimpresión, México, 1993.
7. **SOLÓRZANO**, Aníbal; Glosas al Código de Comercio de Nicaragua, Concordancias y Jurisprudencia; Patrocinio del Banco de la Vivienda; Managua, 1974.
8. **VICENT CHULÍA**, Francisco; Introducción al Derecho Mercantil; Edit. Tirant lo Blanch; Valencia 1993.
9. **VICENT CHULÍA**, Francisco; Compendio Crítico de Derecho Mercantil Tomo I, Edit. Bosch; Barcelona 1991.

Lección N^o. 7

SOCIEDAD ANÓNIMA

1. Antecedentes

La opinión, más admitida, con respecto al nacimiento de las sociedades anónimas afirma que Holanda es la cuna de estos organismos, cuya función económica ha sido de enorme importancia desde su nacimiento. Los viajes holandeses de exploración comercial comenzaron a finales del siglo XVI. En 1595, Cornelio Van Houtman consiguió de nueve comerciantes de Amsterdam cuatro barcos, sesenta cañones y doscientos cincuenta hombres: con estos medios llega a Madagascar, a Malaca, a las Islas de la Sonda y Java, de donde regresa triunfalmente dos años después. El entusiasmo despertado fomentó la formación de otras compañías y la realización de nuevos viajes, uno de los cuales, el de Oliver Van Nort, daba la vuelta al mundo entre 1593 y 1600. Inicialmente, las compañías que organizaron estos viajes, eran empresas ocasionales, que se disolvían después de concluidos y se repartían los beneficios. Pero, parece ser que, para responder a la decisión de Isabel de Inglaterra de agrupar a todos los comerciantes de Londres que traficaban con las Indias, en 1600, los Estados Generales de Holanda acordaron unificar las compañías comerciales; siendo constituida la Compañía de las Indias Orientales el 20 de marzo de 1602, a través de la fusión de ocho compañías existentes, las cuales, a partir de este momento, dejaron de llamarse “compañías”, para denominarse “cámaras”; la unión de ellas será administrada por setenta y tres directores, y más tarde, por 17 directores asistidos por un consejo de 60 miembros, que representaban proporcionalmente a las ocho “cámaras”, originarias. El Capital de esta Compañía de las Indias se com-

ponía de más de seis millones de florines, en acciones de 2,000; la suscripción por 21 años, con posibilidad de retirarla al final de onceavo, se efectúa en tres plazos y fue pública, adquiriendo todos los visos de un movimiento nacional; se permitió, incluso, la agrupación de ciudades o de provincias para aportar determinadas sumas, lo cual daba derecho a tener un administrador en la compañía. Esta pagaba al Estado una renta anual del 3 por 100 sobre todas las mercancías exportadas, estando libres de impuestos las que se importaban en su lugar.

Como todas estas compañías nacieron al amparo de la protección gubernativa, bajo forma de privilegios y monopolios, con derecho no sólo de comercio, sino de descubrir tierras y tomar posesión de ellas, mantener flotas armadas y ejército, acuñar moneda, etc., se estableció en el orden jurídico el principio de que ninguna sociedad anónima podrá ser legalmente constituida, sino con la expresa autorización de reyes o parlamentos.

2. Concepto

Establece el art. 163 CCA que: “El capital se representa por acciones y los socios limitan su responsabilidad a la integración de las acciones suscritas”.

La Ley de sociedades anónimas de España conceptualiza lo siguiente en el art. 1: “En la sociedad anónima el capital, que estará dividido en acciones, se integrará por las aportaciones de los socios, quines no responderán personalmente de las deudas sociales”.

El art. 201 CC dice: “La S.A. es una persona jurídica formada por la reunión de un fondo común, suministrado por accionistas responsables sólo hasta el monto de sus respectivas acciones, administradas por mandatarios revocables, y conocida por la designación del objeto de la empresa”.

Considerando las definiciones anteriores, identifiquemos los elementos característicos de la sociedad anónima: La existencia de un capital social dividido en acciones e integrado por las

aportaciones de los socios, no se trata de una sociedad de trabajo, requiere del aporte en dinero o bienes por el socio, el capital se divide en cuotas o partes llamadas acciones, incorporadas en un título valor; un segundo elemento, la no responsabilidad de éstos por las deudas de la sociedad, es decir no hay responsabilidad personal del socio por las deudas sociales, solamente hay responsabilidad del patrimonio social; un tercer elemento, se refiere a que la sociedad se rige democráticamente, prevaleciendo la igualdad de derechos y el régimen de mayorías. Hay otros elementos, pero que son comunes a las personas jurídicas en general: aporte de capital por socios y persona jurídica diferente. La SA es el prototipo de la sociedad de capital o capitalista, debido a que las características personales de los socios son irrelevantes.

3. Contrato social

El contrato de sociedad es un contrato plurilateral, caracterizado por la posibilidad de que en él intervengan tres o más personas; existencia de un número determinado de partes; Las voluntades de las partes están encaminadas hacia un fin común. Entendiendo fin común como el hecho de que las partes persiguen un mismo objeto de constituir la sociedad. El contrato societario debe “celebrarse para utilidad común de las partes”.

El Contrato de Sociedad es un contrato de organización, el contrato societario es de tipo organizativo ya que mediante él los fundadores ponen bienes en común para lucrar con las resultas de especulación. A través del contrato social se estructura la forma en que ha de realizarse la explotación, los derechos y deberes de los socios, composición y jurisdicción de los órganos sociales, etc. Se trata de un contrato societario, de naturaleza mercantil, determinado por el art. 122 CC.

4. Formas de Constitución

Nuestro código de comercio prevé dos sistemas de constitución de la SA: la constitución sucesiva y la constitución simultánea.

Es simultánea, cuando se constituye ante notario por medio de escritura pública, art. 202 CC, siendo la forma más sencilla de constitución de una SA. Se constituye con un mínimo de 2 personas, conteniendo dicha escritura además sus estatutos.

Es sucesiva, cuando la constitución se realiza por suscripción pública, art 216 CC, debiendo cumplir con determinadas formalidades.

En ambos casos, deberá cumplir con los requisitos de validez establecidos en el art. 124 CC. Si se omite algunos de los requisitos, es causa de nulidad del contrato y se declara a pedimento de cualquier socio, art. 125 CC.

Elaborada la escritura o contrato social, se procede a elaborar los estatutos, en el mismo acto o en acto posterior, pero para adquirir la personalidad jurídica, deberán inscribirse en el Registro Mercantil ambos instrumentos, art. 205 CC.

En la constitución por medio de la modalidad simultánea, se requiere para el inicio de operaciones, tener suscrito el 50 % del capital social y pagado el 10 % del capital en dinero, art. 206 CC.

En relación a la constitución por medio de suscripción pública o sucesiva, debo señalar que es una modalidad de poco uso en el país, dicha modalidad comprende varios actos. La sociedad se va formando poco a poco, obteniéndose los socios por medio de una oferta pública, que invita a suscribir e integrar el capital y a constituir la sociedad. Nuestra legislación denomina como fundadores aquellos que concurren a la constitución de la sociedad como socios primitivos. Determina el art. 217 CC que se elabora el programa, el mismo contendrá el proyecto de los estatutos con todas las explicaciones necesarias, firmado por los fundadores. La suscripción del capital, art. 219 CC, se recoge en uno o varios ejemplares del programa de fundadores; contendrá las generales del suscriptor, acciones suscritas, fecha, declaración de que acepta el programa y proyecto de estatutos. El capital deberá estar suscrito al 100%, art. 220 CC. No hay acciones remuneratorias. Posteriormente se procede a convo-

car a la Junta General, art. 221 CC. En dicha asamblea se aprueba el programa y estatutos, se designan los directores, se designa a las personas que en su nombre concurrirán ante notario público para constituir la sociedad. El acta será firmada por todos los accionistas presentes, art. 222 CC. Posteriormente el acta será autorizada por notario público, hay que tener presente que la certificación del acta, el programa y los estatutos se insertarán en la escritura de constitución, art. 223 CC.

En cualquier modalidad de constitución, el Registrador no inscribirá la escritura o los estatutos si los socios fundadores no fueren de antecedentes notoriamente buenos; si no cumple con los requisitos de validez del art. 124 CC; si contiene disposiciones contrarias a la Constitución Política, a la legislación en general, a la moralidad o el orden público; si los estatutos no estuvieren aprobados conforme a lo establecido en la escritura social o reformen sustancial o contradictoriamente el contrato social; si los estatutos no establecen un régimen que ofrezca a los accionistas garantías de buena administración, art. 205 CC.

Las sucursales que la sociedad establezca deben inscribirse en el registro de comercio del Departamento, art. 207 CC.

Las sociedades extranjeras, constituidas legalmente en país extranjero, y que tengan interés en operar en la país, deberán inscribirse en el Registro Mercantil, debiendo presentar: la inscripción y registro del contrato social y estatutos en el país de origen, poder generalísimo del representante, inscrito, art. 337 CC. Pero, cuando la sociedad constituida en el extranjero tenga en el país la mayor parte de sus capitales, o la sede de la junta directiva y la asamblea general, será considerada para todos sus efectos, como sociedad nacional, art. 339 CC.

5. Estatutos

Los estatutos constituyen la ley de la sociedad, y contendrán por tanto los datos de la sociedad y las normas de su organización. Además, contendrá las atribuciones de los directivos, de los vigilantes, de la junta ordinaria y extraordinaria, el derecho

de los socios a conocer el empleo de los fondos sociales; determinar la participación cualificada que se requiere para reducir o aumentar el capital social, disolución o modificación de la sociedad, art. 203 CC. El art. 23 CCS señala que los estatutos de la sociedad deberán contener las cláusulas de la escritura social, cuando no están comprendidos en la misma; desarrollarán los principios establecidos en tales cláusulas y no podrán contradecirlos en forma alguna.

Los estatutos se otorgarán en la escritura de constitución, o en acto posterior, pero deberán ambos estar inscritos en el Registro Mercantil para que la sociedad anónima adquiera su personalidad jurídica, art. 204 CC.

6. Capital social

El capital social corresponde al valor total de las aportaciones realizadas o prometidas por los socios; es la masa de bienes con la cual se constituye una sociedad mercantil. Dicha aportación al capital social comprende los bienes o derechos patrimoniales susceptibles de valoración económica, además de las aportaciones dinerarias, por tanto se excluye la aportación de trabajo o los servicios, art. 124 CC numeral 7. Siendo importante diferenciar los siguientes conceptos: el patrimonio social es el conjunto de bienes y derechos que la SA posee en un momento dado o que también puede llegar a tener en un futuro. El patrimonio neto o líquido es la diferencia entre el patrimonio activo y el patrimonio pasivo o deudas.

Desde el punto de vista contable, el capital social supone una deuda que la sociedad contrae con sus accionistas denominada pasivo consolidado, puesto que los accionistas no pueden reclamar su pago más que en contadas ocasiones.

El capital de la SA se considera dividido teóricamente en un número “N” de partes de igual valor que son las acciones. La acción es por lo tanto, la parte en que está dividido el capital, de forma que la sumatoria de cada acción tiene que ser igual

al monto total del capital. Las acciones están representadas por medio de títulos que sirven para acreditar y transmitir la calidad y los derechos de los socios. Los derechos de los socios de la SA están incorporados en el documento llamado acción, sin el cual no pueden ejercerse. La elección del valor nominal de la acción es absolutamente libre, es decir queda a criterio de las partes, señala el art. 254 CC, que se entiende que cada acción da derecho a un voto. Dentro de los derechos que se atribuye a la acción podemos señalar los siguientes:

- a) *Paridad de trato*: Esto implica la prohibición de un trato desigual arbitrario y sin fundamento material. Este principio no constituye óbice alguno a la creación de acciones privilegiadas.
- b) *Proporcionalidad*: Este principio es el parámetro de atribución y extensión del derecho de voto. Debiendo existir una relación directa y proporcional entre voto-capital, en base al valor nominal de la acción.

El art. 224 CC define: el capital de las sociedades anónimas se divide en acciones de igual valor y éstas confieren a sus poseedores iguales derechos a no ser que se haya estipulado lo contrario al constituirse la sociedad.

En cuanto a la forma de pago, es conveniente aclarar que capital suscrito es aquella parte del capital social que los socios se obligan a pagar y capital pagado es el que entra a la tesorería de la sociedad.

Se dispondrá la constitución de un fondo de reserva, para lo cual se contará no menos de la vigésima parte de las ganancias líquidas de la sociedad, hasta representar la décima parte del capital social, art. 249 CC. Teniendo los socios la libertad de establecer otras reservas.

El art. 13 CCH establece que las sociedades mercantiles podrán ser de capital variable; en el art. 299 y siguientes plantea que el capital social será susceptible de aumento por aportaciones posteriores de los socios o por la admisión de nuevos

socios..., a la razón social o denominación propia del tipo de sociedad, se añadirán siempre las palabras “de capital variable” o su abreviatura “de C.V.”; el aumento o disminución del capital social deberá inscribirse en un libro de registro que al efecto llevará la sociedad.

El art. 306 CCS y siguientes señala que cualquier clase de sociedad podrá adoptar el régimen de sociedad de capital variable; todo aumento o disminución del capital social deberá inscribirse en su libro de registro; la escritura social determinará los aumentos del capital, lo mismo que la forma y término en que deba hacerse la correspondiente emisión de acciones.

7. Acciones

Las acciones pueden ser nominativas, al portador y remuneratorias, art. 225 CC. La acción es al portador cuando el nombre de sus titulares no consta en ellas, reputándose propietarios al portador de la misma, esta acción se transfiere por la simple entrega del título, leer el art. 38 CC.

La acción es nominativa cuando consta en ellas el nombre de su titular, la transferencia se perfecciona mediante la inscripción de la misma en el registro que lleva la sociedad emisora, leer art. 37 CC. Se puede consultar la LGTV artos. 48, 49, 73, 75.

Hay que tener presente que la LGTV en los artos. 67 y 68 se refiere a dos de las modalidades del endoso en los títulos valores, pudiendo ser en procuración y en garantía.

El art. 132 CCS señala que en los casos de transmisión de dominio con carácter temporal y revocable, el adquirente como titular legítimo ejercerá todos los derechos propios del accionista, con los efectos que la ley o los pactos hayan fijado... Si se disputa el dominio de las acciones y con esta ocasión se practica un secuestro, los derechos patrimoniales serán ejercidos por el secuestre y los personales por quien designe el juez.

El art. 218 CCA plantea que la calidad de socio corresponde al nudo propietario. El usufructuario tiene derecho a percibir las ganancias obtenidas durante el usufructo. Este derecho no incluye las ganancias pasadas a reserva o capitalizadas, pero comprende las correspondientes a las acciones entregadas por capitalización.

La acción es privilegiada, llamada también preferencial o de preferencia. Son acciones que confieren algún privilegio frente a las acciones ordinarias. Los privilegios pueden consistir en participación igual en las utilidades; en otras legislaciones otorgan derecho preferente de pago de beneficios, derecho preferente en la distribución de activos en caso de disolución de sociedad, derecho especial en la elección de directores. No dan voz, ni voto en las deliberaciones de la Junta General, su valor no puede exceder del 10% del capital social.

En relación al contenido de la acción, considero lo establecido en el art. 226 CC y recomiendo lo dispuesto también en el art. 134 CCCR:

1. Denominación de la sociedad, domicilio, duración.
2. Fecha de constitución e inscripción, datos de inscripción, nombre del notario que la autorizó.
3. Nombre del socio cuando las acciones son nominativas.
4. El importe del capital autorizado o pagado y el número total y el valor nominal de las acciones, el valor nominal del título.
5. La serie, número y clase de acción, con indicación del número total de acciones que ampara.
6. La firma de los directivos que conforme la escritura de constitución deban suscribir el documento.
7. Si es remuneratoria expresará que no está sujeta a pagos.

Mientras se extienden los títulos definitivos, la sociedad podrá extender títulos provisionales representativos de las suscrip-

ciones y pagos hechos, art. 228 CC. Si desapareciere una acción o resguardo provisional, podrá anularse o reponerse, art. 237 CC.

Cuando se cancela el valor de las acciones nominativas, se podrá exigir que se extiendan títulos al portador, siempre que los estatutos no expresen lo contrario, artos. 124, 127 CC. Mientras la acción no se ha cancelado, los suscriptores serán responsables por dicho importe. Los pagos de atraso podrán exigirse al suscriptor primitivo y a todos aquellos a quienes las acciones se han transmitido, art. 234 CC. El accionista que no da sus aportes oportunamente, pagará intereses desde el día correspondiente; se fijará un plazo no menor de 2 meses para que dentro de ese período realice el pago, de lo contrario pierde sus derechos sociales, art. 235 CC. Las acciones nominativas que no están completamente pagadas, no podrán venderse sin autorización de la sociedad, salvo disposición contraria, art. 236 CC. Siendo prohibido emitir nuevas series de acciones, mientras no se hubieran pagado las primeras; lo mismo se aplica sobre las remuneratorias, si no se previó en la escritura, art. 238 CC.

La propiedad de las acciones nominativas y remuneratorias se prueba por medio del endoso e inscripción en el libro de acciones del emisor, art. 232 CC. La propiedad y transmisión de las acciones nominativas y las remuneratorias producen efecto para con la sociedad y terceros desde la fecha de inscripción, art. 230 CC. En cambio, la cesión de las acciones al portador se verifica por la simple entrega.

Cuando varias personas son copropietarias de una acción, elegirán a una para que les represente en el ejercicio de sus derechos y obligaciones, recordemos que las acciones son indivisibles, art. 231 CC. No puede restringirse el derecho de los socios para inspeccionar el libro de inscripción de acciones y el talonario de acciones al portador, art. 229 CC.

En relación a la compra de sus propias acciones por la sociedad, se determina la prohibición, debido a que se pretende proteger el patrimonio social y no disminuirlo, además pretende evitar se rompa con el principio de proporcionalidad del capital, ya

que estas acciones quedan suspendidas en cuanto al ejercicio del voto y los demás derechos incorporados. Aunque, se determinan algunas excepciones, art. 233 CC:

1. Cuando se compren acciones nominativas o acciones al portador, pagadas, con la autorización de la asamblea de accionistas y con fondos provenientes de los beneficios y que no correspondan a fondos de reserva.
2. Cuando la compra se realice por medio de una autorización establecida en los estatutos.
3. Cuando se haga con el capital de la sociedad, guardando las formalidades exigidas para la reducción del capital social.

Cuando desaparece una acción o resguardo provisional y no se dispone otra cosa en el contrato, podrán anularse o reponerse con otros de la misma especie, art. 237 CC.

Destaco que la legislación española señala que las acciones podrán estar representadas por medio de títulos o por medio de anotaciones en cuenta; la transmisión de los valores representados por medio de anotación en cuenta tendrá lugar por transferencia contable, la inscripción de la transmisión a favor del adquirente producirá los mismos efectos que la tradición de los títulos.

8. El órgano de representación o administración

Según la clasificación doctrinaria existen los siguientes órganos en la sociedad anónima:

- órgano de representación, a los cuales corresponde la ejecución de los negocios en curso.
- órgano de vigilancia, le corresponde aparecer sobre ordenados a los primeros para examinar su gestión.
- órgano deliberante, corresponde manifestar la voluntad colectiva, estando subordinado a ellos el resto de órganos.

Esquemáticamente se contraponen dos sistemas legislativos, el sistema francés tradicional, el cual establece un órgano unitario de administración, donde los administradores aislados o reunidos en consejo, operan como órgano colegiado y el sistema germánico, que separa las funciones administrativas y representativas encarnadas en la dirección de las funciones fiscalizadoras que corresponden al órgano de vigilancia. Nuestra legislación, se basa en el sistema francés, al calificar a los administradores como mandatarios y desconoce el órgano colectivo de administración. En cambio se acogen al sistema alemán: art. 201 CCH; art. 162 CCG; artos. 254, 256 CCS; artos. 181, 184 CCCR.

El órgano de representación recibe diferentes denominaciones, directivos, directores, administradores, junta directiva, junta de administradores; dicho órgano presenta las siguientes características: es un órgano de actuación interna y externa; es un órgano necesario, pero permanente; es un órgano autónomo en el sentido de que debe actuar en base a su propio juicio; ejerce tres tipos de competencia: gobierno, gestión, representación de la sociedad; los administradores poseen facultades orgánicas y de facultades individuales.

La SA necesita un órgano ejecutivo permanente de gestión y representación; se trata de un órgano necesario, sin el que la sociedad no podrá cumplir su fin, su desaparición sería causa de disolución. Es un órgano subordinado en su posición jerárquica respecto de la junta general; pero en la práctica hay un claro predominio del órgano de administración.

El art. 243 CC establece que la administración de las SA estará confiada a una junta directiva, nombrada por la Junta General o lo establecido en el contrato. Además, prevé el art. 250 CC, que la parte ejecutiva de las operaciones sociales se puede atribuir a un gerente, aunque no forme parte del directorio.

La elección para ser director se efectúa entre los socios, por un tiempo que no exceda de 10 años, el mandato podrá ser revocado por la Junta General. Se determinará en el contrato y estatutos si habrá reelección; si no se establece cláusula alguna, podrá haber reelección por unanimidad de votos, art. 244 CC.

Modernamente el concepto obligatorio de ser accionista para desempeñar un cargo en la directiva, ha cedido poco a poco, así tenemos que el arts. 49, 55 y 65 CCP se refiere a los directivos y los dignatarios y determina que no será obligatorio que los directores sean accionistas; igual situación encontramos en el art. 181 CCCR; el art. 254 CCS; art. 162 CCG; art. 202 CCH.

Los directores (directivos) no contraen obligación alguna personal, ni solidaria por las obligaciones sociales. Pero habrá responsabilidad para con ella y terceros por inexecución del mandato, violación de estatutos y de preceptos legales. Quedarían exentos los directores que no participaran en la resolución, los que protestaren los acuerdos de la mayoría de inmediato o dentro de tercero día, art. 245 CC. Las resoluciones y actos practicados por los directores contrario a lo anterior, no obligan a la sociedad, quedando sus autores, en cuando a sus efectos, personal y solidariamente responsables, art. 261 CC.

El desempeño de la función de director implica actuar dentro del concepto de la buena fe empresarial, a fin de evitar conductas desleales, por eso se establecen como prohibiciones que los directores no podrán hacer por cuenta de la misma, operaciones diferentes al objeto; tampoco podrán negociar por cuenta propia, directa o indirecta con la sociedad cuya gestión les está confiada; no podrán ejercer personalmente comercio o industria iguales a los de la sociedad, a no ser autorizados por la junta general, art. 245 CC.

En cuanto a la forma de organizar la dirección o directiva, la ley permite que la administración se organice dentro de un amplio margen de libertad. El art. 124 CC define que debe indicarse:

- Modo o forma que deben elegirse.
- Cuál de ellas representará a la sociedad judicial y extrajudicialmente.
- Cómo prower las vacantes (temporales, definitivas).
- Tiempo de duración.

El art. 203 CC establece que en los estatutos se detallarán las atribuciones de la junta directiva, basadas en el régimen de buena administración. El art. 226 CC plantea que en los estatutos definirán qué directores suscribirán las acciones. Y el art. 232 CC determina que los directores deberán inscribir el traspaso de una acción. El art. 256 CC plantea que todo acuerdo de la Junta General deberá constar en acta firmada por el presidente y secretario de la directiva. Se concluye, que es en base a la complejidad del objeto social, así como por el monto de la inversión y magnitud organizativa, etc. que se determinarán los cargos de la dirección o directiva. Los cargos usuales son de presidente, vicepresidente, secretario, tesorero y vocales.

La LGB art. 28 plantea que la junta directiva estará integrada por un mínimo de cinco directores y los suplentes que determine el contrato social; el art. 29 señala que los directivos podrán ser personas naturales o jurídicas, accionistas o no; incluso, el art. 30 determina ocho causales para no ser miembros de la junta directiva. En el art. 13 CC, se indica que deben inscribirse los nombramientos de gerentes, así como los poderes que otorgue el comerciante para la administración de sus negocios mercantiles.

9. Órgano de vigilancia

En las legislaciones sobre sociedades se establece algún órgano encargado específicamente de vigilar o fiscalizar la actuación de los administradores, así como el cumplimiento de las resoluciones de la junta general. Esta idea responde al hecho de que la junta general, órgano que se reúne una vez al año, no puede controlar efectivamente la gestión de los administradores. En algunas legislaciones se establecen órganos de vigilancia con funciones permanentes (Alemania), o sea tienen como función vigilar continuamente la gestión de los administradores. En Nicaragua nos acogemos al sistema alemán, o sea no son simples revisores de contabilidad. En otras legislaciones, se establece un órgano de fiscalización, encargado de revisar las cuentas anuales, para informar a los accionistas. El art.

289 CCS se acoge a este último sistema, al señalar que la vigilancia de la SA estará confiada a un auditor designado por la junta general.

Deseo insistir en lo siguiente: la asamblea general de accionistas es el principal órgano de vigilancia y control, ante ella responderán los administradores, directivos y vigilantes. Pero además, tengamos presente que cada socio en particular debe vigilar que sus derechos sociales se cumplan correctamente y denunciar cuando no se emplean, éstos son también derechos de control y vigilancia.

El art. 246 CC señala que “La vigilancia de la administración social estará confiada a uno o varios vigilantes, que pueden ser accionistas o no, y cuya elección, se hará por la junta general de conformidad con los estatutos. Estos vigilantes reciben diferentes denominaciones: fiscales, censores, comisarios o vigilantes.

El art. 309 CCV dice: Los comisarios nombrados conforme a lo dispuesto en el art. 287, tienen un derecho ilimitado de inspección y vigilancia sobre las operaciones de la sociedad. Pueden examinar los libros, la correspondencia y, en general, todos los documentos de la compañía.

La Ley Mexicana señala lo siguiente: Los comisarios son los órganos encargados de vigilar permanentemente la gestión social, con independencia, de la administración y en interés exclusivo de la sociedad. O sea no son simples revisores de contabilidad.

El art. 124 CC señala que en la escritura de constitución debe establecerse el modo o forma de elegir el vigilante o vigilantes. En cuanto a las atribuciones, el art. 203 CC plantea que en los estatutos se detallarán las atribuciones de la junta de vigilancia. Cabe señalar, que estas atribuciones no son taxativas, siempre se consideran enunciativas, en función de proteger a los socios. A pesar, de lo establecido en el art. 203 CC, se precisan algunas importantes atribuciones en el código de comercio, veamos art. 258 el cual precisa alguna de sus importantes atribuciones: En la junta general de accionistas se presentará el informe del

vigilante. Dicho artículo hace referencia al contenido del informe, el cual debe reflejar el parecer sobre lo siguiente: Informe sobre el balance general, el informe de la junta directiva.

Al igual los artos. 293 y 294 plantean otras funciones: Comprobar los libros, caja, valores, un mes antes de la asamblea presentar su informe. El informe contendrá además las irregularidades e inexactitudes que se hayan reconocido en los inventarios y balances, así como exponer los motivos que se opongan a la distribución de dividendos de los socios.

En cuanto a la responsabilidad de éstos, el art. 295 CC establece que se limita a la que puede exigirse por la ejecución de su mandato, conforme las reglas del derecho común.

Normalmente, los vigilantes son socios, considerando que nadie mejor que un socio para proteger y garantizar la buena marcha de la sociedad, así como vigilar el cumplimiento de sus derechos. Cuando el vigilante no es socio, la asamblea general señalará sus honorarios. Esta situación se critica, ya que se considera que en ocasiones el vigilante no socio se convierte en lo que diversos tratadistas mexicanos denominan un “compadre” de los administradores.

En fin, la función de vigilancia no es solamente sobre la buena administración de los recursos monetarios, sino que debe intervenir en la revisión y formación del balance, controlar las transacciones efectuadas para obtener una contratación, hacer que se inserten en la orden del día de las sesiones de la directiva y de la asamblea general los puntos que crea pertinente, convocar a las asambleas ordinarias y extraordinarias, en caso de omisión de la directiva, transmitir a la asamblea las denuncias que reciba de los socios, informar de los resultados obtenidos en el cumplimiento de su gestión, exigir de los administradores el informe mensual de la situación financiera, participar en las reuniones de la junta directiva. Puede el vigilante ser reelecto, expertos sostienen que es recomendable que mejor exista la renovación periódica en aras de una gestión transparente y segura. En resumen, puedo afirmar que le corresponde las atribuciones de cuidar del cumplimiento exactos de los estatutos

y contrato social, cuidar del cumplimiento exacto de la ley, vigilar la actuación de la junta directiva; en otras palabras: “Los típicos derechos de vigilancia y control”.

Con regularidad se critica que en las asambleas no se tiene el cuidado necesario al momento de elegir al vigilante, en ocasiones se trata de cumplir con una fórmula legal, otro inconveniente es la elección en el mismo período que se elige a los nuevos directores.

10. Órgano deliberante o junta general

Se afirma que es: “El órgano de expresión de la voluntad colectiva, en la Junta General ejercen los socios sus derechos de soberanía en forma de acuerdo mayoritario, personifica la voluntad social de un modo inmediato”.

También, se define: “Es la Reunión de accionistas en la localidad donde la sociedad tenga su domicilio, debidamente convocados para deliberar y decidir por mayoría sobre determinados asuntos sociales propios de su competencia”.

Nuestro código no define en qué consiste el órgano deliberante, art. 251 CC. Pero, establece que se dividen en ordinarias y extraordinarias, art. 251 CC.

El art. 220 CCS señala que la junta general formada por los accionistas legalmente convocados y reunidos, es el órgano supremo de la sociedad. Algo similar plantea el art. 152 CCCR, las asambleas de accionistas legalmente convocadas son el órgano supremo de la sociedad y expresan la voluntad colectiva en las materias de su competencia.

En relación a la convocatoria se recurre al procedimiento siguiente:

- Se hará por avisos en el periódico oficial del Gobierno con 15 días de anticipación por lo menos, no se toma en cuenta el día de la convocatoria, ni el de la sesión; en la práctica

esto no sucede, algunas pocas sociedades por medio de un periódico de circulación nacional realizan la convocatoria.

- Si no se constituye por falta de quórum, se realiza segunda convocatoria con 10 días de anticipación y se realizará con el quórum presente, art. 253 CC.
- Si la directiva se niega a convocar, a pesar de haberlo solicitado por escrito, accionistas que representen al menos la vigésima parte del capital social, o lo pactado, los interesados podrían ocurrir al juez para que convoque y proceda a organizarla, art. 252 CC. Es importante aclarar que el juez organiza la sesión, pero en ningún momento la ley faculta a presidirla.
- En la convocatoria extraordinaria y ordinaria se hará constar el objeto de la sesión, pero en la extraordinaria si no se cumple con lo anterior los acuerdos no serán válidos para los socios que no concurran, art. 255 CC.

Al referirme al órgano deliberante, obligatoriamente tengo que hacer mención del derecho de voto, el cual es innegable y el más importante de los derechos administrativos del socio. A pesar, de lo anteriormente señalado, se pretende por nuestro legislador que ningún accionista, independiente del número de acciones que posea, podrá representar más del décimo de votos conferidos por la totalidad de las acciones emitidas. Ni podrá representar más de dos décimos de los votos presentes en la asamblea, art. 260 CC. Con esa disposición se trata de evitar el acaparamiento o la concentración de votos en unas pocas personas, pero considerando que nuestra legislación no establece prohibiciones en cuanto al uso de testaferreros, por tanto la misma puede eludirse.

El art. 130 CCCR plantea que no podrán establecerse restricciones totales o parciales al derecho de voto, al igual que el art. 169 CCS.

En cambio, el art. 148 CCCH determina que cuando el capital social sea superior a medio millón de lempiras, podrán establecerse restricciones al derecho de voto de determinadas accio-

nes; pero en ningún caso se les privará del mismo en las asambleas extraordinarias que se reúnan para modificar la duración o la finalidad de la sociedad; transformarla o fusionarla con otra. Este tipo de acciones se denominan de voto limitado y no excederán de las dos terceras partes del capital suscrito.

Cada acción, se entiende, da derecho a un voto, art. 254 CC. O sea, que el voto es por acción y no por socio, por tanto no puede haber acciones con votos múltiples, habrán las excepciones que la ley señala.

Para ejercer el derecho del voto, es requisito ser tenedor legítimo del título (legitimado) y en las acciones nominativas, éstas deben estar inscritas. El accionista está en libertad de otorgar poder de representación en base a lo establecido en los estatutos.

El CCCR art. 139 bis plantea algo interesante, en caso de pignoración de acciones, el derecho de voto corresponde al socio, tanto en las asambleas ordinarias como extraordinarias, salvo pacto en contrario, al acreedor pignoratario en asamblea ordinaria y al socio en las extraordinarias

Cabe el derecho de impugnación, el cual es reconocido con el fin de tutelar el interés de la buena marcha de la sociedad. Todo accionista tendrá derecho de protestar en los siguientes casos: (impugnar)

- Acuerdos tomados en contra de la ley.
- Contra los estatutos y contrato.

El procedimiento consiste, en que sólo el socio disidente presente en junta, podrá dentro de los tres días siguientes, hacer uso de su derecho y en el caso de los ausentes dentro de un mes de publicada la resolución. Se considera socio disidente al que vota en contra y no a quien se abstuvo. Podrá requerir del juez para la suspensión de la ejecución y declaración de su nulidad, art.261 CC.

La sesión ordinaria:

Se reunirá por lo menos una vez al año; la resolución se toma con la mitad de votos, art. 254 CC; el quórum necesario es la mitad de votos presentes; se prueba y examina el balance y distribución de ganancias, art. 257 CC; Dichos balances se comunicarán a todos los accionistas, al igual que el informe de la directiva y del vigilante, art. 258 CC. Podrá en cualquier tiempo acordar y distribuir dividendos, que no sean ficticios, art. 259 CC. Los socios pueden solicitar se anuncien determinados asuntos como puntos de agenda; nombrar a los directivos y vigilantes; el liquidador se elige con la mitad de los socios que poseen tres cuartas partes del capital, art. 273 CC.

En la sesión extraordinaria se requiere un quórum especial y votación cualificada:

Se reunirá cuando lo estime la junta directiva; cuando lo soliciten accionistas cuya participación represente al menos la vigésima parte del capital social; debe precisarse el objeto y motivos; requiere la presencia de socios que representen las tres cuartas partes de capital y el voto favorable de socios que representen el 50% del capital por lo menos. Se discute, entre otros temas los siguientes: disolución anticipada, prórroga de la duración, fusión con otra sociedad, reducción del capital social, reintegración o aumento del mismo, cambio del objeto social, cualquier modificación del acto constitutivo. Destaco, que se trata de los únicos casos en los cuales los socios disidentes tienen derecho a separarse, exigiendo el reembolso de sus acciones, art. 262 CC.

El acta de la junta general será firmada por los concurrentes, el presidente y el secretario de la junta directiva, art. 56 CC.

11. Ciertos derechos y obligaciones de la sociedad y socios

En cuanto a las obligaciones de los socios, no pueden exigir le devuelvan el valor de sus aportes mientras la sociedad subsista, art. 240 CC. No podrán compensar con otros derechos, acciones o créditos que tengan, las obligaciones derivadas del com-

promiso de pago (suscritas) de las acciones, art. 242 CC. Si contravienen la ley y recibieren cantidades o valores responderán de las obligaciones hasta la concurrencia de los valores, art. 241 CC.

Sobre los derechos de los socios, éstos tienen derecho, mientras la sociedad subsista, a percibir la ganancia líquida; puede convenirse que durante el período pre operacional se reconozcan intereses a tipo fijo por cantidades adelantadas, art. 240 CC. El accionista lo que recibe de buena fe, a título de ganancia o interés no está obligado a devolverlo, art. 241 CC.

Sobre las obligaciones de la sociedad, la masa social responde de las obligaciones, estará compuesta de capital suscrito, beneficios acumulados, dividendos no repartidos.

12. Fusión y prórroga

La concentración económica constituye una de las peculiaridades más significativas de nuestra época. Diferentes factores inciden para determinar la concentración económica: tenemos que la globalización obliga a la necesidad de inversiones de gran magnitud; por otro lado la pluralidad de fines y objetivos que impulsan dicha concentración, tales como el control del mercado, racionalización de procedimientos productivos, concentración de recursos humanos. Todo con el afán ilimitado de lucro.

Sobre ventajas y desventajas de la concentración se argumenta que:

Constituyen ventajas, una mayor especialización de maquinaria y mano de obra, y mejor coordinación del proceso productivo; el mayor acceso al crédito; se economizan gastos de propaganda, distribución y ventas; control del mercado.

Sobre las desventajas, se argumenta que la gran empresa es la principal beneficiaria en perjuicio de los pequeños y medianos empresarios; los consumidores y usuarios debido a la desproporcionada e injustificada elevación de precios de bienes y

servicios ofrecidos en el mercado. En relación a este tema, nuestra legislación es totalmente árida, pretendo dejar entre ustedes la semilla de la inquietud a un tema amplio y novedoso.

Me interesa esbozar lo siguiente: el mercado debe permitir la coexistencia de pequeñas, grandes y medianas empresas, el mercado no debe ser un obstáculo. Lo importante es disponer de regulaciones que eviten las imperfecciones del mercado (monopolio). Experiencias sobre el control de las operaciones de concentración de empresas tenemos en Estados Unidos de América: E.U. 1914 y 1950, Alemania 1973, 1980, 1989, Inglaterra 1973 y 1989, Francia 1977 y 1986, España 1989; Unión Europea, Costa Rica, Panamá.

La fusión, constituye un proceso de naturaleza social, al final del cual dos o más sociedades, previa disolución de alguna o de todas ellas, agrupan a sus respectivos socios en una sola sociedad, en la que todos los patrimonios se integran formando uno solo. No se trata de un contrato de concertación que varias sociedades lleven a cabo, aunque las negociaciones previas tengan tal naturaleza. Corresponde más bien a un procedimiento de concentración de empresas propio del derecho de sociedades.

La fusión implica acuerdos separados de cada sociedad en el sentido de proceder a la fusión, esa fusión puede tener lugar entre todos los tipos de sociedades mercantiles, o sea que la resultante puede ser de cualquier tipo social, lo normal y más frecuente es que sea una sociedad anónima.

El art. 263 CC establece que a la fusión de 2 o más empresas deberá preceder el acuerdo de cada una. Aunque no se establecen regulaciones sobre agrupaciones de empresas en nuestra legislación.

Regularmente se contemplan dos procedimientos de fusión:

- a) Varias sociedades se disuelven y se constituye una nueva SA, en la que se integran los socios y patrimonios de las disueltas.

- b) Una SA absorbe a una o varias sociedades que se disuelven y cuyos patrimonios y socios se integran en la sociedad absorbente.

Es necesario que el capital de la sociedad disuelta entre como capital o complemento de capital en la sociedad absorbente, de lo contrario no hay fusión.

El art. 264 CC establece que: la fusión tendrá efecto transcurridos 3 meses de la publicación del acuerdo (Gaceta), a no ser que se conste que se hallan satisfechas todas las deudas de las sociedades que se fusionan o que se obtiene el consentimiento de los acreedores.

El art. 266 CC plantea que transcurrido lo establecido en el artículo anterior, se tendrá por efectuada definitivamente la fusión, asumiendo la nueva sociedad los derechos y obligaciones de la sociedad extinguida. El art. 268 CC señala que transcurrido el término señalado en el contrato social podrá prorrogarse el plazo por unanimidad de los socios o si los que se retiren no representan más que un tercio de capital y les liquidarán su parte.

Se establece como requisitos de validez para el acuerdo de fusión:

- a) Los directivos que se fusionan redactan un proyecto de fusión que contendrá:
- Identificación de las Sociedades.
 - Tipo de canje de acciones.
 - Procedimiento para el canje, fecha de fusión.
 - Derechos a otorgar a los titulares de acciones de clases especiales.
 - Ventajas que se atribuyen a los administradores y terceros expertos que interviene.
 - Firma de los administradores.
 - Consulta al registrador mercantil sobre dichos proyectos.

- b) Cada sociedad ha de adoptar su respectivo acuerdo de fusión ajustándose al “proyecto” y adoptado en base a lo establecido en su propio régimen jurídico.
- c) Publicidad del acuerdo de fusión.
- d) Escritura pública e inscripción. Las sociedades que se fusionan harán constar el acuerdo aprobado por sus juntas generales en escritura pública.

Si se crea nueva sociedad, producto de la fusión, la escritura debe contener las menciones legales exigidas. Si se realiza por absorción, contendrá la escritura las modificaciones estatutarias que acordó la sociedad absorbente.

- e) No hay liquidación del patrimonio de la sociedad.

En cuanto a la eficacia, quedará supeditada a la inscripción de la nueva sociedad o la inscripción de la absorción.

Así, como se hace mención de la fusión, es importante conocer en qué consiste la escisión. Se trata de un fenómeno opuesto al de la fusión. Se define como el hecho de que parte del patrimonio de una sociedad deja de estar bajo su titularidad, o sea existe una división patrimonial. Es decir, corresponde a una operación de signo contrario a la concentración o agregación que implica la fusión.

El art. 88 CCA señala en cuanto a la escisión: Hay escisión cuando: I. Una sociedad sin disolverse destina parte de su patrimonio para fusionarse con sociedades existentes o para participar con ellas en la creación de una nueva sociedad; II. Una sociedad sin disolverse destina parte de su patrimonio para constituir una o varias sociedades nuevas; III. Una sociedad se disuelve sin liquidarse para constituir con la totalidad de su patrimonio nuevas sociedades.

13. Disolución

Al tratar el tema de la disolución, debo señalar que la doctrina realiza una diferenciación, al hablar de disolución parcial y de disolución total.

Existe disolución parcial, cuando queda comprendida dentro del concepto general de disolución de los negocios jurídicos, o sea consiste en el hecho de la extinción del vínculo jurídico que liga a uno de los socios con la sociedad, cuando se da el retiro del socio, su exclusión o muerte.

La disolución como tal, se entiende como un presupuesto jurídico de la extinción de las sociedades.

Declarada la disolución, la finalidad de la sociedad no es ya la explotación de su objeto social y la obtención de beneficios, sino la liquidación de las relaciones pendientes.

Las causas de disolución, se dividen en dos grupos, según estén o no previstas por los socios en el contrato, es decir, sean o no dependientes de la voluntad de los socios.

Dentro de las causas dependientes de la voluntad de los socios, señalo:

Transcurrido el tiempo porque hayan sido constituidas, no mediando prórroga, artos. 262, 268 CC; por la extensión o cesación del objeto; por acuerdo de los socios; por haberse realizado el fin propuesto, o no ser posible realizarlo; por la fusión con otras sociedades, cuando conforme al contrato de fusión no subsista una de ellas; por la disminución del capital en más de dos terceras partes, si los socios no efectuasen nuevas aportaciones que mantengan, por lo menos en un tercio el capital social; la realización de cualquiera de las causas de disolución establecidas en el contrato de sociedad o en los estatutos; cuando por más de 6 meses exista un número de socios inferior a tres, si cualquiera de ello exige su disolución, art. 270 CC.

En cuanto a las causas establecidas por la Ley, menciono: Por quiebra de la sociedad; los acreedores de una sociedad anónima podrán exigir su disolución, probando que posteriormente a la época de sus contratos, la mitad del capital se ha perdido, art. 271 CC.

En el Registro Mercantil se inscribirá la escritura que constituya o disuelva la SA, en el libro segundo, art. 13 CC.

14. Liquidación

La liquidación, se entiende como el conjunto de operaciones indispensables para concluir los negocios pendientes a cargo de la sociedad. Esto es, cobrar lo que le adeude, pagar lo que se deba, o sea liquidar sus pasivos y finalmente, dividir entre los socios el patrimonio que quede. Por la liquidación se concluyen los vínculos jurídicos existentes entre la sociedad y los terceros que contrataron con ella, o sea el cumplimiento de las obligaciones a su cargo. También, concluyen las relaciones entre la sociedad y los socios y de éstos entre sí. Se interrumpe la vida comercial de la sociedad. En el período de liquidación subsiste la sociedad, esto se afirma basado en la teoría de la identidad, cambia el fin de la sociedad, cambia por lo tanto la finalidad del patrimonio social. Dicha teoría, encuentra su apoyo en el art. 286 CC: A las sociedades en liquidación son aplicables todas las disposiciones que rigen a la sociedad en sus funciones ordinarias que no sean incompatibles.

La disolución de la sociedad no supone su extinción inmediata, para realizar las operaciones de liquidación la sociedad declarada disuelta conserva su personalidad jurídica, se reconoce expresamente la subsistencia de la personalidad jurídica, debiendo usar la misma denominación social, seguida de las palabras: “En liquidación”, art. 286 CC.

En cuanto al modo de proceder a la liquidación y partición de la sociedad, se regirá en lo no previsto en el contrato social por los acuerdos de junta general, art. 272 CC.

Sobre la forma de designación del liquidador, será en junta general, se requiere al menos el 50% de los socios que poseen tres cuartas partes del Capital Social.

Si no se reúnen los votos necesarios el Juez procederá al nombramiento de los liquidadores. Al igual se procederá para la sustitución del liquidador, art. 273 CC.

El procedimiento de liquidación será el siguiente: Se procede a disolver la sociedad; los administradores presentan a la junta general para aprobación el inventario, balances y gestión final; art. 274 CC; aprobadas las cuentas, los administradores entregarán a los liquidadores todos los documentos, art. 275 CC.

Las funciones del liquidador serán entre otras las siguientes: representar a la sociedad en juicio y fuera de él; promover y realizar el cobro de las deudas de la sociedad; vender los valores mobiliarios de la sociedad; dividir los haberes líquidos; pactar con deudores y acreedores el modo de realizar el pago, art. 276 CC; exigir a los socios el pago de las sumas que resulten en descubierto y que sean necesarias para cumplir sus compromisos y gastos que asigna la liquidación, art. 279 CC; satisfechas las deudas, se procede a partición de valores, art. 280 CC; presentará anualmente a la asamblea general un balance parcial de las operaciones realizadas, rindiendo cuenta, art. 281 CC.

Al nombrarse el liquidador se fijará el plazo en que debe terminarse la liquidación.

Si la liquidación no concluye en dicho plazo, podrá prorrogarse por una vez, que no excederá de la mitad del plazo inicial. Si el liquidador es nombrado por el juez y no se fija plazo, se fijará por el juez, art. 278 CC.

En el desempeño de sus funciones, el liquidador se encuentra con algunas limitaciones establecidas por la ley, requiriendo por tanto la aprobación de la junta general para realizar las siguientes actividades, art. 277 CC. Tomar dinero a préstamo,

art. 177 CC; desistir de cualquier pleito en que la sociedad sea parte; enajenación de bienes inmuebles en subasta, salvo autorización; obligar, hipotecar o enajenar bienes inmuebles y transigir sobre ellos; continuar con el comercio de ésta, excepto los actos pendientes, art. 277 CC.

Debe tenerse presente, que la asamblea general continúa durante la liquidación, siendo el órgano supremo de la voluntad social, los accionistas deben valerse de ella para ejercer sus derechos.

Al finalizar la liquidación, el liquidador someterá a la junta general las cuentas finales, acompañada de un informe explicativo del desempeño, art. 282 CC. El acta de aprobación final de las cuentas de liquidación y partición se publicará en la Gaceta y se inscribirá en el Registro, art. 284 CC. Recordemos, que con la disolución concluye el contrato, pero con esta inscripción se constata la extinción.

En la última reunión de socios, designarán en poder de quién quedarán libros, documentos, etc. mismos que se conservarán durante 10 años, art. 285 CC.

En relación a la responsabilidad de los liquidadores, ésta subsistirá hasta la aprobación de sus cuentas y la partición, sin perjuicio de las acciones de los socios por errores o fraudes que descubrieren.

15. Conflictos sociales

Entre los socios pueden surgir conflictos relacionados a los asuntos sociales, la ley determina que esos conflictos serán resueltos por dos jueces arbitradores nombrado uno por cada parte y un tercero nombrado por los árbitros o por un juez, art. 334 CC. En la escritura social se indicará el término para su nombramiento, si no se cumple con el término establecido se hará de oficio por el tribunal, art. 335 CC. Cabe señalar, que el arbitraje se aplicará para todo tipo de conflicto que surja en las sociedades mercantiles y en las asociaciones comerciales, art. 336 CC.

16. Grupos societarios

Existen grupos de sociedades, cuando un conjunto de sociedades sometidas a una misma dirección económica, se instrumenta de diferentes formas, sea por medio de acciones y contratos; en Nicaragua se han venido expresando por medio de control accionario.

Los grupos de sociedades constituyen unidades económicas donde la independencia jurídico-formal de las sociedades, basada en la existencia de personalidad jurídica propia, es más aparente que real. Se caracterizan, porque existe una sociedad dominante (*holding*) que controla a las demás sociedades (filiales), a las que impone su voluntad. La sociedad *holding* puede ejercer su control sobre las sociedades filiales de manera directa o escalonadamente formando una cadena de sociedades. La sociedad *holding* no tiene por objeto la realización de una determinada actividad industrial o mercantil, sino participar en el capital de otras sociedades.

BIBLIOGRAFÍA

1. **HOLMES**, Arthur; **MAYNARD**, Gilbert; **DON EDWARDS**, James; **MEIER**, Robert; Contabilidad Básica; C.E.C.S.A., México 1975.
2. **GARRIGUES**, Joaquín; Curso de Derecho Mercantil: Edit. Porrúa; México 1979.
3. **GUTIÉRREZ FALLA**, Laureano; Derecho Mercantil. Contrato Societario y Derechos Individuales de los Accionistas; Edit. Astrea; Buenos Aires, 1998.
4. **GARRIDO DE PALMA**, Víctor; Estudios sobre la Sociedad Anónima; Civitas, Madrid 1991; Tomo I y II.
5. **JIMÉNEZ SÁNCHEZ**, Guillermo; Derecho Mercantil; Edit. Ariel S.A.; Barcelona, 1990.
6. **RODRÍGUEZ R.**, Joaquín; Derecho Mercantil Tomo I; Edit. Porrúa, México 1994.
7. **SOTO ÁLVAREZ**, Clemente; Prontuario de Derecho Mercantil; Litemusa; Décima primera reimpresión, México, 1993.
8. **SOLÓRZANO**, Aníbal; Glosas al Código de Comercio de Nicaragua, Concordancias y Jurisprudencia; Patrocinio del Banco de la Vivienda; Managua, 1974.
9. **VICENT CHULÍA**, Francisco; Introducción al Derecho Mercantil; Edit. Tirant lo Blanch; Valencia 1993.
10. **VICENT CHULÍA**, Francisco; Compendio Crítico de Derecho Mercantil Tomo I, Edit. Bosch; Barcelona 1991.

TERCERA PARTE

Lección N°. 8

DERECHO DE COMPETENCIA

1. Concepto

El Dr. Guillermo Sánchez J. establece el siguiente concepto sobre derecho de competencia: “El derecho de competencia es el conjunto de normas que regulan la actividad concurrencial, para que prevalezca en el mercado el principio de competencia y la lucha entre competidores se desenvuelva con lealtad y corrección”.

Partiendo de dicho concepto, es importante diferenciar que no corresponde al derecho de competencia las normas y disposiciones que regulan el acceso al mercado, esto es objeto de regulación del derecho administrativo; tampoco regula el derecho de competencia los contratos ya que es regulado por el derecho mercantil. En cambio, el derecho de competencia regula la actuación externa del empresario, siendo la competencia el marco jurídico y económico de esa actividad externa. Se protege la libre competencia con el fin de asegurar que los consumidores y usuarios puedan optar por la alternativa que más le conviene.

Por tanto, las empresas se obligan a mejorar la calidad de los productos, moderar precios y ofrecer un mejor trato al cliente y diversidad de productos.

El sistema económico en Nicaragua se fundamenta en la Constitución Política en los artos. 99... El Estado garantiza la libertad de empresa; 104... la iniciativa económica es libre... En ambas disposiciones, se refleja el reconocimiento al sistema de libre empresa por la Constitución Política, correspondiendo a un concepto de carácter general que se refiere al conjunto

de actividades económicas en las que la persona decide producir o brindar servicios al mercado. Aclarando, que no se concibe a la libertad de empresa como un derecho subjetivo absoluto, propio de la clase empresarial y como una categoría histórica de derecho de autonomía. En donde, se hace necesario la presencia del estado a fin de garantizar el libre acceso al mercado de todos aquellos que reuniendo unos requisitos mínimos lo deseen.

Entonces, la libertad de empresa tiene un límite, será intrínseco el mismo, cuando lo regula la misma economía de mercado; y serán límites extrínsecos cuando nos referimos a las regulaciones de la Constitución Política y el resto de marco regulatorio como la Ley de Defensa de los Consumidores, Ley de Inversiones Extranjeras; Ley de Bancos, Ley de Instituciones de Seguro, etc.

2. Normas reguladoras del mercado

Para la protección de los agentes económicos en un mercado determinado, consumidores, oferentes y el estado, se han establecido normativas reguladoras del mercado que tienen por objeto:

- a. *Evitar prácticas restrictivas de la competencia*: El derecho de libre competencia persigue la represión de las prácticas empresariales que restringen o eliminan la competencia en el mercado o en uno de sus segmentos o sectores. Tiene por objeto proteger la permanencia del sistema económico de libre mercado y de forma indirecta protege a los empresarios y consumidores.
- b. *Represión de la competencia desleal*: El derecho de la competencia leal, combate aquellas conductas empresariales que sin producir restricciones a la libertad las introducen en las prestaciones; tiende a evitar un triunfo empresarial basado en prácticas desleales. Su objeto es proteger el interés del empresario contra el actuar deshonesto de otros empresarios y de forma indirecta protege a los consumidores y al sistema económico.

- c. *Protección al consumidor*: Protege a los consumidores frente a los riesgos de salud y seguridad. Su objeto es la protección a los consumidores y de forma indirecta a los empresarios y al sistema económico.

3. Represión de prácticas restrictivas

La protección de la competencia comprende las siguientes áreas de regulación:

- a. Prácticas comerciales restrictivas,
- b. abuso de posición dominante
- c. concentraciones económicas.

3.1. PRÁCTICAS COMERCIALES RESTRICTIVAS

Se entiende por prácticas comerciales restrictivas, los actos o el comportamiento de las empresas que, mediante el abuso o la adquisición y el abuso de una posición dominante en el mercado, limiten el acceso a los mercados o de algún otro modo restrinjan indebidamente la competencia, con efectos o posibles efectos desfavorables sobre el comercio.

Entre los acuerdos anticompetitivos puedo mencionar:

1. *Los convenios para la fijación de precios u otras condiciones de ventas*. Es una de las formas más usuales de prácticas comerciales restrictivas, la fijación de precios puede ocurrir en cualquier escalón del proceso de producción o distribución. Dicho acuerdo (cartel) puede ser sobre los precios de productos primarios, insumos o productos acabados.
2. *Licitación colusoria*. Este tipo de acuerdo es contrario al espíritu de la convocatoria de licitación, el cual consiste en adquirir bienes o servicios a precios y condiciones favorables. Existen diferentes formas de expresión como el acuerdo para determinar qué empresa presentará la oferta más baja, para presentar ofertas idénticas, ofertas infladas, etc. Es usual, que el acuerdo considere un plan de

compensación de los licitantes a los que no se les adjudicará el contrato.

3. *Fijación de cuotas de producción.* Las empresas participantes en el mercado excluyan totalmente su actividad o reduzcan parte de la misma a un mercado determinado. Por medio de establecer cuotas máximas de producción o venta de un bien, o dejando de producirla, o renunciar a una actividad específica de carácter económica.
4. *Acción colectiva para imposición de acuerdos.* Consiste, en medio usual para persuadir (obligar) a los que son miembros de un grupo para que sigan una sola conducta. Se expresa en las negativas concertadas a adquirir o a satisfacer las demandas de compra de productos o de prestación de servicios, o la amenaza de tal negativa.
5. *Distribución de mercado.* Por medio del acuerdo las empresas se dividen o asignan clientes o territorios para los productos o servicios que ofertan.

3.2 ABUSO DE POSICIÓN DE DOMINIO

Una empresa se encuentra en posición dominante en el mercado, cuando por sí sola o actuando conjuntamente con algunas otras empresas, esté en condiciones de controlar el mercado pertinente de un determinado bien o servicio o de un determinado grupo de bienes o servicios. Siendo importante aclarar, que si una empresa ocupa un liderazgo en el mercado no incurrir en una prohibición. Será necesaria la presencia de manifestación de abuso para que exista prohibición.

Este tipo de acuerdos restrictivos son de carácter vertical, es decir son celebrados entre empresas que se sitúan en diferentes escalones del proceso de producción y distribución. Son manifestaciones de abuso de posición de dominio las siguientes:

1. El comportamiento predatorio frente a los competidores, como la fijación de precios por debajo del costo con el fin de eliminar a los competidores.

2. La fijación discriminatoria de los precios, las modalidades o las condiciones para el suministro o la compra de bienes o servicios, inclusive a través del uso de políticas de fijación de precios, en las transacciones entre empresas afiliadas, que sobre facturen o sub facturen los precios o servicios comprados o suministrados en comparación con los precios fijados para transacciones similares o comparables fuera de las empresas filiaadas.
3. La fijación de precios a los que las mercancías exportadas pueden ser revendidas en los países importadores.
4. Cuando no sea para asegurar la consecución de fines comerciales legítimos, tales como velar por la calidad, la seguridad, la distribución o la prestación de servicios adecuados:
 - La negativa parcial o total en las condiciones comerciales habituales de la Empresa.
 - El condicionamiento del suministro de determinados bienes o de la prestación de determinados servicios a la aceptación de restricciones de la distribución la fabricación de bienes competidores o de otros bienes.
 - La imposición de restricciones con respecto al lugar, al destinatario, a la forma o a las cantidades en que los bienes suministrados u otros bienes puedan revenderse o exportarse.
 - El condicionamiento de suministro de determinados bienes o de la prestación de determinados servicios a la compra de otros bienes o servicios del proveedor o de la entidad designada por éste.

3.3 CONCENTRACIÓN DE PODER ECONÓMICO

Los principios y normas equitativas para el control de prácticas restrictivas comerciales de Naciones Unidas señalan que las empresas deberán abstenerse de los actos o del comportamiento siguiente en el mercado pertinente, cuando mediante el abuso o la adquisición y el abuso de una posición dominante en el

mercado limiten el acceso a los mercados o restrinjan indebidamente la competencia, a través de las fusiones, absorciones, empresas comunes u otras adquisiciones de control, ya sea de naturaleza horizontal, vertical o conglomerado.

Entre las manifestaciones de concentración menciono:

1. *Adquisiciones de control de carácter horizontal.* Se expresa a través de fusiones, absorciones, empresas conjuntas o vinculación por consejeros comunes entre empresas competidoras.
2. *Las adquisiciones de control de carácter vertical.* Se expresa con empresas que se encuentran en diferentes escalones del proceso productivo y distribución. Se pretende, por medio de la adquisición de una empresa proveedora, que una empresa cliente puede limitar la accesibilidad al mercado de los suministros competidores.
3. *Adquisiciones de control de carácter heterogéneo.* No consisten en unión de competidores, ni entre establecimientos de relaciones verticales; son difíciles de identificar ya que se trata de formas de diversificación de actividades ajenas. El elemento a considerar es el aumento del potencial financiero de las partes interesadas en el acuerdo.
4. *Vinculación por medio de consejeros comunes.* Se manifiesta cuando una persona es miembro de la junta directiva de dos o más empresas o cuando representantes de dos o más empresas forman parte de la directiva de otra empresa. Se afecta la competencia en vista de que puede dar como resultado el control administrativo en donde las decisiones de producción, mercadeo, etc. sean estrategias comunes concertadas. Incluso, puede generar condiciones discriminatorias de financiación para los competidores.

4. Competencia desleal

La represión de la competencia desleal protege básicamente el interés del empresario contra el actuar deshonesto de otros

empresarios, protegiendo también de forma indirecta, a los consumidores y el sistema económico. La normativa que reprime la competencia desleal comprende todas las prácticas de producción de bienes y servicios, de distribución y de mercadeo dirigidas a los clientes. Me refiero a la publicidad de mensajes, presentación del producto, promoción de ventas, prácticas de agresión directa a otros competidores, es decir toda clase de prácticas ilegales o con violación de norma. Donde, no se requiere que exista relación de competencia entre actor y perjudicado, basta que sea contrario a la buena fe empresarial.

La normativa que reprime la competencia desleal se basa en una cláusula general, que determina que se competirá en el mercado basados en la buena fe, condenándose todo acto contrario.

Pero, sucede que la cláusula general es muy vaga, e imprecisa, para lo cual se establecen una serie de cláusulas especiales las cuales determinan aquellas actuaciones que se consideran desleales.

- a. *Fraude*: actos de imitación que implican el aprovechamiento fraudulento del esfuerzo, de la posición o del prestigio de otro competidor mediante la utilización de distintivos confundibles.
- b. *Maquinación dañosa*: Implica ataques injustos a otro competidor, denigración, sustracción de secretos, extorsión de empleados, *dumping*.

Son actuaciones dirigidas a perjudicar, obstaculizar o eliminar al competidor.

- c. *Actuación que implica engaño*: Afirmaciones falsas, propaganda basada en hechos inexactos, ventas con regalo, rebajas fingidas. Pretende la atracción de la clientela mediante afirmaciones, juicios, propaganda o combinaciones comerciales que implican engaño al público, por no responder a la realidad.

Las cláusulas especiales se encuentran vinculadas directamente a la publicidad comercial, considerando que la mayor actividad competitiva entre empresarios se realiza por medio de la publicidad. Auxiliándome de la Ley Española sobre Publicidad y a juicio de expertos, veamos algunos conceptos:

Publicidad ilícita:

Aquella que atente contra la dignidad de la persona o vulnere los valores y derechos reconocidos en la Constitución Política; la publicidad desleal; engañosa; subliminal.

Publicidad engañosa:

La que de cualquier manera, incluida su presentación, induce o puede inducir a error a sus destinatarios, pudiendo afectar su comportamiento económico o perjudicar a un competidor. O que omita datos considerados fundamentales acerca de los bienes, servicios o actividades cuando dicho silencio induzca a error a los destinatarios.

Publicidad comparativa:

Cuando no se apoye en características esenciales, afines y objetivamente demostrables de los productos o servicios o cuando se contrapongan bienes o servicios similares o desconocidos.

Publicidad subliminal:

Es aquella que mediante técnicas de producción de estímulos de intensidades fronterizas con los umbrales de los sentidos o análogas, pueden actuar sobre el público destinatario sin ser conscientemente percibido.

Cabe mencionar que las principales regulaciones en materia de competencia desleal se encuentran en los Convenios Internacionales ratificados por Nicaragua sobre Propiedad industrial y las leyes específicas sobre esa materia recientemente aprobadas.

5. Liberalización, desregulación de monopolios y políticas de competencia

A partir del mes de abril de 1990 la economía nacional y la administración pública inician un proceso de transformaciones fundamentales, el gobierno “deja de hacer” en la actividad económica y “traslada esa actividad”, paulatinamente, al sector privado. Una situación similar se dio en algunos países de América Latina y de Europa del Este (ex comunistas). Al evaluar esa transición de liberalización, privatización y desregulación de monopolios, expertos afirman que “la experiencia de desregulación de monopolios no ha conseguido los objetivos buscados de descenso de precios y mejora de la calidad o que los han obtenido de forma muy insuficiente”.

Si analizamos lo que ha sucedido en los últimos doce años en Nicaragua, podemos afirmar que nuestro país no es la excepción, sino veamos lo siguiente: El servicio de transporte de pasajeros urbano e interurbano es pésimo; existen barreras de entrada infranqueables al sector transporte a nuevos inversionistas; otorgamiento de concesión del servicio telefonía celular de forma exclusiva por cuatro años a una sola empresa; mal servicio de energía eléctrica y agua potable; deficiencias en la atención a los usuarios en las empresas médicas previsionales; monopolio en la TV por cable; maltrato a los usuarios del transporte aéreo centroamericano, etc. Puedo continuar con los ejemplos, pero sería algo de nunca acabar. Entonces, cabe la pregunta: ¿Qué es lo que realmente ha pasado en el país?

La respuesta es la siguiente: Para algunos sujetos económicos anquilosados, “La tarea de liberalizar, significa quitar las trabas que pone el Estado al funcionamiento del mercado”. Muy a pesar, de que Adam Smith consideraba de importancia el papel del estado en asuntos especiales para que la economía de mercado funcione, tales como la defensa de la propiedad o el cumplimiento de los contratos.

Considerando lo anteriormente expresado, es necesario, aclarar que la actividad de liberalizar significa quitar reglas o normas, pero que se opongan a la introducción de la competencia. En

donde el objetivo de liberalizar consiste en identificar las barreras u obstáculos al comercio, para suprimirlos y el objetivo de las políticas de liberalización consiste, en que si el Gobierno suprime los obstáculos al comercio los consumidores tendrán mayores posibilidades para elegir su mejor opción y por otro lado, los empresarios concurren al mercado con libertad para aumentar la oferta. Es importante tomar en cuenta, que el concepto de liberalización de la economía en ocasiones se confunde como sinónimo de privatización. Liberalización implica suprimir los obstáculos, en cambio privatización supone acabar con la intervención del Gobierno en la asignación de capital a determinadas empresas o instituciones. Siendo conveniente recordar que durante la administración Chamorro y Alemán, se expresó constantemente que el Estado es un facilitador. La verdad, es que al día de hoy se desconoce su significado.

Otro aspecto, al cual me referiré, es el relacionado a los procesos de desregulación de monopolios. Donde la actividad no consiste en suprimir asignación de recursos monetarios, por el contrario, la decisión es compleja y se hace necesario la intervención del Gobierno para definir las estructuras rectoras adecuadas, de vigilancia, y control para que se inicie dicho proceso. En los sectores monopolizados (energía eléctrica, teléfonos, agua potable, transporte de pasajeros, etc.) el gobierno debe intervenir drásticamente, ya que es usual que los sectores monopólicos pretenden detener o retrasar la suspensión de sus privilegios.

Se sostiene, acertadamente, que en los sectores monopolizados no se puede hablar de riesgo, en vista de que se tiene la certeza de que existe un monopolio y por tanto, si antes de liberalizar no se aplican instrumentos necesarios para desmontar el monopolio, no será posible la competencia. Por eso, la importancia de reestructurar, de definir la estructura empresarial, ya que es la única forma para asegurar que la liberalización produzca competencia. Para asegurar lo anterior el marco regulatorio (Ley) sobre políticas de competencia debe introducirse antes de iniciar la desregulación y no posteriormente, tal y como continúa sucediendo en Nicaragua.

La experiencia ha demostrado tanto en Europa del Este, América Latina, inclusive Nicaragua, que cuando se liberaliza en sectores proteccionistas pero no monopólicos, primero hay que liberalizar y luego hay que defender la competencia; en cambio, en los sectores que provienen de monopolio lo primero a ser aplicado es contar con una Ley de promoción de la competencia para que, cuando se aplique la política de liberalización, ésta pueda tener efectos reales.

Han transcurrido más de cinco años, período en el cual se elaboraron varios anteproyectos de Ley de promoción de la competencia, y a la fecha no arranca el proceso de discusión, de los mismos, con diferentes sectores de la sociedad. Por el contrario, se observa en los funcionarios de Gobierno una posición tímida, siendo más fácil asumir la actitud de olvido, mientras tanto los consumidores y las empresas usuarias asumimos las consecuencias de contratos de concesión deficientemente negociados, donde se han fortalecido monopolios, se brinda un mal servicio, sube el precio por falta de competencia, continua el proceso de privatización de los servicios, y los entes reguladores son instituciones fantasmas o timoratos. Entonces una última reflexión, realmente en Nicaragua existe libertad de empresa y libertad de competencia. Estamos claros que el papel de tutela y regulador de la libre empresa corresponde al Gobierno.

BIBLIOGRAFÍA

1. **ANZO TATO**, Plaza; La Publicidad Comparativa; Edit. Marcial Pons, Madrid, 1996.
2. **CABANELLAS**, Guillermo; Derecho Antimonopólico y de Defensa de la Competencia; Edit. Heliastra; Buenos Aires, 1983.
3. **CORROZA**, Hermenegildo; Tratado de la Competencia Económica; Civitas, Madrid, 1978.
4. **JIMÉNEZ SÁNCHEZ**, Guillermo; Derecho Mercantil; Edit. Ariel S.A.; Barcelona, 1990.
5. **MIRANDA SERRANO**, Luis; Las Concentraciones Económicas, Derecho Europeo y Español; Edit. La Ley, Madrid 1994.
6. **ORÚE CRUZ**, José René; Análisis sobre el Derecho de Competencia; Managua, 1998.
7. **Tribunal de la Competencia**, La Competencia en España: Balances y Nuevas Propuestas; 1995.
8. **UNCTAD**; Información sobre las Prácticas Comerciales Restrictivas; Boletín No. 13, noviembre, 1987.
9. **UNCTAD**; Proyecto de Comentarios sobre posibles elementos acerca de leyes sobre prácticas restrictivas; agosto, 1984.
10. **VICIANO P.**, Javier; Libre Competencia e Intervención Pública de la Economía; Edit. Tirant Lo Blanch; Valencia 1995.
11. **VEGA MOROCOA**, I.; La Integración Económica Europea, Curso Básico; Edit. Lex Nova; Valladolid, 1996.

Lección N°. 9

DEFENSA DEL CONSUMIDOR

1. Derechos del consumidor

En 1962 el Presidente de los Estados Unidos de América John F. Kennedy en su mensaje al Congreso definió los cuatro derechos básicos del consumidor:

Derecho a la seguridad: se refiere a que el consumidor reciba productos o servicios seguros; derecho a la información: Conocer sobre la calidad, características, composición, precios, fecha de vencimiento, riesgos de los productos ofertados; derecho a la elección: protección de la capacidad de elección del consumidor; derecho a ser escuchado: el derecho a participar y expresarse ante los poderes públicos por medio de asociaciones de consumidores.

2. Objeto de protección

Se afirma, que la razón que justifica la existencia del derecho del consumo es la situación de subordinación que tienen los consumidores, es decir se encuentran en franca inferioridad en el mercado. Esta situación de desventaja, implica que los consumidores carecen de facultad para negociar, normalmente se encuentran con contratos de adhesión, en donde no tienen opciones. Además, se sostiene, que los consumidores carecen de facultad de apreciación al momento de adquirir bienes o servicios.

Ante tal situación, se establecen normas que permitan garantizar el uso o consumo de bienes o servicios que no pongan en riesgo la vida, la salud y la integridad de los consumidores.

Pero, sucede que no solamente es necesario la existencia de dichas normas, hace falta el trabajo coordinado y sistemático de las instituciones públicas, para que el sistema de protección funcione. También, se requiere el trabajo de educación y orientación a los consumidores, en especial con los jóvenes. Siendo importante que los empresarios se preocupen por mejorar los bienes ofertados, ya que cuando el consumidor se educa, tiene mayores elementos para tomar la mejor opción ofertada. No puedo dejar de mencionar, que será necesario establecer normas que aseguren la promoción de la libre competencia, con el objetivo de asegurar la concurrencia de diversos oferentes.

3. Régimen de protección

Cuando se habla del derecho de consumo, inmediatamente pensamos en la Ley de Defensa del Consumidor, si bien es cierto que esa asociación es válida, no es totalmente real, siendo lo correcto referirnos al régimen jurídico de protección al consumidor en Nicaragua, en vista que existe un amplísimo y especializado marco regulatorio que protege a los consumidores.

Así, tenemos en primer lugar la Constitución Política que en el art. 105 establece el principio general de protección al consumidor. La Ley de Defensa de los Consumidores, y posteriormente más de 30 Leyes, Decretos y Reglamentos, además más de 20 normas técnicas obligatorias.

4. Algunos aspecto de la Ley

El objeto de la Ley de Defensa de los Consumidores es el de garantizar la adquisición de bienes o servicios de la mejor calidad, así como asegurarse un trato justo y equitativo, esto corresponde a lo que se denomina como el principio general de defensa del consumidor.

Es importante destacar, que dicha ley es de orden público e interés social, ya que el Estado tiene interés en compensar la inferioridad en que se encuentra el consumidor.

Además, determina claramente el principio *in dubio pro consumidor*, es decir, que la interpretación más favorable será en interés del consumidor.

El ámbito de aplicación es preciso, es decir, se aplica cuando concurra un sujeto denominado proveedor y otro denominado consumidor, independientemente del tipo de bienes o servicios ofertados.

En cuanto al concepto de proveedor, plantea que será toda persona natural o jurídica, cualquiera que sea su naturaleza, pública o privada que desarrolle actividades relacionadas con la actividad empresarial. Es importante recordar la disposición del CC art. 6 en cuanto a quien es considerado comerciante.

Sobre el concepto de consumidor, se refiere a toda persona natural o jurídica que adquiera, utilice o disfrute como destinatario final bienes o servicios de cualquier naturaleza. Llama la atención, que se incluye como consumidor a personas jurídicas a pesar de que probablemente éstas no se encuentran en la misma situación de inferioridad que el ciudadano común y corriente.

Sobre los derechos de los consumidores, tenemos lo siguiente:

Derecho a la seguridad:

Protección de la salud y seguridad en el consumo de bienes y servicios, reclamo por negligencia a las instituciones del estado, protección en relación a la vida, su seguridad y bienes cuando haga uso de medios de transporte.

Derecho a la información:

Recibir información oportuna, clara y adecuada sobre los bienes y servicios disponibles.

Derecho a la educación:

Establecer planes y programas de estudio en colegios, universidades como uno de los principales esfuerzos formativos sobre derecho de consumo en las generaciones futuras.

Derecho al medio ambiente:

Asegurar que los bienes ofertados no signifiquen riesgos a la seguridad y salud de los consumidores, no afecten el medio ambiente.

Derecho a la reparación:

Una reparación integral, oportuna y adecuada de los daños y perjuicios sufridos y que sean responsabilidad del proveedor.

Derecho a ser escuchado:

Asociarse y constituir agrupaciones de consumidores; acceder a los órganos administrativos y jurisdiccionales para la protección de sus derechos.

Derecho a la promoción y protección de los intereses económicos:

Tener un trato equitativo y no abusivo por parte de los proveedores.

La Ley regula la protección contractual y de forma específica el contrato de adhesión. Sobre el contrato de adhesión, hay que tomar en cuenta que se trata de cláusulas determinadas unilateralmente por el proveedor, las cuales no puede modificar el consumidor. Por tanto, determina que esos contratos serán redactados en términos claros e impresos en caracteres visibles y legibles para que faciliten su comprensión al consumidor. Incluso, señala que las cláusulas abusivas no producen ningún efecto. De forma resumida, entendemos como cláusulas abusivas aquellas que implican la relación del contrato a la voluntad del proveedor o que limitan o excluyen los derechos de los consumidores.

BIBLIOGRAFÍA

1. **ACOSTA FALCON**, Hernán E.; Protección al Consumidor en Venezuela; Vandell Editores; Valencia Venezuela, 1994.
2. **FARINA**, Juan; Defensa del Consumidor; Edit. Astrea; Buenos Aires, 1995.
3. **GEMA BOTANA, GARCÍA y MUÑOZ**, Miguel; Curso sobre Protección Jurídica de los Consumidores; Madrid, 1999.
4. **ORÚE CRUZ**, José René; Análisis sobre el Régimen Jurídico de Protección al Consumidor en Nicaragua; Investigación, Managua 1999.
5. **SACRISTÁN REPESA**, Marcos; Protección al Consumidor: Las Políticas Comunitarias y su Incidencia en el Derechos Español.
6. **VELASCO SAN PEDRO**, Luis; Conferencia sobre Derechos del Consumo; Nicaragua 2000.
7. **VÁSQUEZ FERREIRA**, Romero; Protección y Defensa del Consumidor; de Palma, Buenos Aires, 1994.

PROPIEDAD INTELECTUAL

Afirma Hermenegildo Baylos, que utilizamos la expresión derechos intelectuales para designar los diferentes tipos de derechos subjetivos que los ordenamientos jurídicos modernos atribuyen a los autores de creaciones espirituales (obras de artes y literatura e invenciones) y a los industriales y comerciantes que utilizan signos determinados para identificar los resultados de su actuación y preservar, frente a competidores, los valores espirituales y económicos incorporados a su empresa. Dichas creaciones adquieren cada vez una mayor importancia espiritual y económica, de ahí el interés de los Estados para la adecuada protección de los derechos. Por eso, Nicaragua entre 1999 y el 2001 modernizó su marco regulatorio en propiedad intelectual, asimismo procedió a ratificar una serie de tratados internacionales de singular importancia.

1. Clasificación de la propiedad intelectual

Existen, diferentes teorías al respecto, la clasificación unitaria sostiene que el objeto de los derechos intelectuales es la producción intelectual, no se parte de una distinción de la diferenciación, sino del hecho de que el ordenamiento jurídico atribuye o reconoce al creador, un derecho subjetivo, sin diferenciar el tipo de creación. La clasificación bipartita, tiene su expresión en el derecho positivo y se adopta desde el inicio de la sistematización multilateral de la propiedad intelectual. Concluye que la propiedad intelectual se compone de dos áreas: Propiedad Industrial y el derecho de autor y derechos conexos. La clasificación tripartita, parte desde un punto de vista de la sistemática jurídica y en aplicación del criterio heterogeneidad, propone

tres áreas para la propiedad intelectual: Propiedad Industrial, derecho de autor y derechos conexos y derechos *sui géneris* (obtencciones vegetales, biotecnología).

Se entiende por propiedad intelectual, según OMPI: “La disciplina jurídica que contempla sistemas de protección para los bienes inmateriales, de carácter intelectual y de contenido creativo e incluso elementos no estrictamente creativos pero identificadores necesarios para la competencia en el mercado”.

Conociendo las diferentes teorías sobre la clasificación de la propiedad intelectual, conviene preguntarse qué aspectos comprende y tutela la propiedad intelectual. Tenemos, en primer lugar, la propiedad industrial y comprende las marcas y otros signos distintivos; invenciones, modelos de utilidad y diseños industriales; denominaciones de origen, secretos empresariales, represión de la competencia desleal. El derecho de autor y derechos conexos, protege la obra literaria y artística en su sentido amplio; así como las interpretaciones o ejecuciones. Los derechos intelectuales *sui géneris* están relacionados a las obtenciones vegetales y aquella protección derivada de la biotecnología moderna. Es importante, mencionar que la protección se obtiene de dos formas diferentes, la propiedad industrial y los derechos *sui génesis* de propiedad intelectual se basan en el sistema atributivo, es decir requiere de la inscripción en el registro de la propiedad intelectual, siendo estrictamente formalista; en cambio, en el derecho de autor se expresa el criterio declarativo, o sea, no se requiere de formalidad alguna.

2. Marca y otros signos distintivos (Ley No. 380 Ley de marcas y otros signos distintivos).

Se define que marca es todo signo, palabra, combinación de palabras o cualquier otro medio gráfico o material, que por sus caracteres especiales es susceptible de distinguir, claramente los productos, mercancías o servicios de una persona natural o jurídica, de los productos, mercancías o servicios de la misma especie, clase pero diferente titular.

Conozcamos otras definiciones:

Marca notoria, se plantea que es un signo distintivo conocido por el sector pertinente del público o en los círculos empresariales, o conocido en el comercio internacional.

Marca famosa, es aquella que por el uso intensivo en el mercado y en la publicidad, se ha difundido ampliamente sin perder su fuerza distintiva, y es conocida por el público en general.

Denominación de origen, indicación geográfica que identifica un producto como originario del territorio o de una región o localidad de ese territorio, cuando determinada, calidad, reputación, u otra característica del producto sea imputable fundamentalmente a su origen geográfico.

Indicación geográfica, nombre, expresión, imagen o signo que designa o evoca a un país, una región, una localidad o un lugar determinado.

Marca colectiva, aquella cuyo titular es una entidad colectiva que agrupa a personas autorizadas a usar la marca.

Marca de certificación, la aplicada a productos o servicios cuyas características o calidad han sido certificadas por el titular de una marca.

Nombre comercial, signo denominativo que identifica a una empresa o a un establecimiento.

Nombre de dominio, secuencia de signos alfanuméricos que corresponde a una dirección numérica en el internet o en otra red pública de comunicación similar.

Emblema, signo figurativo o mixto que identifica a una empresa.

Señal de publicidad comercial, leyenda, anuncio, lema, frase, combinación de palabras, diseño, grabado o cualquier otro medio similar, siempre que sea original y característico, que se emplee con el fin de atraer la atención de los consumidores o usuarios sobre un determinado producto, servicio, empresa, establecimiento comercial o local comercial.

Rótulo, signo visible que identifica a un local comercial determinado.

Signo distintivo, aquel que constituya una marca, un nombre comercial, un rótulo, un emblema o una denominación de origen.

El registro de una marca confiere al titular el derecho de prohibir a terceros el uso de la marca, y a ejercer ante los órganos jurisdiccionales las acciones y medidas que correspondan contra quien infrinja su derecho. Con el fin de evitar conductas desleales, se establece la cancelación del registro por falta de uso de la marca, el pedido de cancelación no procederá antes de transcurridos tres años desde la fecha de registro de la marca. El registro de una marca vencerá a los diez años contados desde la fecha de su concesión, dicho registro podrá renovarse indefinidamente por períodos sucesivos de diez años.

El derecho sobre una marca registrada o en trámite de registro puede ser transferido por acto entre vivos o por vía sucesoria, debiendo constar por escrito y deberá inscribirse en el registro de la propiedad intelectual. El derecho sobre una marca podrá transferirse independientemente de la empresa o de la parte de la empresa del titular del derecho, y con respecto a uno, algunos o todos los productos o servicios para los cuales está inscrita la marca. El titular del derecho de una marca podrá conceder por escrito a un tercero licencia para el uso de la misma, para que la licencia de uso tenga efectos ante terceros, requiere su inscripción en el registro.

3. Patentes, modelo de utilidad, diseños industriales (Ley No. 354 Ley de patentes de invención, modelos de utilidad y diseños industriales)

Se define como invención: La solución técnica a un problema específico, constituida por un producto o un procedimiento, o aplicable a ellos.

Producto es: cualquier sustancia, composición, materia inclusive biológico, aparato, máquina u otro objeto, o parte de ellos.

Procedimiento: cualquier método, operación o conjunto de operaciones o aplicación o uso de un producto.

La patente es el título constitutivo de un derecho conferido por el Estado al inventor.

Son requisitos de patentabilidad: Novedad, nivel inventivo y susceptibilidad de aplicación industrial.

Será considerada la invención como novedosa, si no se encuentra dentro del estado de la técnica, es decir comprende todo lo que haya sido divulgado o hecho accesible al público, antes de la fecha de presentación de la solicitud de patente.

En cuanto al nivel inventivo, se considera que una invención la tiene, si para una persona capacitada en la materia de la técnica correspondiente la invención no resulta obvia, ni se habría derivado de forma evidente del estado actual de la técnica.

Una invención se considera susceptible de aplicación industrial cuando su objeto puede ser producido o utilizado en cualquier tipo de industria o actividad productiva.

Se excluyen de patentabilidad, los métodos de diagnóstico, terapéuticos y quirúrgicos para el tratamiento de personas y animales. Que no protejan el orden público o la moralidad, la salud o la vida de las personas o de los animales o para preservar los vegetales o evitar daños al medio ambiente. Las plantas y animales, excepto los microorganismos, y los procedimientos esencialmente biológicos para la producción de plantas o animales. La protección será de 20 años.

En cuanto al modelo de utilidad, se plantea que son invenciones con menor rango inventivo que las patentes. Dan una configuración o estructura a un objeto del cual se derive alguna utilidad o ventaja práctica. Tienen como características la utilidad y la practicidad. La patente de modelo de utilidad tendrá una vigencia de 10 años.

Los dibujos industriales son creaciones formales que afectan a la o las superficies, lados o caras de un determinado producto industrial. Sobre modelos industriales, se afirma que constituyen la configuración tridimensional de un producto. Se trata, pues de concepciones relativas a la forma o apariencia de productos u objetos ya conocidos, destinados a la satisfacción de necesidades humanas de cualquier clase, en que la innovación introducida en ellos no modifica las cualidades que poseen desde el punto de vista de utilidad.

Los requisitos de protección consisten en que sean creados independientemente, nuevos u originales. El registro de un diseño industrial tiene una vigencia de 5 años desde la fecha de presentación de la solicitud. La protección será también por un plazo de tres años de la fecha de la primera divulgación pública por el diseñador.

4. Circuitos integrados (Ley No. 324 Ley de protección a los esquemas de trazados de circuitos integrados)

Los productos semiconductores están compuestos de dispositivos electrónicos que constituyen un circuito integrado, en el que son fundamentales los diseños, planos o esquemas a partir de los cuales se producen así como la función que el producto final desarrolla.

Un circuito es una conexión electrónica de dos o más elementos electrónicos, un circuito integrado es un componente electrónico que forma una de las partes de un aparato electrónico y que cumple una función electrónica.

El esquema de trazado es el diseño o plan de los elementos que componen un circuito integrado. El diseño o concepción de un esquema de trazado implica definir las funciones electrónicas que se desean realizar, elaborar las fórmulas lógicas de esas funciones y plasmarlas en un circuito electrónico que se incorpora a un circuito integrado o producto semiconduc-

tor. Siendo el esquema de trazado, topografía o arquitectura en donde se concentra o materializa la creación intelectual sujeto de protección.

En cuanto a las topografías, su elaboración es producto de un largo y costoso proceso de investigación, pero su copia y reproducción es muy rápida y barata. La protección será de 10 años a partir de la fecha de presentación de la solicitud al registro.

5. Obtenciones vegetales (Ley No. 318 Ley de protección para las obtenciones vegetales)

Se protege los derechos de las personas naturales o jurídicas, que ya sea por medios naturales o manipulación genética, haya creado o descubierto y puesto a punto, una nueva variedad vegetal. Es decir, para otorgar la protección requiere la intervención de la mano del hombre, es decir haberla transformado (puesto a punto). Por tanto, no se otorga derecho de obtentor por descubrir una variedad en la naturaleza. La nueva variedad debe cumplir con las características siguientes:

Novedad, distinción, homogeneidad y estabilidad.

Novedad, significa que no ha sido ofrecido en venta o comercializado por el obtentor hasta un año antes de la fecha en Nicaragua o más de cuatro años en otro Estado. Distinción, implica que la nueva variedad se diferencia técnica y claramente por uno o varios caracteres pertinentes de cualquier otra variedad.

Homeogeneidad, significa que la variedad es uniforme en sus caracteres pertinentes. La Estabilidad, se refiere a que se mantienen inalterados los caracteres pertinentes después de reproducciones o multiplicaciones sucesivas.

El derecho otorgado al obtentor tendrá duración de 20 años para todas las especies.

6. Derecho de autor y Derechos conexos (Ley No. 312 Ley de derecho de autor y derechos conexos)

La Ley de Derecho de Autor y Derechos Conexos tiene por objeto la protección de la obra. Correspondiendo el derecho de autor de una obra literaria, artesanal, artística o científica al autor por el sólo hecho de su creación. La obra se protege independientemente de su género, mérito o forma actual o futura. Esto implica, que el registro de la obra es facultativo y no constitutivo de derecho alguno. El derecho de autor comprende derechos morales y patrimoniales.

Derechos morales son irrenunciables, inalienables. Los derechos morales son el derecho al nombre o paternidad de la obra; el derecho a que se respete la integridad de la obra; derecho a decidir si la obra será divulgada; derecho a retirar la obra de circulación; derecho a autorizar la modificación de la obra.

En cuanto a los derechos patrimoniales, éstos se transmiten por causa de muerte, y pueden ser objeto de cesión por acto entre vivos. El derecho patrimonial es alienable, temporal, embargable. Comprende el derecho de autorizar la reproducción parcial o total de su obra; el derecho de autorizar la transformación de la misma como es en las traducciones, adaptación de libretos; el derecho de autorizar la comunicación al público; el derecho de autorizar su distribución, comercialización e importación; el derecho de alquiler.

En cuanto a los derechos conexos o vecinos, los artistas intérpretes o ejecutantes gozarán del derecho de autorizar o no, en lo relativo a sus interpretaciones o ejecuciones no fijadas, la radiodifusión y la comunicación al público, así como el derecho de autorizar la fijación.

Sobre los derechos de los productores de fonogramas, corresponde la autorización o prohibición de su reproducción, distribución, adaptación, comunicación al público.

Los organismos de radiodifusión gozan de los derechos de autorizar o prohibir la retransmisión de sus emisiones de radiodifusión, la reproducción de una fijación de sus emisiones, así como la comunicación pública de sus emisiones en lugares a los que el público pueda acceder solo mediante el pago de un derecho de admisión o entrada.

En cuanto los derechos patrimoniales, duran la vida del autor y 70 años después de su muerte.

7. Propiedad intelectual y biotecnología

La actividad de biotecnología moderna involucra anualmente millones de dólares en trabajos de investigación, transferencia de derechos, fusiones, etc. Siendo una de las áreas de mayor crecimiento económico en los países de desarrollo. Actualmente en Centroamérica, Costa Rica es el país que marcha a la cabeza en cuanto al uso y aplicación de la biotecnología moderna, aplicada a la preservación del medio ambiente y en materia de agricultura. Cabe preguntarse porqué proteger la inversión resultante de la biotecnología:

- La biotecnología juega un rol más importante en las actividades industriales.
- Considerable inversión para la investigación y desarrollo.
- El papel de la biotecnología para mejorar las técnicas de cultivo y rendimiento.
- El aporte de la biotecnología para preservar el medio ambiente.
- Los países en desarrollo y los menos adelantados puedan usar la biotecnología en el ámbito de la salud y el hambre.

Considerando lo costoso de esa actividad y con el fin de evitar posibles daños se han desarrollado dos áreas regulatorias: La propiedad intelectual como derecho a tutelar la exclusividad del uso y explotación aplicable a la biotecnología en general y

por otro lado lo relacionado al análisis y evaluación de riesgo para evitar posibles daños a la salud humana y animal, sanidad vegetal y el medio ambiente.

En materia de propiedad intelectual, las normativas vigentes son:

Convenio de París para la Protección de la Propiedad Industrial, establece que la protección de la propiedad industrial tiene por objeto las patentes, las marcas de fábrica..., se aplica no sólo a la industria y al comercio propiamente dichos, sino también al dominio de las industrias agrícolas y extractivas y a todos los productos fabricados o naturales, por ejemplo: vinos, granos, hojas de tabaco, frutos, animales, aguas minerales, cervezas, flores, harinas.

Acuerdo sobre los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual Relacionados al Comercio (ADPIC), sección 5: Patentes art. 27. Establece que deberán obtenerse patentes por todas las invenciones, sean de productos o de procedimientos, en todos los campos de la tecnología, siempre que sean nuevas, entrañen una actividad inventiva y sean susceptibles de aplicación industrial. Se puede excluir de patentabilidad las invenciones cuya explotación comercial en su territorio deba impedirse para proteger el orden público o la moralidad, inclusive para proteger la salud o la vida de personas o animales o preservar los vegetales. Podrán excluir asimismo de patentabilidad: los métodos de diagnóstico, terapéuticos y quirúrgicos para tratar personas y animales; las plantas y animales excepto los microorganismos, y los procedimientos esencialmente biológicos para la producción de plantas o animales, que no sean procedimientos no biológicos o microbiológicos. Se otorgará protección a todas las obtenciones vegetales mediante patentes, mediante un sistema eficaz *sui generis* o mediante una combinación de ellas.

Convenio Internacional para la Protección de las Obtenciones Vegetales (Acta de 1978), reconoce y garantiza un derecho al obtentor de una variedad vegetal nueva o a su causa-

habiente. El derecho se otorga por medio de un título de protección particular o de una patente, e incluso adoptar las dos formas, pero aplicando una de ellas a un mismo género o especie botánica.

Convención de Diversidad Biológica, reconoce que la tecnología incluye la biotecnología, y que el acceso a ella es uno de los elementos esenciales para alcanzar los objetivos. Asegurando a las partes el acceso a las tecnologías para la conservación y utilización sostenible de la diversidad biológica o que utilicen recursos genéticos. En caso de tecnología sujeta a patentes y otros derechos de propiedad intelectual, el acceso a esa tecnología y la transferencia se aseguran en condiciones que tengan en cuenta la protección adecuada y eficaz de los derechos de propiedad intelectual.

Ley de Protección para las Obtenciones Vegetales, establece las normas para la protección de los derechos de las personas naturales o jurídicas que, ya sea por medios naturales o manipulación genética haya creado o descubierto y puesto a punto, una nueva variedad vegetal, a quien se le denominará el obtentor. El derecho del obtentor se considera un derecho de propiedad intelectual.

Ley de Patentes de Invención, Modelos de Utilidad y Diseños Industriales, señala que no constituye invención, entre otras cosas, los descubrimientos, las materias o las energías en la naturaleza, los procedimientos biológicos y que no supongan intervención humana para producir plantas y animales, salvo los microbiológicos. Sobre patente de biotecnología, establece que en caso que una patente proteja un material biológico que posea determinadas características reivindicativas, la protección se extenderá a cualquier material biológico derivado de la multiplicación o propagación del material patentado y que posea las mismas características. Si la patente protege un procedimiento para obtener material biológico con características reivindicativas, la protección prevista en el artículo anterior se extenderá a todo material biológico derivado por multiplicación o propagación.

En el campo de la aplicación biotecnológica, análisis y gestión de riesgo, enumero las normativas vigentes: Ley de Producción y Comercio de Semillas, Ley Básica de Salud Animal y Sanidad Vegetal, Ley de Normalización Técnica y Calidad, Ley General del Medio Ambiente y los Recursos Naturales; Protocolo de Cartagena sobre Seguridad de la Biotecnología Moderna del Convenio sobre la Diversidad Biológica, ratificado por Nicaragua pero no ha entrado en vigencia.

BIBLIOGRAFÍA

1. **ASTUDILLO G.**, Francisco; La Protección Legal de las Invencciones Especial referencia a la biotecnología; Consejo de Publicaciones de la Univ. de los Andes; Mérida Venezuela, 1995.
2. **ANDRADE**, Samantha; Protección Legal de los Circuitos Integrados; México, 1999.
3. **AGUIRRE BEGOÑA**, Venero; Patentes de Invención y Modelo de Utilidad; Perú, 1999.
4. **BAYLOS CORROZA**, Hermenegildo; Tratado de Derecho Industrial; Edit. Civitas; Madrid 1978.
5. **CASCARDO**, Renato; **GIANNI**, Carmen; **PIANA**, José; Variedades Vegetales en Argentina; Latin Gráfica; Buenos Aires, 1998.
6. **ORÚE CRUZ**, José René; Marco Regulatorio para Biotecnología en Centroamérica 1era Conferencia Nacional de Semillas; Managua, 2001.
7. **ORÚE CRUZ**, José René; Biotecnología y Propiedad Intelectual Seminario-Taller sobre OVGMS; Managua, 2001.
8. **PALACIOS**, Marco Antonio; Diferencias entre el Derecho de Autor y la Propiedad Industrial; Guatemala 1999.

CUARTA PARTE

OBLIGACIONES Y CONTRATOS MERCANTILES

1. Régimen jurídico especial de las obligaciones mercantiles

Sostienen diversos tratadistas, que lo primero a ser aclarado es lo relativo a determinar cuál es el lugar que ocupa el derecho de obligaciones en el ámbito del derecho mercantil. La respuesta la encontramos en el origen de nuestra legislación codificada, recordemos que nuestro código de comercio sigue en este punto las ideas Francesas y Españolas, en el cual predomina un derecho de obligaciones. Eso implica, que el núcleo más importante presente en el derecho mercantil está constituido por las obligaciones mercantiles. Entendiendo que se trata, en su mayor parte, de obligaciones contractuales, en cuanto nacen de actos de comercio que revisten la condición jurídica de contratos, afirmándose que el contrato es la fuente principal de las obligaciones mercantiles.

Esta afirmación se basa en la misma noción de contrato que nos proporciona el código civil, art. 2435: Contrato es un acuerdo de dos o más personas para constituir, regular, o aclarar entre las mismas un vehículo jurídico y el art. 2449: Desde que la estipulación se acepta, queda perfecto el contrato, salvo que la ley exija alguna otra formalidad; pero en todo caso se tendrá como una promesa exigible. Entonces, es válida la pregunta siguiente: ¿Cómo determinar el régimen jurídico aplicable a los contratos mercantiles? El código de comercio determina en el art. 1, 2do. párrafo: Los contratos entre comerciantes se presumen siempre actos de comercio, salvo la prueba en

contrario, y de consiguiente estarán sujetos a las disposiciones de este código. Incluso, el art. 82 confirma este criterio al señalar: son mercantiles, y de consiguiente están sujetos a las disposiciones de este código, todos los contratos u obligaciones relacionadas con los negocios a que se refiere el art. 20.

Lo anterior permite sostener un criterio formal en cuanto a la determinación de la mercantilidad, por lo tanto no se puede negar que son contratos mercantiles los establecidos en el código de comercio y demás leyes especiales. Resuelta la anterior interrogante, entonces, cabe determinar cuál será el orden de prelación del régimen jurídico aplicable a los contratos mercantiles y a las disposiciones que de ellos se deriva, la respuesta se encuentra al analizar el orden de prelación establecida en el código de comercio en los arts. 1 y 2.

En conclusión, se puede afirmar que la ley mercantil ofrece solamente aquellas singularidades mercantiles que se imponen a los contratos mercantiles en razón a ser instrumentos para la realización de actividades económicas empresariales. Es decir, no existe en nuestro derecho una teoría general de las obligaciones y los contratos mercantiles, por lo que debemos admitir que la disciplina jurídica fundamental, en materia de obligaciones y contratos, se encuentra en el código civil, sobre el que inciden las leyes mercantiles imponiendo determinadas peculiaridades. Por tanto, la conjunción armónica de ambas disposiciones constituye lo que se denomina el régimen jurídico especial de las obligaciones y los contratos mercantiles.

2. Concepto de obligación

El concepto de obligación es unitario, en el sentido de que no existe un concepto de la obligación mercantil distinto de la obligación civil. El código civil art. 1830 define: Obligación Es la relación jurídica que resulta de la ley o de dos o más voluntades concertadas, por virtud de la cual puede una persona ser compelida por otra a dar, alguna cosa, a prestar un servicio o a no hacer algo. Pero además, el código civil art. 1831 señala: Que las obligaciones nacen de la ley o un hecho

obligatorio que puede ser lícito o ilícito. Es hecho obligatorio lícito el contrato y cuasicontrato. Es hecho obligatorio ilícito, el delito y cuasidelito. Analizando la noción de obligación se pueden identificar los siguientes elementos: Sujetos, objetos y vínculo jurídico.

En cuanto a los sujetos, uno de ellos ocupa la posición de acreedor, es el titular del derecho subjetivo a exigir el cumplimiento, estando investido de una serie de facultades para tal fin. El otro, tiene la condición de deudor y como tal, ha de cumplir un deber jurídico y soportar, en caso de no hacerlo, las consecuencias de su incumplimiento.

En relación al objeto de la obligación, está constituido por la prestación, como deber jurídico que incumbe al deudor.

Y sobre el vínculo jurídico, constituye la razón de ser del derecho subjetivo del acreedor y del deber de prestación el deudor.

Afirma Guillermo Sánchez Jiménez, que esa noción civilista acerca de la obligación, pone de manifiesto el aspecto subjetivo de la misma, en vista de que destaca el deber que recae sobre un sujeto de satisfacer una determinada prestación y la responsabilidad patrimonial del mismo. Pero, en el proceso evolutivo del derecho mercantil, el concepto de obligación también se ha visto arrastrado, manifestándose perfiles propios. En el sentido de que el aspecto personal o subjetivo de la obligación, va siendo desplazada en favor de la objetivización o patrimonialidad de la misma. Por lo tanto, más que la persona del deudor, lo que interesa al acreedor es la seguridad de obtener la prestación, o sea que no se valora al deudor por lo que es, sino por lo que tiene.

3. Fuentes de las obligaciones

El código de comercio no contiene disposición alguna sobre las fuentes de las obligaciones mercantiles, por lo tanto debemos remitirnos al código civil. El art. 1831 establece que las obligaciones nacen de la ley o de un hecho obligatorio que

puede ser lícito o ilícito. Es hecho obligatorio lícito el contrato y cuasicontrato. Es hecho obligatorio ilícito, el delito y cuasidelito. Las obligaciones que nacen de ley se expresan en ella. Entonces, tenemos que la obligación nace de 5 fuentes. La doctrina moderna señala que las obligaciones nacidas de cuasi contratos y cuasidelitos son obligaciones *ex-lege*, por lo tanto señala 2 tipos de fuentes únicamente:

La autonomía privada o poder del individuo para construir sus propias relaciones Jurídicas obligacionales y la soberanía de los poderes públicos, como potestad heterónoma de crear relaciones de esta clase entre particulares. Afirmaba, que el código de comercio es un derecho de obligaciones, que se asienta sobre el concepto acto de comercio, o sea que estas obligaciones son de origen negocial, en cuanto son generadas por actos de comercio. Eso significa que el negocio jurídico mercantil constituye la principal fuente de las obligaciones mercantiles.

4. Perfección del contrato mercantil

Tanto en materia mercantil, como de derecho civil, el contrato se perfecciona y existe jurídicamente tan pronto como sobreviene el consentimiento de los contratantes, artos. 2535 y 2447 C. Pero sucede, que antes de manifestar el consentimiento, podría mediar un período más o menos largo, en el que tiene lugar los tratos preliminares tendientes a perfeccionar el contrato, en este período, al igual que todas las actividades mercantiles, debe primar la buena fe, cabe mencionar que esta fase previa no existe en todos los casos.

Los elementos que nos conducen a una contratación, se conocen también como los iter contratos y son dos, oferta y aceptación.

En relación a la oferta, se afirma que corresponde a una declaración de voluntad, encaminada a la perfección de un contrato y comprensiva de los elementos esenciales del mismo. O sea debe contener la cosa y el precio, constituir una proposición seria.

Sobre la aceptación, se dice que es, como la oferta, una declaración unilateral de voluntad. Debe cumplir como dos requisitos esenciales: dirigida al proponente del contrato y ceñirse a los términos de la oferta.

Determina el art. 83 CC que cuando la oferta sea verbal, se requiere que sea aceptada en el acto de ser conocida por la persona a quien se dirige.

En los contratos por correspondencia, se perfeccionan desde que se recibe la contestación aceptándola, incluso se puede aplicar dicha artículo a la contratación electrónica por vía fax, o por internet, art. 84 CC.

Cuando la aceptación no llega al proponente en el término fijado o en el ordinariamente necesario, no se perfecciona el contrato, art. 85 CC.

Si el proponente requiere de inmediato la ejecución del contrato, no exige de previo la aceptación, ni es necesaria conforme los usos comerciales. El contrato se considera perfeccionado desde que la otra parte empezó a ejecutarlo, art. 86 CC.

Asimismo, el que propone puede retirar la oferta mientras no ha sido aceptada, pero si se acepta la oferta antes de conocer que se había retirado la misma, el contrato será válido, art. 87 CC.

En los contratos unilaterales, las promesas son obligatorias al llegar al conocimiento de la parte a la cual son hechas, art. 88 CC.

Cuando la aceptación sea condicional, se considera una nueva propuesta, es decir una contraoferta, art. 90 CC.

Si el oferente se compromete a esperar la respuesta durante un tiempo o no disponer del objeto, al transcurrir el plazo y no recibir contestación, entonces puede disponer del bien, art. 89 CC.

Cuando intervenga corredor, el contrato se perfecciona cuando los contratantes hubieren aceptado la propuesta, art. 93 CC.

Sobre los actos en masa, el art. 92 CC establece que las ofertas indeterminadas, no son obligatorias para el que las hace; las ofertas a personas determinadas, establecen modificaciones considerando las existencias y variación del precio, al tiempo de la demanda. Aclaro que para efectos de las contrataciones de los consumidores, se aplica lo previsto en la Ley de Defensa de los Consumidores y no el presente artículo.

Para determinar el lugar de celebración del contrato, cuando las partes residen en distintos lugares se establece que será el de residencia del que aceptó la propuesta, art. 91 CC.

En cuanto al cumplimiento de la obligación el art. 95 CC señala la obligación que vence en día domingo o en otro día feriado, es pagadero al siguiente hábil.

Y sobre el uso de las medidas, si las partes se refieren a medidas desautorizadas por la ley, el art. 96 CC indica que serán usadas de forma obligatoria, las usadas en lugar donde debe cumplirse el contrato. Nos referimos a las de expresión comparativa de longitud, volumen, etc. Pero, es importante recordar que con la implementación del nuevo sistema de metrología, Ley de Metrología, es obligatorio el uso de un único sistema de medidas, primando sobre lo dispuesto en el art. 96.

Cuando se refiere a la moneda de pago, art. 97 CC, se aplica lo establecido en la Ley Monetaria, ese decreto plantea en el art. 1 que la unidad monetaria de la República es el Córdoba; el art. 3 plantea que los precios, impuestos, tasas, tarifas, honorarios, sueldos, salarios, contratos y obligaciones de cualquier clase o naturaleza que deben ser pagados, cobrados, o ejecutados en Nicaragua, se expresarán y liquidarán exclusivamente en córdobas. Toda cláusula calificativa o restrictiva, que imponga pagos en plata u oro metálico, monedas o divisas extranjeras o cualquier unidad monetaria o medio de pago que no sea el córdoba, será nula. No obstante, dicha nulidad no invalidará los actos o contratos definitivamente ejecutados o cumplidos, ni la

obligación, cuando esta pueda interpretarse en términos de la unidad monetaria nacional, caso en el cual se liquidarán las respectivas obligaciones en córdobas, efectuando la conversión sobre la base del tipo de cambio legal o precio correspondiente al momento de pago; se establece como excepción a lo planteado anteriormente, el art. 4, los depósitos en monedas extranjeras constituidos en las empresas bancarias y financieras, de conformidad con las normas que al efecto dicte el Consejo Directivo del Banco Central de Nicaragua; en todo contrato podrá establecerse una cláusula por la cual las obligaciones en Córdobas mantendrán su valor en relación con una moneda extranjera. En ese caso, si se produce una modificación en el tipo oficial de cambio del córdoba con relación a dicha moneda, el monto de la obligación expresada en Córdobas deberá ajustarse en la misma proporción a la modificación operada. En lo que respecta al crédito intermediario por las empresas autorizadas por la Superintendencia de Bancos y de Otras Instituciones Financieras, corresponderá al Consejo Directivo del Banco Central de Nicaragua reglamentar la aplicación de la presente disposición.

Una vez que efectúa el pago, el deudor tiene derecho a exigir un recibo y no está obligado a contentarse con la devolución del título de deuda, si no se inscribe la cancelación firmada por el acreedor, esto corresponde es una precaución que toma la ley a favor del deudor, art. 98 CC.

5. El finiquito

El código de comercio usa el término finiquito, como la liberación que da uno a otro de lo que fue su cargo. Al plantear, el finiquito de una cuenta hará presumir el de las anteriores, cuando el comerciante que lo ha dado arregla sus cuentas en períodos fijos, art. 99 CC. Cabanellas, define sobre finiquitar lo siguiente: Terminar una operación de dinero o bienes; saldar una cuenta; extender recibo o documento extintivo de una obligación. A pesar del otorgamiento de un finiquito, establece el art. 100 CC que el comerciante que paga una cuenta o da un finiquito, no pierde el derecho de solicitar la rectificación de

los errores, omisiones, partidas duplicadas u otros vicios cometidos en la cuenta o finiquitos referidos. Es necesario insistir que no se refiere a la revisión total de la cuenta, sino a determinadas partidas u omisiones objeto de discusión. A través del art. 101 se pretende que las partes se pongan de acuerdo al omitirse las cláusulas de absoluta necesidad, sujetándose a las que se practican en el lugar de ejecución.

La disposición del art. 102 pretende generar confianza y seguridad en las operaciones mercantiles al señalar que en las obligaciones mercantiles los codeudores serán solidarios.

6. Rendición de cuenta

Luis Ribó Durán en su diccionario de derecho, señala que la obligación de rendir cuentas aparece en todas las relaciones jurídicas en las que una persona administra negocios ajenos, sea cual fuera el título por el que lo hace y la representación que ostente.

Es decir, que en sentido amplio, debemos entender la rendición de cuenta como un deber legal de poner en conocimiento del negocio, los resultados y circunstancias de que el negocio se ha realizado. En cambio, las cuentas son las formas ordinarias en que se cumple con ese deber. Plantea el art. 104 CC que toda negociación es objeto de una cuenta. Toda cuenta debe ser conforme a los asientos de los libros de quien la rinde, y debe ser acompañada de los respectivos comprobantes. Al fin de cada negociación o en transacciones que se desarrollan a medida del tiempo, los comerciantes están obligados a la rendición de cuenta de la negociación concluida, art. 105 CC. Pero, cuando el comerciante contrata por cuenta ajena, tiene obligación de rendir cuenta de su gestión y comisión, art. 106 CC. Cuando hay diferentes partes involucradas en la administración, cada uno responde por la parte que tuvo en su administración, art. 107 CC.

La presentación de cuentas debe realizarse en el domicilio de la administración, art. 110 CC. Una vez que se rinde cuenta, salvo prueba en contrario o disposición especial, si se deja

transcurrir un mes desde que se recibe la cuenta, y no hay observaciones se presume que se reconoce la exactitud y veracidad de la misma, art. 109 CC.

7. La prueba de las obligaciones mercantiles

Sostienen diversos tratadistas, que referidas al contrato mercantil, forma y prueba son nociones distintas. La forma hace referencia al medio concreto o determinado con que debe exteriorizarse la voluntad contractual. La forma verbal no alcanza plena validez. La prueba, es un medio de demostrar la existencia del contrato, sólo es menester ocuparla cuando se cuestiona la realidad del mismo, no es necesaria para la validez, ni para la eficacia del negocio. Con esta delimitación conceptual pareciera que no deberían involucrarse forma y prueba, sin embargo, la involucración se produce porque las relaciones entre forma y prueba son estrechas. Tal y como lo plantea el código civil artos 2481, 2483 siempre que la ley exige la forma escrita, el contrato tiene que planearse en documento público o privado. Con lo que resulta que este instrumento une su condición legal de medio de prueba, la de ser una de las posibles modalidades que la forma puede revestir (artos. 2481, 2357 C). Por otro lado, cuando el código de comercio en el art. 111, inciso h, resta valor probatorio a la prueba testifical, de hecho se coacciona a los contratantes para rechazar o no asumir la forma verbal en la celebración del contrato. Esta vinculación entre forma y prueba puede servir para explicar la norma contenida en el art. 111, inciso i, donde supedita la libertad de forma del contrato mercantil a la circunstancia de que conste su existencia por alguno de los medios que el derecho civil tiene establecido.

8. Medios de prueba previstos en el código de comercio

El art. 111 CC, determina los medios de prueba de las obligaciones mercantiles.

Tenemos en primer lugar, por escritura pública; las escrituras privadas (artos. 496, 898, 376, 537, 815, CC) que guarden uniformidad con los libros de los comerciantes hacen fe, de su fecha respecto a terceros, art. 115 CC; las notas de corredores, se entregarán recíprocamente nota suscrita de cada una de las operaciones concertadas, en el mismo día convenido; las facturas aceptadas, el comprador tiene derecho de exigir al vendedor que entregue una factura, art. 362 CC; por correspondencia, ley señala que se llevará un registro de la correspondencia que se recibe y que se envía, artos. 28, 30, 39, 40 CC; por telegrama, en ese caso hace prueba como documento privado, cuando el original está firmado por el remitente o se comprueba que fue entregado en el telégrafo, art. 112 CC; la fecha del telegrama fija el día, hora en la cual fue expedido, art. 113 CC; los libros de las partes contratantes, para graduar la fuerza probatoria de los libros debe observarse lo establecido en el art. 114 CC; y sobre los testigos la prueba es admisible en negocios mercantiles, excepto cuando la cantidad no excede de 100 córdobas, o cuando la ley civil exija escritura pública, o el código de comercio requiera prueba por escrito. Con esto se evidencia la preocupación de nuestros legisladores hacia la prueba de testigos, modernamente la tendencia es proclive a la fijación de operaciones comerciales por escrito. Para concluir, destaco que el art. 117 CC señala que es obligatorio para el comerciante señalar el lugar, día, mes año de los actos y contratos; en los títulos valores la fecha y endoso se presume verdadera.

BIBLIOGRAFÍA

1. **CABANELLAS**, Guillermo; Diccionario de Derecho Usual.
2. **JIMÉNEZ SÁNCHEZ**, Guillermo; Derecho Mercantil; Edit. Ariel S.A.; Barcelona, 1990.
3. **RIBÓ DURÁN**, Luis; Diccionario de Derecho; Edit. Bosch; Barcelona, 1987.
4. **VICENT CHULÍA**, Francisco; Introducción al Derecho Mercantil; Tirant lo Blanch, Valencia, 1993.

Lección N°.12

ALGUNAS CONSIDERACIONES SOBRE CONTRATOS

1. Contrato de consumo

La clasificación tradicional de los contratos en mercantiles y civiles se encuentra sometida a revisión, en especial, cuando se desarrolla el derecho de los consumidores, en vista de que la LDC considera que son consumidores las personas naturales o jurídicas que adquieran, utilicen o disfruten como destinatario final, productos o servicios; esta disposición nos obliga a revisar el contenido del art. 1 CC el cual plantea en una de sus partes, los contratos entre comerciantes se presumen siempre actos de comercio, salvo prueba en contrario.

Lo anterior, implica que si uno de los empresarios es destinatario final de un bien o servicio, entonces sale de regulación del código de comercio esa contratación y pasa a ser regulada por la Ley de Defensa de los Consumidores, siempre y cuando no se determine con precisión en el contrato que corresponde a una actividad de carácter mercantil.

Pero, sucede que ahí no acaba todo, ya que en toda relación contractual de particulares con empresarios, también se aplicará la mencionada Ley, y no las disposiciones del código de comercio.

Resulta necesario, por tanto, que exista el dominio de las disposiciones mercantiles y del derecho de consumo, a fin de precisar cuál es la norma a ser aplicada en determinada operación contractual.

2. Contrato de comercio internacional

El comercio internacional es la base de la economía mundial, es decir, los países producen para exportar a diferentes mercados, el marco para determinar la calidad de los productos se basa en normativas internacionales; eso ha traído como consecuencia que en materia de derecho se trate de armonizar y/o uniformar las leyes. En esa actividad ha desempeñado un papel importante la Cámara de Comercio Internacional, UNCITRAL y el Instituto Internacional para la Unificación del Derecho Privado (UNIDROIT) al elaborar leyes modelos con el fin de evitar la posibilidad de conflictos en cuanto a los aspectos a ser regulados por la legislación de los diferentes Estados.

Destaco dentro de este esfuerzo para uniformar el derecho, entre otras, la Ley Modelo de Comercio Electrónico, Ley Modelo de Arbitraje Comercial, Ley Modelo sobre Transferencias Internacionales de Crédito de UNCITRAL; La Convención de Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercancías, Convención de Naciones Unidas sobre Letras de Cambio Internacionales y Pagarés Internacionales; La Convención Interamericana sobre Derecho Aplicable a los Contratos Internacionales; Los Principios sobre los Contratos Comerciales Internacionales de UNIDROIT; los INCOTERMS de la CCI;etc.

Lo anterior, implica que en materia de contratos internacionales y en arbitraje comercial internacional es fundamental conocer las convenciones aplicables e identificar las que han sido ratificadas por Nicaragua.

Siendo importante al momento de analizar un contrato internacional considerar los siguientes aspectos:

Determinar lo relacionado a capacidad y representación sea de una persona natural o jurídica, hay que identificar la ley que regirá la representación; sobre el fondo del contrato, es la parte sustancial y se refiere a los requisitos del cumplimiento, las consecuencias del incumplimiento, su extinción, debiendo señalar claramente cuál será el derecho nacional aplicable; en

cuanto a la forma de celebración del contrato, deben considerar las formas y solemnidades exigidas por la ley aplicable a su contenido. Es importante identificar si la ley extranjera resulta contraria al orden público nacional; asimismo revisar si la cláusula compromisoria está bien elaborada.

3. Comercio electrónico

Vittorio Frossini define el derecho de la informática como la normativa dirigida a reglamentar el uso y a reprimir el abuso del nuevo poder informático de posesión y comercio de la información.

Como cualquier contrato, la voluntad de las partes es la piedra angular; en cuanto a los elementos del contrato se considera el consentimiento, es decir la oferta y la aceptación, hasta ahí se expresa lo que hemos conocido en materia de contratos. Aunque, la diferencia surge cuando nos referimos a la seguridad e identificación en los contratos realizados por medio de las nuevas tecnologías.

En relación a seguridad, se hace uso modernamente de controles diversos, tales como: tarjetas magnéticas, códigos secretos, número de identificación personal (PIN), identificación por medio del iris y de los vasos capilares de la retina del ojo, decodificación de voz. Siendo importante asegurar que el conocedor de la clave la utilice correctamente, en ese caso el contrato se perfecciona y debe cumplirse; pero a fin de evitar errores o fraude, debe comprobarse el mensaje recibido.

Una vez celebrado el acuerdo previo, el contrato tiene una serie de fases: fase de generación o precontrato y la fase de perfeccionamiento, conclusión o pago. En ese caso, se hace uso normalmente de las transferencias electrónicas de fondo (TEF).

Se define a la TEF como todas las operaciones cuya función directa y cuyo efecto sea aquel de enviar riqueza o fondo de un patrimonio a otro, sin ningún movimiento real de dinero, ni de

escrito alguno en el sentido tradicional, sino por medio de instrucciones impartidas y cumplimentadas del mismo modo.

Siendo necesario asegurar no haya alteraciones a la declaración de voluntad, lo que obliga a determinar varios métodos de protección, como el doble tecleo, programas específicos de control, verificación del mensaje, utilización de testing, y otros. Las técnicas de autenticación reconocidas son: el código secreto o de ingreso, la criptografía, técnicas basadas en biometría.

Además, se hace uso de la firma electrónica, como medio seguro de identificar al signatario. Se define que la firma electrónica supone una serie de características añadidas al final de un documento, siendo elaborada por medio de conocimientos criptográficos, llevando un resumen codificado del mensaje y de la identidad del emisor y del receptor. Dicha figura ha dado origen al notario electrónico.

Para facilitar el comercio electrónico se establece el EDI (Electronic Data Interchange), el cual se define por Emilio del Peso, como el intercambio electrónico de datos estructurados, fundamentalmente de carácter mercantil, según un formato normalizado, entre sistemas informáticos sin necesidad de intervención humana. En toda contratación EDI están presentes elementos subjetivos y objetivos.

Son elementos subjetivos, los usuarios, que serán dos comerciantes; el intermediario o centro de compensación el cual puede realizar tareas de auditoría y estadística, servicio de notaría telemática, buzón electrónico, teniendo gran capacidad de comunicación y facilidad de acceso; insisto que la función de notaría telemática es la que garantiza la seguridad jurídica en el comercio.

Elementos objetivos son, un *hardware* a disposición del usuario, un *software* para adaptar los datos de los empresarios a la red, una red de transmisión, unos acuerdos de intercambio entre participantes, con reglas sobre la comunicación jurídicas y técnicas.

Creo necesario mencionar que en Centroamérica, El Salvador a través de la dirigencia empresarial es quien más ha avanzado al elaborar el anteproyecto de su ley estando pendiente de aprobación, Guatemala también ya tiene en el Congreso un anteproyecto, al igual que Honduras. En Argentina disponen de la Ley sobre firmas digitales; Chile la Ley de firmas digitales y documentos electrónicos; Brasil Ley de comercio electrónico, firmas digitales y documentos electrónicos; Colombia Ley de comercio electrónico; Perú ley que regula las firmas digitales; Ecuador Ley de comercio electrónico y firmas digitales; Venezuela ley de tecnologías de la información; Puerto Rico Digital Signatures Act.; España Real Decreto Ley sobre firma digital; en México optaron por reformar disposiciones del código de comercio, código Federal civil, código de procedimientos civiles, Ley Federal de protección al consumidor y no disponer de una sola normativa sobre comercio y firma electrónica.

4. Lex mercatoria

Se establece por David Morán Bovio, al analizar los principios de UNIDROIT para los Contratos de Comercio Internacional, que al mencionar la *lex mercatoria* se refiere a ese conjunto de usos, costumbres y prácticas de comercio internacional. Siempre y cuando no sean contrarias al orden público y deban probarse.

5. Contratos atípicos

Luis Ribó Durán, define que los contratos atípicos o innominados son los que, careciendo de una previsión específica en la ley que los regule individualizadamente, deberán sujetarse a las cláusulas contractuales que se pacten y, en todo caso, a las normas generales de contratación. Es tan válido un contrato típico como un atípico; el único problema que puede plantear el atípico, por este mismo carácter, radica en la ausencia de normas específicas que lo regulen.

6. Prescripción

Determina el código de comercio que los términos fijados para el ejercicio de las acciones precedentes de los contratos mercantiles, serán fatales, sin que contra ellos se dé restitución, art. 1150.

Prescribirán en tres años, todas las acciones mercantiles que no tienen plazos especiales señalados en este código, art. 1151 CC.

BIBLIOGRAFIA

1. **AYALA M.**, José Luis; Legislación para el Comercio Electrónico; Guatemala, 2001.
2. **CARRASCOSA LÓPEZ, V., POZO ARRANZ, María, RODRÍGUEZ de CASTRO, E.P.**; La Contratación Informática: El Nuevo Horizonte Contractual; Edit. Comares; Granada, 2000.
3. **FROSSINI, Vittorio**; Hacia un Derecho de la Información; Revista informática y de derecho; Mérida 1996.
4. **MEDINA LEMUS, Manuel**; Contratos de Comercio Exterior; Dykinson; Madrid, 1998
5. **MORÁN BOVIO, David**; Comentarios a los Principios de UNIDROIT para los Contratos de Comercio Internacional; Arandazi; Pamplona, 1998.
6. **RIBÓ DURÁN, Luis**; Diccionario de Derecho; Bosch; Barcelona, 1987.
7. **VICENT CHULÍA, Francisco**; Introducción al Derecho Mercantil; Tirant Lo Blanch; Valencia, 1993.
8. **VIVIANA SARRA, Andrea**; Comercio Electrónico y Derecho; Astrea; Buenos Aires, 2000.

CONTRATOS DE TRANSMISIÓN DE MERCADERÍAS Y BIENES INMATERIALES

1. Compra venta mercantil

1.1 CONCEPTO

El código de comercio establece en cuanto a la compraventa mercantil, art. 341: Serán mercantiles las compraventas a las que este código da tal carácter y todas las que se hagan de bienes muebles con el objeto directo y preferente de traficar, esto es, de revenderlos o alquilar su uso.

Siendo importante considerar lo que determina el código civil art. 2530: La compraventa es un contrato por el cual una de las partes transfiere a otra el dominio de cosas determinadas por un precio total.

Los artos. 450-452 CCA establecen lo siguiente: la compraventa mercantil es un contrato, por el cual una persona, sea o no propietaria o poseedora de la cosa objeto de la convención, se obliga a entregarla o a hacerla adquirir en propiedad a otra persona, que se obliga por su parte, a pagar un precio convenido y al comprar para venderla o alquilar su uso.

Se deduce por consiguiente, que la compraventa mercantil se refiere solamente a bienes muebles, es decir se excluye las compras de bienes inmuebles.

Hay que destacar que en algunas legislaciones se establecen excepciones. En el art. 1013 CCS, art. 452 CCA no considera mercantil las ventas realizadas por los agricultores o ganaderos de los frutos o productos de sus cosechas y ganados.

1.2 CLASIFICACIÓN

Tomando como base el art. 341 CC, y elementos doctrinarios podemos hacer referencia a la clasificación siguiente:

Compraventa atendiendo al fin: Señala el código de comercio: ... y todas las que se hagan de bienes muebles con el objeto de traficar. Esto es de revenderlos o alquilar su uso. Es decir, la mercantilidad será determinada por el ánimo de traficar. Entendiendo traficar como la actividad de comerciar, negociar con dinero y mercancías, comprando o vendiendo.

Compraventa atendiendo al sujeto: En este caso la mercantilidad será determinada de forma subjetiva, es decir atendiendo a la condición de sujeto comerciante. Los contratos entre comerciantes se presumen actos de comercio, art.1 CC.

Compraventa mercantil atendiendo al objeto: Ciertos bienes, considerados por ello como cosas mercantiles, son aquí los que transmiten tal carácter a las compras ventas que con ellos se realicen, en los cuales poco o nada contará el propósito de tráfico o de especulación comercial, ni la condición. Son cosas mercantiles, los buques, aeronaves, las empresas comerciales, las partes sociales, títulos valores en general, acciones de sociedades, el dinero que es objeto de remesas, patentes, marcas.

1.3 CÓMO OPERA LA COMPRAVENTA

En cuanto al objeto, si la venta se realiza sobre muestras o determinando calidad conocida, el comprador no podrá rehusar la recepción de la mercadería, si se niega, se designarán peritos arbitradores para que se pronuncien si los géneros son o no de recibo, art. 343 CC. Cuando la venta se efectúa sobre cosa que se tiene a la vista y es designada en el contrato solamente por su especie, no deberá entenderse que el comprador se reserva la facultad de probarla, art. 344 CC. Si en el contrato se determina de forma simultánea la especie y calidad de la cosa vendida a la vista, se entenderá que la compra se hizo bajo la condición de que la cosa sea de la especie y calidad pactada, art. 345 CC. Si la cosa vendida es de las que se acostumbra

adquirir al gusto, en ese caso se presumirá la reserva de la prueba, implicando la prueba que se cumpla la condición de que la cosa sea sana y de regular calidad, de lo contrario no se acepta la cosa, art. 346 CC. Cuando la compra se realiza por medio de orden, es decir no se tuvo a la vista, y se determina especie y calidad, si no cumple con esos requisitos se podrá resolver el contrato. Pero, si solo se indica la especie, y el vendedor se obliga a remitirla, faculta al comprador para resolver él mismo si la cosa no es sana y de regular calidad; art. 347 CC. Si la cosa se vende durante su transporte (mar, tierra, ríos), el comprador podrá disolver el contrato, si la cosa no es de recibo o de la especie o calidad convenida, esa facultad estriba en el hecho que la cosa no se tuvo a la vista, no se examinó o probó, art. 348 CC.

En relación a la entrega de la cosa, la compra efectuada por orden, bajo la condición de que la misma llegue a su destino, implica que la misma llegará a su destino, siendo necesario por tanto, precisar cuál es el lugar de destino, art. 349 CC. La cosa debe entregarse dentro de las 24 horas siguientes al contrato, salvo que se hubiere estipulado plazo de entrega, art. 352 CC. En el acto de entrega el vendedor podrá exigir la verificación de la calidad y cantidad de la mercancía que entrega, si no hace uso de ese derecho, se entiende que renuncia a reclamo posterior, art. 353 CC. Cuando se realiza el envío de las mercaderías al domicilio del comprador o al lugar convenido, implica la transmisión efectiva de ellas; pero se entiende que el envío no implica entrega, cuando se realiza sin ánimo de transferir la propiedad, art. 354 CC. Si se perfecciona la venta y el vendedor consume, altera o enajena la mercadería, se obliga a entregar otra de la misma especie, calidad y cantidad, art. 356 CC. Se entenderá verificada la entrega de cosa vendida, cuando se realiza la transmisión de la carta de porte, o facturas sobre mercaderías que se transportan por mar o tierra; en los casos que el comprador marca sus mercancías por cualquier medio autorizado por la costumbre, art. 355 CC.

Sobre el pago, salvo pacto en contrario, el pago se realizará de contado, entiéndase de inmediato, es decir pago efectuado por

medio de cheque, tarjeta de crédito, medios electrónicos. El cual se realizará en el lugar y al tiempo indicado, art. 360 CC. Cuando se entregue mercaderías en carácter de arras, es decir como garantía, se reputan dadas a cuenta del precio y cantidades pactadas, art. 361 CC. El comprador, una vez que realiza el pago total o parcial, tiene derecho a exigir la entrega de facturas, art. 362 CC. Al realizarse la compra de mercaderías por el precio que otra ofrezca, obliga a efectuar el requerimiento por parte del vendedor; si no se realiza el requerimiento al comprador el contrato queda sin efecto, art. 350 CC. Si hubiere incumplimiento del pago y el vendedor dispone de la mercadería, podrá hacer uso de la retención hasta el pago, art. 351 CC.

En cuanto al reclamo, los vicios o defectos, así como diferencias en la especie y calidad, si no media pacto en contrario, será determinado por peritos arbitradores, art. 363 CC. La protesta o reclamo sobre la cantidad de las mercaderías se realizará por medio de notario o autoridad local y dos testigos, art. 359 CC. El plazo para la presentación de reclamos por faltas de calidad y cantidad se presenta por escrito, dentro de 5 días de recibir la misma. Los reclamos por vicios internos se presentarán dentro de los 30 días de su recibo, art. 357 CC. En el caso de vicios ocultos, se estará inicialmente a lo pactado sobre las garantías respectivas.

En Nicaragua se expresan modalidades de la compraventa mercantil, tal y como sucede en la compraventa bursátil (mercado de capitales) y la compraventa en la bolsa o subasta agropecuaria (bienes agropecuarios).

La actividad bursátil se encuentra regulada por el Reglamento General sobre Bolsa de Valores Decreto No. 33-93. La actividad de compraventa no es efectuada directamente por los interesados, sino que se recurre a los puestos de bolsa para que intermedien la compra y la venta de títulos valores. La actividad se realiza en el salón de remate o corro, en donde agentes de bolsa negociarán la mejor opción para su cliente. El Reglamento Interno de la Bolsa de Valores de Nicaragua SA señala que previo a la celebración de la sesión, los puestos de bolsa

enviarán a la bolsa las ofertas en firme de venta de los títulos valores; la bolsa los procesa y comunica las ofertas a los puestos de bolsa. Cada operación es sometida a remate, es decir se asigna el título a quien presente la mejor oferta “puja”. Una vez cerrada la operación, el director de remates pronuncia las palabras operación cerrada, posteriormente los agentes de bolsa proceden a firmar el contrato de operación, recibiendo cada uno de ellos comprobante de la operación.

Las operaciones bursátiles, según la modalidad de cumplimiento de las obligaciones recíprocas, podrá ser:

A plazo: Consiste en que la entrega del dinero o de los títulos valores deba consumarse un tiempo después de contratadas. El plazo no será mayor que el establecido por la bolsa.

Opcionales de compra o venta: El comprador, o el vendedor, según el caso, pueda cumplir o abandonar la operación dentro del plazo pactado, las operaciones opcionales serán siempre con prima.

De contado ordinarias: Son aquellas que deban liquidarse a más tardar el día hábil bursátil siguiente a su celebración.

De contado hoy: Se liquidan el mismo día de su celebración.

A futuro: es un contrato estandarizado, para comprar o vender a precio y fecha futura establecida.

1.4 INCOTERMS

En el mes de junio de 1999, la Comisión de Prácticas Bancarias de la Cámara de Comercio Internacional aprobó la versión definitiva de los nuevos INCOTERMS 2000 y el Consejo Mundial de la Cámara de Comercio Internacional ratificó la decisión. Iniciada en 1922 la primera actualización de términos comerciales, puede afirmarse que su interpretación es mundialmente conocida y utilizada. Desde la aparición en 1936 de la primera versión de incoterms, la CCI ha actualizado regularmente estas normas contractuales. En 1990 los términos se agruparon en cuatro categorías básicamente diferentes para

facilitar su comprensión, empezando, en primer lugar con el término por el que el vendedor se limita a poner las mercancías a disposición del comprador en sus propios locales (el término E; EXW); seguido del segundo grupo de términos según los cuales al vendedor se le encarga que entregue las mercancías a un transportista designado por el comprador (términos F; FCA, FAS y FOB); continuando con los términos C, según los cuales el vendedor ha de contratar el transporte, pero sin asumir riesgo de pérdida o daño de las mercancías ni los costes adicionales debidos a hechos acaecidos después de la carga y despacho (CFR, CIF, CIP, CPT) y finalmente los términos D, según los cuales el vendedor ha de soportar todos los gastos y riesgos necesarios para llevar las mercancías al lugar de destino.

1.4.1 Clasificación:

Grupo E Salida

EXW En fábrica (...lugar designado)

Grupo F Transporte principal no pagado

FCA Franco transportista (...lugar designado)

FAS Franco al costado del buque (...puerto de carga convenido)

FOB Franco a bordo (...puerto de carga convenido)

Grupo C Transporte principal pagado

CFR Coste y flete (...puerto de destino convenido)

CIF Coste, seguro y flete (...puerto de destino convenido)

CPT Transporte pagado hasta (...lugar de destino convenido)

CIP Transporte y seguro pagado hasta (...lugar de destino convenido)

Grupo D Llegada

- DAF Entregada en frontera (...lugar convenido)
- DES Entregada sobre buque (...destino sobre buque)
- DEQ Entregada en muelle (...puerto de destino convenido)
- DDU Entregada derechos no pagados (... lugar de destino convenido)
- DDP Entregada derechos pagados (...lugar de destino convenido)

1.4.2 *Modo de transporte:*

A. Cualquier modo de transporte

Grupo E

- EXW En fábrica (...lugar convenido)

Grupo F

- FCA Franco transportista (...lugar convenido)

Grupo C

- CPT Transporte pagado hasta (...lugar de destino convenido)
- CIP Transporte y seguro pagados hasta (... lugar de destino convenido)

Grupo D

- DAF Entregada en frontera (...lugar convenido)
- DDU Entregada derechos no pagados (... lugar de destino convenido)
- DDP Entregada derechos pagados (...lugar de destino convenido)

B. Transporte por mar y vías navegables interiores exclusivamente

Grupo F

- FAS Franco al costado del buque (...puerto de carga convenido)
- FOB Franco a bordo (...puerto de carga convenido)

Grupo C

- CFR Coste y flete (...puerto de destino convenido)
- CIF Coste, seguro y flete (...puerto de destino convenido)

Grupo D

- DES Entrega sobre buque (...destino sobre buque)
- DEQ Entrega en muelle (...puerto de destino convenido)

1.4.3 Resumen sobre reglas de interpretación

EXW: En fábrica (...lugar designado)

Significa que el vendedor realiza la entrega de la mercancía cuando la pone a disposición del comprador en el establecimiento del vendedor o en otro lugar convenido (taller, fábrica, almacén, etc.) sin despacharla para la exportación ni cargarla en un vehículo receptor.

FCA: Franco Transportista (...lugar convenido)

Significa que el vendedor entrega la mercancía, despachada para la exportación, al transportista nombrado por el comprador en el lugar convenido. Este término puede emplearse con cualquier modo de transporte, incluyendo el transporte multimodal.

FAS: Franco al Costado del Buque (puerto de carga convenido)

Significa que el vendedor realiza la entrega cuando la mercancía es colocada al costado del buque en el puerto de embarque convenido. Esto quiere decir que el comprador ha de soportar todos los costes y riesgos de pérdida o daño de la mercancía desde aquel momento. El término FAS exige al vendedor despachar la mercancía en aduana para la exportación.

FOB: Franco a Bordo (...puerto de carga convenido)

Significa que el vendedor realiza la entrega cuando la mercancía sobrepasa la borda del buque en el puerto de embarque convenido. Esto quiere decir que el comprador debe soportar todos los costes y riesgos de pérdida o daño de la mercancía desde aquel punto. El término FOB exige al vendedor despachar la mercancía en aduana para la exportación. Este término puede ser utilizado sólo para el transporte por mar o vías navegables interiores.

CFR: Costo y Flete (...puerto de destino convenido)

Significa que el vendedor realiza la entrega cuando la mercancía sobrepasa la borda del buque en el puerto de embarque. El vendedor debe pagar los costes y el flete necesarios para llevar la mercancía al puerto de destino convenido. Pero el riesgo de pérdida o daño de la mercancía, así como cualquier coste adicional debido a sucesos ocurridos después del momento de la entrega, se transmiten del vendedor al comprador. Se exige al vendedor el despacho aduanero de la mercancía para la exportación. Este término puede ser utilizado sólo para el transporte por mar o vías navegables interiores.

CIF: Coste, Seguro y Flete (...puerto de destino convenido)

Significa que el vendedor realiza la entrega cuando la mercancía sobrepasa la borda del buque en el puerto de embarque convenido. El vendedor debe pagar los costes y el flete necesario para llevar la mercancía al puerto de destino convenido. Pero el riesgo de pérdida o daño de la mercancía, así como

cualquier coste adicional debido a sucesos ocurridos después del momento de la entrega, se transmiten del vendedor al comprador. El vendedor contrata el seguro y paga la prima correspondiente. El comprador ha de observar que, bajo el término CIF, el vendedor está obligado a conseguir un seguro sólo con cobertura mínima. Si el comprador desea mayor cobertura, necesitará acordarlo expresamente con el vendedor o bien concertar su propio seguro adicional. El término CIF exige al vendedor despachar la mercancía para la exportación. Este término puede ser utilizado sólo para el transporte por mar o por vías navegables interiores.

CPT: Transporte Pagado Hasta (...lugar de destino convenido)

Significa que el vendedor realiza la entrega de la mercancía cuando la pone a disposición del transportista designado por él, pero además, que debe pagar los costes del transporte necesario para llevar la mercancía al destino convenido. Esto significa que el comprador asume todos los riesgos y cualquier otro coste contraídos después de que la mercancía haya sido así entregada. Si se utilizan transportistas sucesivos para el transporte al destino convenido, el riesgo se transmite cuando la mercancía se ha entregado al primer porteador. Se exige que el vendedor despache la mercancía de aduana para la exportación. Este término puede emplearse con independencia del modo de transporte, incluyendo el multimodal

CIP: Transporte y Seguro Pagados Hasta (...lugar de destino convenido)

Significa que el vendedor realiza la entrega de la mercancía cuando la pone a disposición del transportista designado por él mismo pero, debe pagar, además, los costes del transporte necesario para llevar la mercancía al destino convenido. Esto significa que el comprador asume los riesgos y cualquier otro coste adicional que se produzca después de que la mercancía haya sido entregada. No obstante, bajo el término CIP el vendedor también debe conseguir un seguro contra riesgo que soporta el comprador por la pérdida o daño de la mercancía durante el

transporte. El vendedor contrata el seguro y paga la prima. Implica que el vendedor despache la mercancía de aduana para la exportación. Puede emplearse con independencia del modo de transporte, incluyendo el transporte multimodal.

DAF: Entregada en Frontera (...lugar convenido)

Significa que el vendedor realiza la entrega cuando la mercancía es puesta a disposición del comprador sobre los medios de transporte utilizados y no descargados, en el punto y lugar de la frontera convenidos. Pero antes de la aduana fronteriza del país colindante, debiendo estar la mercancía despachada de exportación pero no de importación. El término frontera puede usarse para cualquier frontera, incluida la del país de exportación. Este término puede emplearse con independencia del modo de transporte cuando las mercancías deban entregarse en una frontera terrestre. Cuando la entrega debe tener lugar en el puerto de destino, a bordo de un buque o un muelle (desembarcadero), deben usarse los medios DES o DEQ.

DES: Entregada sobre Buque (...puerto de destino convenido)

Significa que el vendedor realiza la entrega cuando la mercancía es puesta a disposición del comprador a bordo del buque, no despachada de aduana para la importación, en el puerto de destino convenido. El vendedor debe soportar todos los costes y riesgos inherentes al llevar la mercancía al puerto de destino acordado con anterioridad a la descarga. Si las partes desean que el vendedor asuma los costes y riesgos de descargar la mercancía, debe usarse el término DEQ. El término DES puede usarse únicamente cuando la mercancía deba entregarse a bordo de un buque en el puerto de destino, después de un transporte por mar, por vía de navegación interior o por un transporte multimodal.

DEQ: Entregada en Muelle (...puerto de destino convenido)

Significa que el vendedor realiza la entrega cuando la mercancía es puesta a disposición del comprador, sin despachar de aduana para la importación, en el muelle (desembarcadero)

del puerto de destino convenido. El vendedor debe asumir los costes y riesgos ocasionados al llevar la mercancía al puerto de destino convenido y al descargar la mercancía sobre el muelle (desembarcadero). Se exige del comprador el despacho aduanero de la mercancía para la importación y el pago de todos los trámites, derechos, impuestos y demás cargas exigibles a la importación. Este término puede usarse únicamente cuando la mercancía sea entregada, después de su transporte por mar, por vías de navegación interior o por transporte multimodal y descargada del buque sobre muelle (desembarcadero) en el puerto de destino convenido. Sin embargo, si las partes desean incluir en las obligaciones del vendedor los riesgos y costes de la manipulación de la mercancía desde el muelle a otro lugar (almacén, terminal, estación de transporte, etc.) dentro o fuera del puerto, deberían usar los términos DDU o DDP.

DDU: Entregada Derechos no Pagados (...lugar de destino convenido)

Significa que el vendedor realiza la entrega de mercancía al comprador, no despachada de aduana para la importación y no descargada de los medios de transporte, a su llegada al lugar de destino convenido. El vendedor debe asumir todos los costes y riesgos contraídos al llevar la mercancía hasta aquel lugar, diversos de, cuando sea pertinente, cualquier derecho exigible a la importación en el país de destino. Ese derecho recaerá sobre el comprador, así como cualquier otro coste y riesgo causados por no despachar oportunamente la mercancía para la importación. Este término puede emplearse con independencia del modo de transporte, pero cuando la entrega debe tener lugar en el puerto de destino a bordo del buque o sobre muelle (desembarcadero), deben entonces usarse los términos DES o DEQ.

DDP: Entregada Derechos Pagados (...lugar de destino convenido)

Significa que el vendedor realiza la entrega de la mercancía al comprador, despachada para la importación y no descargada de los medios de transporte, a su llegada al lugar de destino convenido. El vendedor debe soportar los costes y riesgos con-

traídos al llevar la mercancía hasta aquel lugar, incluyendo, cuando sea pertinente, cualquier derecho exigibles a la importación en el país de destino. Mientras el término EXW representa la menor obligación para el vendedor, DDP representa la obligación máxima. No puede usarse el término si el vendedor no puede, ni directa ni indirectamente, obtener la licencia de importación. Si las partes desean que el comprador asuma todos los riesgos y costes de la importación, debe usarse el término DDU. Este término puede emplearse con independencia del modo de transporte, pero cuando la entrega deba tener lugar en el puerto de destino a bordo del buque o sobre muelle (desembarcadero) deben usarse los términos DES o DEQ.

2. Suministro

Se trata de un contrato que se realiza para cumplir las necesidades del consumidor, sin que se agote en un solo acto, sino que su eficacia dura en el tiempo. Donde, una de las partes se obliga frente a otra a cumplir prestaciones periódicas y continuas por el pago de un precio determinado. Es considerado como un contrato de empresas, al menos en nuestro país al referirse al servicio de energía eléctrica, teléfonos, acueductos y alcantarillados, telefonía celular, TV por cable, internet, beeper.

Dicho contrato, se caracteriza porque una de las partes, denominada proveedor, asume la obligación mediante un precio unitario de entregar periódicamente a otra denominado suministrado, cosas en cantidad tiempo y formas establecidos en el contrato. El proveedor no se obliga a transmitir la propiedad de una cosa, sino más bien a suministrar, a entregar ésta.

Se trata de un contrato de tracto sucesivo, en donde el tiempo es a veces indeterminado. El suministro podrá prestarse sobre toda clase de bienes muebles tangibles, incluidos los fluidos. En cuanto a las cláusulas del contrato, se determina por las partes la calidad del suministro, aunque es el Órgano regulador del Gobierno el que determinará y controlará la calidad del mismo; se puede estipular la cantidad a suministrarse o bien

señalar el máximo o mínimo, cuando no se determina la cantidad, se entiende que el suministro corresponde a una necesidad normal de un hogar.

Sobre el precio, éste se fija en el contrato, en otras modalidades se determina considerando el precio que rija en el mercado a la entrega. El precio se configura considerando las cantidades suministradas o por un plazo fijo.

Cuando se establece la cláusula de exclusividad a favor del suministrado, el suministrante no podrá realizar en la zona que corresponde la exclusiva y por duración del contrato prestaciones de las que constituyen el objeto del mismo. Si la cláusula de exclusividad se establece a favor del suministrante, la otra parte no podrá obtener prestaciones iguales de terceros, ni proveer con medios propios, a la producción de las cosas objeto del contrato. También se establece la cláusula que determina que si el suministrado incumple alguna de las obligaciones, el suministrante no podrá suspender la ejecución del contrato sin el aviso previo.

Se encuentran disposiciones sobre dicho contrato en los artos. 707-712 CCG, artos. 793-803 CCH, artos. 1055-1065 CCS.

3. Estimatorio

Se conoce, también como contrato de consignación, es considerado como una operación de intermediación, consiste en que una parte entrega a la otra una o varias cosas muebles para que le pague un precio o bien le devuelva las cosas dentro de un plazo. Dicho contrato se celebra entre un comerciante y un tercero que es el propietario de la cosa a vender. Tiene por objeto bienes muebles, se considera propio de comerciantes detallistas, traficantes de vehículos automotrices, piezas artísticas, joyas, libros usados, muebles antiguos, armas de colección y coleccionistas de curiosidades.

Se rige por las siguientes reglas: El consignatario no quedará liberado de la obligación de pagar el precio de lo recibido,

porque sea imposible su total restitución aún por causas que no le sean imputables; el consignatario podrá disponer válidamente de las cosas, pero éstas no podrán ser embargadas por los acreedores de aquél mientras no haya sido pagado el precio y el consignatario pierde su derecho de disposición sobre las cosas en tanto que no le sean restituidas. Está regulado en el CCG art. 713, CCH art. 826, CCS art. 1051.

4. Distribución

El contrato de distribución o concesión comercial, es considerado como de colaboración entre empresarios para la distribución de productos o servicios bajo una marca de prestigio. Corresponde a un contrato de naturaleza mixta, por medio del cual un empresario denominado concesionario adquiere el derecho a revender en una zona determinada productos de una marca determinada que le suministra otro empresario denominado concedente, actuando el concesionario en nombre y por cuenta propia, pero conforme a las condiciones fijadas por el concedente y bajo la supervisión del mismo.

Es usual en estos contratos la cláusula de exclusiva, así como la imposición del concesionario de determinadas obligaciones relativas al volumen mínimo de comercialización, servicios de postventa, etc. El concesionario adquiere la mercancía vendida por el concedente y la revende; asume todos los gastos y riesgos de la operación, lucrándose con la diferencia entre el precio de suministro y el de reventa. El contrato de Franquicia o *franchising* es una modalidad de concesión comercial de origen norteamericano.

5. Franquicia

El código deontológico de la franquicia europea considera a la franquicia como: Un método de colaboración contractual entre dos partes jurídicamente independientes e iguales: de una parte, una empresa franquiciadora, implica 1. La propiedad

de una razón social, de un nombre comercial, un emblema o símbolo, a veces, una marca de fábrica, de distribución o de servicio, así como una técnica, sistema o procedimiento, puesto a disposición del franquiciado: 2. El control de una serie de productos o servicios, presentados de forma original y específica, y que deben ser, obligatoriamente, adaptados y utilizados por el franquiciado, sistema dependiente de un sistema de técnicas comerciales específicas, que han sido experimentadas con antelación y que son continuamente desarrolladas y verificadas en lo que concierne a su valor y eficacia.

El objetivo principal al establecer el contrato de franquicia, consiste en que se beneficien el franquiciado y el franquiciador debido a la combinación de los recursos humanos y financieros, sin afectar la independencia de las partes. Dicho contrato implica un pago realizado al franquiciador por el franquiciado por los servicios que ofrece al aportar nombre, sistema y procedimientos; es un contrato de licencia donde las partes asumen obligaciones, el cual descansa en la confianza mutua. Los acuerdos de franquicia son licencias de derechos de propiedad intelectual relativos a marcas comerciales, signos distintivos o *know how* que pueden combinarse con obligaciones de suministro o compra.

Se distinguen varios tipos de franquicias de acuerdo con su objeto:

La franquicia industrial se refiere a la fabricación de productos; la franquicia de distribución se refiere a la venta de productos y franquicia de servicios se refiere a la prestación de servicios.

Con el fin de evitar el suministro de información falsa, se han establecido disposiciones regulatorias acerca de la información que se suministra al potencial franquiciado. Estas se refieren a que la publicidad de selección sea honesta y sincera, no contendrá ambigüedades, no será engañosa, será conforme la forma y fondo de las leyes vigentes. La publicidad de reclutamiento que contenga alusiones, directas o indirectas, a resultados, cifras y datos referentes a ingresos o beneficios que puedan afectar a las empresas franquiciadas, será

objetiva, completa y verificable, especialmente en lo referente a la zona geográfica y al período de tiempo a que se refiera. La información sobre aspectos financieros será detallada en todas sus partes, indicando claramente la suma total de inversión necesaria.

El franquiciador seleccionará y aceptará solamente a candidatos franquiciados que posean las cualificaciones exigidas; se excluye cualquier discriminación por razón política, religiosa, sexo o racial.

Posterior al proceso de negociación y si hay disposición para llegar a un acuerdo, es necesario que el mismo se adopte de forma escrita, definirá los derechos y obligaciones de las partes, debiendo asegurar una buena gestión de los negocios. El contrato reflejará, entre otras cosas, las modalidades y condiciones de pago de la cuota de entrada y de pago producto de las ventas (*royalty*); la duración del contrato, la base de renovación, momento y duración del preaviso; delimitación del territorio, a si como posibles derechos vecinos; una base para el reparto de los bienes afectados por el contrato, si éste finaliza, disposiciones sobre libertad o exclusividad de aprovisionamiento; condiciones de pago; los servicios suministrados por el franquiciado, ayuda en el mercadeo, asesoramiento en la gestión administrativa-comercio; obligación del franquiciado de suministrar cuentas y datos de explotación, aceptar procedimientos de inspección.

6. Licencia de patente

La Ley de patentes de invención, modelo de utilidad y diseños industriales regula lo relacionado a las licencias contractuales, la cual se otorgará por el titular de la patente para la explotación de la invención. La licencia se otorgará por escrito y para que tenga efectos ante terceros deberá inscribirse en el Registro de la Propiedad Intelectual. El alcance de la licencia será a todos los actos de explotación de la invención, durante la vigen-

cia de la patente, en todo el territorio nacional; en donde el licenciatario no podrá transferirla, ni otorgar sub licencias.

La licencia no será exclusiva, pero si se otorgara de forma exclusiva, no faculta al licenciante para otorgar otras licencias en el país, ni podrá explotar la patente por si mismo. Se regula que son nulas aquellas cláusulas que tengan como propósito o el efecto de restringir indebidamente la competencia.

7. Trasmisión del Derecho del obtentor

Establece la Ley de protección para las obtenciones vegetales, que los derechos que se confieren al obtentor, habilitan a celebrar todos los negocios jurídicos, la transmisión podrá ser total o parcial, mediante título ante notario público, y para que surta efecto la transmisión deberá inscribirse en el Registro de la Propiedad Intelectual.

8. Transmisión y licencia de los esquemas de trazado de circuitos integrados

La Ley de protección a los esquemas de trazados de circuitos integrados determina que el titular de un registro de esquema de trazado podrá conceder licencia para la explotación del esquema de trazado, el cual surtirá efectos ante terceros al presentarse en el Registro de la Propiedad Intelectual.

También opera la transmisión por acto entre vivos o por vía sucesoria, por medio de escritura pública, debiendo inscribirse en el Registro respectivo.

9. Transferencia y licencia de marca

Señala la Ley de marcas y otros signos distintivos que el derecho sobre una marca puede transferirse por acto entre vivos o por vía sucesoria, debe cumplir con la formalidad de ser escrita,

debiendo inscribirse en el Registro de la Propiedad Intelectual. El derecho de una marca podrá transferirse independientemente de la empresa o de la parte de la empresa del titular del derecho, y con respecto a uno, algunos o todos los productos o servicios para los cuales está inscrita la marca.

El titular del derecho sobre una marca podrá conceder por escrito a un tercero licencia para usar la marca. La licencia de uso tendrá efectos legales frente a tercero desde la fecha en que se solicite su inscripción. El licenciatarario tendrá derecho a usar la marca durante la vigencia del registro en todo el territorio nacional; no podrá ceder licencia, ni sub licencias; si la licencia es exclusiva, el licenciante no podrá otorgar otras licencias en el territorio, la misma marca y los mismos productos o servicios, ni podrá usar la marca en ese territorio respecto a esos productos o servicios.

10. Edición

Se define a dicho contrato por la Ley de Derecho de Autor y Derechos Conexos como el celebrado entre el autor y el editor, en virtud del cual los primeros, conceden al editor los derechos de reproducción y distribución de la obra, el editor se obliga a realizar estas operaciones por su cuenta y riesgo, en las condiciones pactadas y con sujeción a la ley.

El contrato será por escrito y expresará si los derechos se conceden en exclusiva, ámbito territorial, número de ejemplares de cada edición, forma de distribución, copias reservadas al autor y destinadas para promoción, el plazo para que el autor entregue el original de la obra, plazo para poner en circulación los ejemplares que corresponden a la edición; el idioma cuando se trate de libro; si el contrato no se formaliza por escrito y no refleja al menos el número de ejemplares de la edición y la remuneración del autor será nulo. El editor se obliga a someter a revisión las pruebas al autor, reproducir la obra en forma convenida, poner en circulación los ejemplares, asegurar la difusión comercial de la obra, satisfacer la remuneración al autor, restituir la obra del original; El autor se obliga a entregar

al editor los originales de la obra, garantizar al editor la autoría de la obra, corregir las pruebas de la tirada. En el contrato de edición de obras musicales, dramático-musicales y coreográficas que incorporen composiciones de esta clase, por virtud del cual se cedan al editor, además de los derechos de reproducción y distribución, los de comunicación pública, será válido el contrato que exprese el número estimado de ejemplares, para las obra dramático musicales el plazo para poner en circulación la obra será de cinco años.

11. Representación

Se entiende como contrato de representación, aquel en virtud del cual el autor autoriza a un empresario el derecho de representación pública de una obra dramática, dramático musical, coreográfica o pantomímica mediante remuneración, donde el empresario se obliga a llevar a efecto la representación en las condiciones convenidas. El plazo para que se de la representación de la obra no excederá de dos años. El autor se obliga a entregar el texto de la obra, con la partitura, completamente instrumentada, responderá de la autoría de obra y del ejercicio pacífico del derecho que la cede. El empresario se obliga a llevar a cabo la representación pública de la obra, no efectuar variaciones de la obra, facilitar al autor la inspección de la representación, satisfacer la remuneración del autor, presentar el programa exacto de los actos. En el contrato de representación, será a cargo del empresario la obtención de las copias necesarias, el empresario y el autor elegirán de mutuo acuerdo a los intérpretes principales, la redacción de la publicidad será convenida entre ambos.

14. Producción audiovisual

Se entiende como contrato de producción audiovisual aquel en virtud del cual los autores de una obra de ese género se obligan frente al productor a aportar a la creación de la obra sus respectivas contribuciones intelectuales mediante la cesión

de los derechos de explotación que se estipulen. Los derechos cedidos en el contrato de producción caducarán, si la obra audiovisual no se inicia en el plazo de dos años o en el estipulado por las partes. Los autores podrán disponer de sus aportaciones a la obra audiovisual para utilizarlas en forma aislada, siempre que no se perjudique la normal explotación de la obra, pero podrán disponer de la totalidad de aportaciones una vez transcurrido el plazo de quince años de haberla puesto a disposición del productor. El autor responde la originalidad de la aportación de la obra y del ejercicio por parte del productor de los derechos cedidos, al mismo corresponde el derecho de remuneración. La obra audiovisual se considera terminada cuando haya sido establecida su versión definitiva de acuerdo a lo pactado entre el productor y los autores y entre el productor y el director realizador.

15. *Know How*

Es un contrato que se comenzó a desarrollar en los Estados Unidos de América después de la segunda guerra mundial, surge como una necesidad ante la imposibilidad de contar con la adecuada protección del antiguo derecho de patente.

Se diferencia el contrato *Know How* de la licencia de patente, en que toda innovación técnica patentada está protegida en virtud de ese acto jurídico, no siendo un secreto de la empresa que lo efectúa debido al carácter público del Registro de Propiedad Intelectual, en cambio con el *know how* el secreto de la nueva técnica o de la invención es fundamental y en muchas ocasiones no se llega a patentar. Conviene aclarar que el contrato de asistencia técnica y el de *know how* no son similares, debido al carácter secreto del *know how*, no existente en la asistencia técnica.

Se define como un negocio jurídico celebrado entre personas naturales o jurídicas, en virtud del cual una de ellas (licenciante), titular de un *know how* (el *know how* licenciado), autoriza a su contraparte (licenciatarario o receptor) a explotarlo

durante un tiempo determinado y, con este fin, se obliga a ponerlo en su efectivo conocimiento; y en virtud del cual el licenciatario o receptor se obliga, por su lado, a satisfacer un precio cierto en dinero o en especie, fijado normalmente en forma de suma de dinero o servicios realizados con empleo de *know how* licenciado.

Ante la ausencia de legislación y la complejidad de un contrato de esa naturaleza, los tratadistas afirman que estos contratos deben ser meditados y extendidos por técnicos, en vista del cúmulo de dificultades y del carácter secreto de los conocimientos tecnológicos que se transmiten. Recomiendan realizar conversaciones preliminares reservadas y posteriormente puntualizar aquellos aspectos que permitirán redactar el contrato. Estos aspectos son entre otros:

- a. Las partes expresarán su voluntad de forma clara, sin ambigüedades.
- b. Alcanzar un equilibrio en cuanto a las contraprestaciones de las partes.
- c. Describir con amplitud el objeto del contrato.
- d. Determinar el ámbito territorial de explotación del *know how*.
- e. Tiempo de duración y posibilidad de prórrogas.
- f. Las operaciones que el adquirente puede desarrollar con la técnica adquirida
- g. El sector industrial en que el *know how* puede ser explotado.

Obligaciones del licenciante: suministrar el *know how*, asistencia técnica, garantía de resultados, pacto de exclusiva, retorno del conocimiento, obligación del licenciatario de recibir del cedente materias primas, equipos y servicios, saneamiento y evicción.

En cuanto a las obligaciones del adquirente: obligación de pago, guardar el secreto, garantía de explotación adecuadamente.

BIBLIOGRAFÍA

1. **DÍAZ BRAVO**, Arturo; Contratos Mercantiles; Harla, México, 1983.
2. **INCOTERMS 2000**; Cámara de Comercio Internacional; Cámara Oficial de Comercio e Industria de Madrid; Madrid, 1999.
3. **JIMÉNEZ SÁNCHEZ**, Guillermo; Derecho Mercantil; Edit. Ariel S.A.; Barcelona, 1990.
4. **RODRÍGUEZ R.**, Joaquín; Derecho Mercantil; Edit. Porrúa; México, 1994.
5. **VÁSQUEZ del MERCADO**; Contratos Mercantiles; Edit. Porrúa; México 1994.
6. **VICENT CHULÍA**, Francisco; Introducción al Derecho Mercantil; Tirant Lo Blanch; Valencia, 1993.
7. **VICENT CHULÍA**, Eduardo; **BELTRÁN ALANDETE**, Teresa; Aspectos Jurídicos de los Contratos Atípicos; Edit. Bosch; 1996, Barcelona.

CONTRATOS DE COLABORACIÓN Y DE PRESTACIÓN DE SERVICIOS

1. Introducción

Se afirma que los contratos de colaboración instrumentan la asociación entre dos o más sujetos con fines empresariales, sin constituir un fondo común con sus aportaciones, que permita calificarlos como contrato de sociedad. Junto a los contratos de dar, existe una amplia gama de contratos de hacer o prestación de servicios.

Los contratos de prestación de servicios se clasifican en primer lugar, en contratos y obligaciones de actividad y en segundo lugar, contratos y obligaciones de resultado. En el contrato de resultado, el que presta servicios sólo tiene derecho a retribución si el resultado se obtiene; en los contratos de actividad, tiene derecho a exigirla aunque sus servicios no den resultados.

2. Colaboración

2.1 JOINT VENTURE

Entre los contratos de colaboración, cabe destacar el contrato de coinversión o *joint venture*. Se define por la Comisión de la Unión Europea: El *Joint Venture* es una empresa sujeta al control conjunto de dos o más empresas que son económicamente independientes la una de la otra.

Aunque, se establece que una característica típica es el establecer una sociedad independiente hay diversos criterios que consideran que no es necesario, sino que basta una simple asociación. También es posible, que una sociedad operando se convierta en empresa conjunta, es decir la empresa no tiene que ser recién constituida. Se trata de una complementación entre dos sociedades, en la cual ambas comparten el riesgo del nuevo proyecto.

Existen diversas clasificaciones, si nos referimos a la distinta situación del *joint venture* hablamos de:

Joint venture horizontal: Las dos partes participan en el mismo comercio o en uno relacionado, y tienen la voluntad de establecer una empresa conjunta por un motivo común.

Joint venture vertical: las dos partes trabajan independientemente a niveles diferentes del proceso de fabricación o bien se crea la empresa conjunta a un nivel más o menos elevado del mismo proceso.

Joint venture aglomerado: La nueva empresa conjunta se lleva a cabo en una esfera que no es común a las partes.

Atendiendo a la esfera en la que se puede dar la empresa conjunta podemos distinguir: *Joint venture* en la esfera industrial, en la explotación de minas, en la explotación de petróleo, transmisión de energía eléctrica, obras públicas, explotación de terrenos.

En cuanto a las características, se menciona la constitución de una sociedad, pero ese planteamiento se critica, por tanto el criterio uniforme consiste en que se trata de un proyecto único, con motivo único o bien un grupo de proyectos pero relacionados entre sí. Se crea un negocio permanente por las partes; la presencia de un riesgo común; la dirección de la empresa será conjunta.

Para la firma de un contrato de *joint venture*, es necesario un proceso de negociación entre las partes, en vista que se abordan temas difíciles relacionados al monto a ser aportado, aportes tecnológicos, garantía para la inversión, etc. Llegado a un acuer-

do preliminar, se procede a elaborar una propuesta de contrato, el cual debe contener entre otras cláusulas las siguientes: descripción y características de las empresas que suscriben el contrato; el objeto es decir, la actividad que se desarrollará, denominación social y dirección; domicilio social, capital social aportado, número de acciones en que se divide el capital social, la estructura administrativa, restricciones para la venta de acciones, posibles aumentos de capital, descripción precisa del aporte tecnológico, etc.

2.2 CUENTA EN PARTICIPACIÓN

Otra modalidad de contrato de colaboración es el contrato de cuenta en participación. Nuestro código de comercio artos. 331, 332, hace referencia a la asociación en participación, estableciendo sus elementos característicos.

La asociación se conforma por medio de contrato entre los involucrados, algunas legislaciones hacen referencia a la participación de comerciantes, tal y como lo establece el código de comercio de España artos. 239, 240, 241; en cambio en el código de comercio de Honduras artos. 1283, 1285, 1286; El Salvador artos. 1519, 1521, 1522; Guatemala artos. 861, 862, 863; Costa Rica artos. 663, 664 se refiere a la cuenta en participación, como la participación de un comerciante y otra u otras personas: Un comerciante concede a otra u otras personas que le aportan bienes o servicios, una participación en las utilidades y en las pérdidas que puedan seguirse, obra de alguna o algunas operaciones de su empresa, ya del giro total de la misma. De dicho contrato no nace una persona jurídica y, por consiguiente, no podrá usarse razón social o denominación. El asociante obra en nombre propio, no habrá relación jurídica alguna entre los terceros y los asociados partícipes.

3. Prestación de servicios

Doctrinariamente en el derecho mercantil, definido en sentido amplio, tipifican una serie de contratos realizados por el resul-

tado que se compromete: contrato de ingeniería, contratos de gestión, contrato de depósito, contrato de publicidad, contrato de hospedaje, contrato de transporte. Procedamos a conocer algunas de estas figuras.

3.1 INGENIERÍA

Afirma el tratadista Manuel Medina Lemus que el término *engineering* significa más un género que un tipo de contrato, porque los servicios ofrecidos por una empresa de este tipo pueden variar dentro de una gama que comprende el asesoramiento, la realización de un proyecto, la dirección de la construcción, el contrato llave en mano o las operaciones de mantenimiento.

Pueden clasificarse dos modalidades de dicho contrato: El *consulting engineering*, que tiene por objeto la planificación de una construcción, planta u obra de cualquier tipo, industrial, química, etc. existe una guía sobre este tipo de contratos de UNCITRAL y las condiciones generales de contratación de la Federación Internacional de Ingenieros Consultores (FIDIC). Se plantea que la actividad de *consulting engineering* presenta diferentes modalidades que pueden constituir las relaciones entre el consultor y el cliente:

El modelo clásico, donde el consultante interviene en el estadio preliminar de la inversión como asesor del cliente.

El modelo interno (*in house*), en el cual el cliente emprende la obra con su propio personal y el consultante se limita a una actividad de asesoramiento y asistencia para aquellos asuntos del proyecto en que el personal del cliente no tiene suficiente competencia.

Modelo de gestión de proyecto, el cliente estipula un contrato único con la sociedad *engineering* y ella se encarga de disponer del proyecto, su gestión, estudios y búsqueda de financiamiento, pero todo limitado a una mera actividad intelectual.

Modelo llave en mano, el cliente confía en una sociedad de *engineering* operativo la realización de una obra sobre la base de un contrato llave en mano y la sociedad puede representar un doble papel: como asesor del cliente y como componente del consorcio adjudicatario.

La segunda modalidad es el *engineering* operativo, incluye la ejecución de la obra proyectada. Existe una guía jurídica para la conclusión de los contratos internacionales de construcción de instalaciones industriales de UNCITRAL.

Existen dos métodos internacionales para la contratación: La llamada *invitatio ad offerendum*, es una invitación a los que se sienten interesados para que presenten ofertas; y la negociación del contrato de obra o suministro con el contratista sin requerir de una oferta.

Entre algunas de las obligaciones de la sociedad *consulting engineering* destaco: realizar estudios preliminares, estimación del costo, planificación de base y financiación, elaboración de planos, elaboración del concurso de ofertas, valoración de la oferta, asistencia al cliente, supervisión de construcción, impartir instrucciones, aclarar errores; selección y contratación de personal, coordinación de todos los partícipes del proyecto. Para el cliente se determina la obligación de comunicar las instrucciones, informaciones, prestación de servicios especiales, asistencia *in situ*, pago del precio convenido.

3 2. CONTRATOS DE GESTIÓN

3.2.1 Comisión

Dicho Contrato es desarrollado en la lección No. 4.

3.2.2 Agencia

La Ley sobre Contrato de Agencia de España y el Modelo de Contrato de Agencia de la C.C.I. han servido de base para los aspectos que desarrollaré a continuación.

Por el contrato de agencia, una persona natural o jurídica, denominada agente, se obliga frente a otra de manera continuada o estable a cambio de una remuneración, a promover actos u operaciones de comercio por cuenta ajena, o a promoverlos y concluirlos por cuenta y en nombre ajenos, como intermediario independiente, sin asumir, salvo pacto en contrario, el riesgo y ventura de tales operaciones.

No se considerarán agentes los representantes y viajantes de comercio dependientes, ni en general, las personas que se encuentren vinculadas por una relación laboral, sea común o especial, con el empresario por cuya cuenta actúan. El agente deberá efectuar por sí mismo o por medio de sus dependientes la promoción, y en su caso, la conclusión de los actos u operaciones de comercio que se le hubieren encomendado; está facultado para promover los actos u operaciones objeto del contrato de agencia, pero sólo podrá concluirlos en nombre del empresario cuando tenga atribuida esta facultad; puede desarrollar su actividad profesional por cuenta de varios empresarios, en todo caso, necesitará el consentimiento del empresario con quien haya celebrado un contrato de agencia para ejercer por su propia cuenta o por cuenta de otro empresario una actividad profesional relacionada con bienes o servicios que sean de igual o análoga naturaleza y concurrentes o competitivos con aquellos cuya contratación se hubiera obligado a promover.

El agente, se obliga a ocuparse con diligencia de un ordenado comerciante de la promoción y de la conclusión de los actos u operaciones que se le hubieren encomendado, comunicar al empresario toda la información que disponga para la buena gestión de los actos u operaciones cuya promoción y conclusión se le hubiere encomendado, desarrollar su actividad con arreglo a las instrucciones razonables recibidas del empresario, recibir en nombre del empresario cualquier clase de reclamaciones de terceros sobre defectos o vicios de calidad o cantidad de los bienes vendidos y de los servicios prestados, llevar una contabilidad independiente de los actos u operaciones relativos a cada empresario por cuya cuenta actúe.

El empresario, se obliga a actuar lealmente y de buena fe, poner a disposición del agente los muestrarios, catálogos, tarifas y demás documentos necesarios para el ejercicio de su actividad profesional, procurar al agente todas las informaciones necesarias para la ejecución del contrato y advertirle, desde que tenga noticia de ello, cuando prevea que el volumen de los actos u operaciones va a ser sensiblemente inferior al que el agente hubiera podido esperar, satisfacer la remuneración pactada.

La remuneración del agente consistirá en una cantidad fija, en una comisión o en una combinación de dichos sistemas. El contrato se formalizará por escrito; en cuanto al tiempo, podrá pactarse por tiempo determinado o indefinido; cuando se extinga el contrato, sea por tiempo determinado o indefinido, el agente que hubiese aportado nuevos clientes al empresario o incrementado sensiblemente las operaciones con la clientela preexistente, tendrá derecho a una indemnización si su actividad anterior puede continuar produciendo ventajas sustanciales al empresario. No tendrá derecho a indemnización el agente cuando se incumpla con sus obligaciones legales o contractuales, si el agente denuncia el contrato, cuando el agente, previa autorización del empresario, hubiese cedido a un tercero los derechos y las obligaciones de que era titular en virtud del contrato de agencia.

3.3. DEPÓSITO MERCANTIL

El contrato de depósito es un contrato real, lo anterior se reafirma al analizar el art. 462 CC: el depósito queda constituido mediante la entrega al depositario de la cosa que constituye su objeto.

Constituye lo que la doctrina ha clasificado como depósito regular, es decir aquel en que el depositario está obligado a devolver la misma cosa que recibió en custodia. La mercantilidad del depósito se encuentra determinada al señalar el art. 460 CC: se estima mercantil el depósito, si las cosas depositadas son objeto de comercio o si se hace a consecuencia de una operación mercantil. Es decir, se puede cumplir con cualquiera

de las dos condiciones para que sea considerado como mercantil. La segunda condición, ha sido duramente criticada por la doctrina, ya que si se hace a consecuencia de una operación mercantil, la condición primera está de más.

El depositario, tiene derecho a exigir retribución por el depósito, art. 461 CC. Pero, se obliga a conservar la cosa objeto del depósito, en las condiciones recibidas, respondiendo por los menoscabos, daños y perjuicios de las cosas, art. 463 CC. Sobre la disposición del art. 464 CC, el depósito en numerario rara vez se aplica, en vista de que los interesados recurren a las instituciones del sistema financiero nacional para depositar en numerario. Lo importante a mencionar es la responsabilidad del depositario por los daños que sufra dicho depósito.

Cuando el depósito se constituya sobre títulos valores, el depositario se obliga a realizar el cobro al vencimiento, así como efectuar cualquier actividad para que los efectos depositados conserven el valor, art. 465 CC. En la legislación centroamericana una modalidad consiste en regular el depósito en general y el depósito en almacenes generales, así como el depósito en hoteles en el código de comercio: artos. 842-874 CCH, artos. 714-717 CCG, artos. 839-882, 1098-1104 CCS.

3.3.1 *Hospedaje*

La actividad turística actualmente es uno de las principales de ingresos en diferentes países de Latinoamérica, lo anterior obligó a incorporar en la legislación mercantil la figura de contrato de hospedaje como una garantía importante para garantizar y tutelar los derechos los visitantes.

El prof. Pedro Luis Serrera C. sostiene que el hospedaje es de los denominados contratos complejos, porque en su contenido aparecen obligaciones propias de otras tantas figuras contractuales. Hay una cesión de uso de local, la provisión de alimentos, la prestación de servicios que realiza el hospedador, y se da un depósito para los efectos introducidos por el huésped. Donde, lo fundamental consiste en la cesión de uso de local, originándose una nueva forma contractual la del hospedaje.

En la legislación centroamericana encontramos disposiciones relacionadas a dicho contrato: artos. 1517, 1518 CCS; artos. 866-873 CCG, artos. 1281, 1282 CCH; en Nicaragua en el Código Civil artos. 3090-3096, pero recordemos lo previsto en los artos. 1 y 20 CC.

Se define así el contrato de hospedaje: Por medio de dicho contrato, una persona se obliga a dar albergue a otra mediante la retribución convenida, comprendiéndose o no la alimentación.

El contrato se regirá, en defecto de disposiciones legales o pactos, por los preceptos que hubiere aprobado la autoridad competente y por el reglamento interior del establecimiento. Para que los reglamentos sean aplicables el hotelero deberá mantenerlos colocados en lugar visible y colocar en cada habitación un extracto de lo que sea pertinente. Los hoteleros resarcirán los daños que sufran los huéspedes, en sus personas o bienes que hubieren introducido. Si el daño se ocasiona sin culpa o negligencia del hotelero, su responsabilidad se limitará a una cantidad igual al importe de un mes de alojamiento. Los huéspedes tendrán derecho a entregar a los hoteleros, dinero y objetos de valor, para su guarda en concepto de depósito. El hotelero se negará a recibirlos cuando sean de excesivo valor. El hotelero en ese caso, responderá en carácter de depositario. Los equipajes y efectos del huésped responden preferentemente al hotelero por el importe del hospedaje.

Una vez terminado el contrato, el hotelero podrá extraer de las habitaciones del huésped, el equipaje y los efectos personales de éste, mediante inventario que formulará con intervención a lo menos de dos testigos que no sean dependientes suyos.

3.4 PUBLICIDAD

En los contratos publicitarios participan tres sujetos: los anunciantes, los medios de difusión y las agencias, que son los principales sujetos que participan en esa actividad que va dirigida al consumidor.

Sostiene Francisco V. Chulía, que los contratos publicitarios son también de resultado, consisten en la realización publicitaria y/o efectiva difusión del mensaje publicitario, aunque en ningún caso se garantiza el resultado comercial de la publicidad.

Tomando como referencia La Ley General de Publicidad de España, veamos algunos conceptos de cuatro modalidades contractuales:

El contrato de publicidad es aquel donde un anunciante encarga a una agencia de publicidad, mediante contraprestación, la ejecución de publicidad y la creación o programación de la misma, aplicándose también las normas del contrato de creación publicitaria, en su caso. Se establece un régimen particular para el incumplimiento: el anunciante podrá pedir una rebaja en la contraprestación o la repetición de la publicidad, más la indemnización de daños y perjuicios.

El contrato de difusión publicitaria consiste en aquel por el que a cambio de una contraprestación fijada en tarifas preestablecidas un medio (de comunicación) se obliga a favor del anunciante o agencia a permitir la utilización publicitaria de unidades de espacio o de tiempo disponibles y a desarrollar la actividad técnica necesaria para lograr el resultado publicitario.

Contrato de creación publicitaria es aquel en el que, a cambio de una prestación, una persona física o jurídica se obliga, a favor de un anunciante o agencia, a idear y elaborar un proyecto de campaña publicitaria, una parte de la misma o cualquier otro elemento publicitario.

Contrato de patrocinio es aquel por el que el patrocinado, a cambio de una ayuda económica para la realización de su actividad deportiva, benéfica, cultural, científica o de otra índole, compromete a colaborar en la publicidad del patrocinador.

Sostiene Francisco V. Chulía que el mecenazgo consiste en donativos o subvenciones para actividades o fundaciones artísticas o culturales, y no deportivas; pero, además existen otros contratos publicitarios como el de cesión de espacios para la

publicidad estática (estadios deportivos); el de *gatering* o re-transmisión de un programa televisivo o radiofónico preparado por la empresa anunciante o patrocinadora.

3.5 TRANSPORTE

Al analizar la legislación centroamericana, encuentro que en el código de comercio establecen una diferenciación entre el transporte terrestre de personas y de cosas, a fin de regular aspectos específicos para cada una de esas ramas. Artos. 794-823 CCG; artos. 1313-1343 CCS; artos. 1070-1102 CCH; a mi juicio esto permite establecer disposiciones específicas para cada rama permitiendo un mayor control y garantizando una adecuada tutela de los derechos; a diferencia de nuestro código de comercio el cual establece un conjunto de disposiciones de aplicación general colocando en desventaja los aspectos relacionados a los derechos de los pasajeros, en vista de que el principal contenido de esa normativa está dirigido al transporte de mercaderías.

Nuestro código de comercio, no ofrece un concepto sobre el contrato de transporte, por tanto recurrimos al concepto elaborado por el Dr. Guillermo Sánchez J.: Aquel contrato por el cual una de las partes (porteador) se obliga, a cambio de un precio, a realizar las operaciones necesarias para trasladar de un lugar a otro a una persona, o ambas, en las condiciones y términos pactados bajo su propia custodia.

En cuanto a la naturaleza del contrato de transporte, no cabe duda su mercantilidad, tal y como lo establece el art. 369 CC al plantear que se reputa mercantil el contrato de transporte por vías terrestres o fluviales de cualquier género cuando tenga por objeto mercaderías o cualquier efecto de comercio; o cuando siendo cualquiera su objeto, sea comerciante el porteador, o se dedique habitualmente, a verificar transporte para el público. Destaco del anterior artículo, que peca por exceso y no por defecto, ya que atrae para la materia mercantil todos los contratos estipulados por el empresario de transporte en el ejercicio de su actividad empresarial.

El transporte se clasifica en:

- Por razón del ámbito en que se desenvuelve la actividad, transporte terrestre, fluvial, marítimo, aéreo.
- Por razón de su objeto, transporte de personas y de cosas.

Dentro del transporte terrestre y en base a las características técnicas de los medios de transporte, se clasifica en transporte por carreteras y por ferrocarril.

En relación al transporte de cosas, los elementos que concurren son:

Personales, el transportista o porteador, se trata de una persona natural o jurídica que asume la obligación de efectuar el transporte, emprender y concluir el viaje en el plazo estipulado y ruta acordada; efectuar el viaje en el más próximo a la fecha del contrato; entregar la mercancía al tenedor de la carta de porte; cuidar y conservar la mercadería bajo su custodia; entregar la mercadería por peso, cuenta y medida; probar que las pérdidas o averías en las mercaderías o retardo en el viaje no es su culpa o negligencia; la responsabilidad por pérdidas, desfalcos o averías extingue al recibo de la mercadería sin reclamo o por el transcurso de 6 meses en el territorio nacional y 1 año en el extranjero, artos. 383, 385 CC.

En cuanto a sus derechos, corresponde recibir la mitad del porte convenido si el viaje no se efectúa por negligencia o culpa del cargador, recibir el total del porte si por negligencia o culpa del cargador no se verifica el viaje y dispuso de un vehículo para su cumplimiento, rescindir el contrato, si comenzando el viaje, éste se impide efectuar por fuerza; exigir del cargador la apertura y reconocimiento de bultos con mercadería al recepcionarla, retener la carga mientras no se pague el porte, art. 384 CC.

Otro elemento personal es el cargador o remitente, que es la persona que contrata el transporte con el porteador, el remitente es el acreedor del transporte en su fase inicial, posteriormente

cuando intervenga el destinatario o consignatario, el remitente deja de ser en algunos casos acreedor del mismo.

Entre sus derechos se encuentran el de variar el lugar de entrega de la carga, variar la consignación de mas mercaderías oportunamente, art. 382 CC.

Sobre sus obligaciones menciono algunas de ellas, dar los documentos para el libre tránsito, sufrir pérdidas y averías de las mercaderías que proceden de vicio propio de ellas, remitir la carta de porte al consignatario, art. 381 CC.

Un tercer elemento personal es el consignatario o destinatario, siendo la persona que recibe la prestación del transporte una vez que éste ha sido efectuado. El destinatario permanece extraño a la relación jurídica hasta que se solicita la entrega de los efectos al porteador, momento en que sustituye al cargador en la posición de acreedor.

El destinatario se obliga a recibir la mercadería sin demora en base a lo señalado en la carta de porte, abrir y reconocer los bultos, cuando lo solicite el porteador; pagar al porteador cuando así se acordó, cumplir informando al cargador, ejercer, dentro de 24 horas de recibida la mercadería los derechos que le competan contra el porteador, devolver la carta de porte u otorgar el recibo, art. 388 CC.

Tiene derecho a recepcionar la mercadería mientras tenga la carta de porte, a no recibir la mercadería en los casos expresados o cuando su valor no cubra los gastos o desembolsos por su recepción, reintegrar los anticipos recibidos, art. 389 CC.

Una vez recepcionada la mercadería, la prescripción corre al día siguiente al fijado para término de viaje en caso de pérdidas, cuando haya averías, después de 24 horas de entrega de las mercaderías, art. 386 CC.

Una vez perfeccionado el contrato, es rescindible a voluntad del cargador, pagando la mitad si se rescinde antes y totalmente si la mercadería va en viaje, art. 371 CC. Igual sucede, si antes de efectuar el viaje o durante su curso, sobreviene un

suceso de fuerza mayor que impida realizarlo o continuarlo, art. 372 CC. Si el viaje no se efectuó por un suceso de fuerza mayor, cada parte pierde los gastos efectuados, art. 373 CC. El porteador, salvo disposición en contraria, puede estipular con otro porteador el traslado de la mercadería, en ese caso el transportista inicial, conserva tal carácter con respecto al cargador, art. 370 CC.

El contrato de transporte, en base a nuestro código de comercio es consensual, pero en la práctica, lo normal es que se expida un documento, denominado carta de porte, que tiene el carácter de título de tradición y que es un medio de prueba. Esto significa que es un título de tradición en vista de que atribuye a su tenedor legítimo la posesión de las mercaderías, legitima al portador para reclamar la entrega de las cosas, permite la circulación y disposición de las cosas mientras se hallen depositados; además cabe mencionar que la carta de porte no es elemento constitutivo del contrato, o sea hace prueba sobre el contenido del contrato, artos. 376, 377, 378 CC.

La carta de porte contendrá generales de cargador y porteador, generales del consignatario, designación clara e identificación de los efectos y bultos, precio, fecha de expedición, lugar de entrega al porteador, lugar y plazo en que se entregará al consignatario, indemnización al porteador en caso de retardo, art. 374 CC. En otras legislaciones se determina que contendrá además, delimitación de la responsabilidad e indicación de quien asume el seguro de ser necesario.

En vista de que nuestro código prácticamente omite regulaciones en cuanto al transporte de personas, destaco algunas disposiciones que son comunes en la legislación centroamericana. El boleto o billete que la empresa proporciona debe expresar la denominación de aquélla, fecha de viaje, plazo de validez puntos de salida y llegada, precio. Para los equipajes proporcionará un documento que identifique a la empresa porteadora, número de bultos. Si el viaje no se realiza o se retrasa con exceso, sin culpa del porteador, el viajero podrá solicitar la resolución del contrato. El porteador atenderá por su cuenta

los gastos de estancia y traslado de los viajeros que sean obligados, por deficiencias del servicio, a hacer altos o desviaciones imprevistas en sus rutas y horarios, aunque sea sin culpa del porteador.

3.5.1 Línea regular y fletamento

El transporte marítimo puede ser de carga fraccionada o de cargas masivas. En la modalidad fraccionada, los buques pueden ser de cargas rodantes, buques de cargas especiales, polivalentes, de cargas unitizadas, y convencionales. En el transporte de carga masiva, pueden ser buques tanques para cargas líquidas, graneleros para cargas sólidas.

En cuanto a las formas de explotación del buque, tenemos la línea regular o *liner* y el de carga masiva o fletamento.

Línea regular o *liner*, se oferta a los pequeños y medianos cargadores un servicio con itinerarios geográficos regulares, escalas y puertos fijos y precios o tarifas preestablecidos. Su orientación es sobre el transporte de carga general y contenedorizada.

El sistema de línea regular se realiza según tres regímenes diferentes: Conferencias de fletes, de armadores independientes y consorcios.

Conferencia de fletes: En vista de que se desencadenó una fuerte competencia en trayectos repetidos con regularidad, hubo disminución de fletes y muchos buques sin trabajo; con el fin de atender la entrada de nuevos competidores en el mercado de transporte regular, las líneas que atendían itinerarios concretos redactaron acuerdos en materia de precios y servicios, denominadas conferencias de fletes, donde se establecían los fletes estándar para todas las compañías asociadas, manteniéndose la competencia respecto a la forma y calidad del servicio prestado.

Armadores independientes (*outsiders*): Armadores independientes que cubren una ruta determinada en competencia directa con las conferencias de fletes, ofrecen los mismos servicios y condiciones, pero en condiciones ventajosas.

Consortios: Consiste en que varias compañías navieras se unen aportando sus buques y medios económicos para gestionar en conjunto la explotación de una línea regular.

Carga masiva fletamentos o tramp, es cuando el exportador tiene que transportar un volumen elevado de mercaderías, generalmente se ocupa todo el espacio de carga disponible en un buque, y debe plantearse la posibilidad de fletar un buque completo o una parte significativa del buque.

El régimen de fletamento, se basa en la contratación del espacio de carga completo o parcial de un buque de realizar uno o varios viajes o por un período de tiempo determinado.

Los sujetos que intervienen en la contratación de fletamento son (artos. 816, 817 CC) :

- El exportador, cargador o fletador (*charterer*)
- El armador del buque o naviero (*owner, shipper, disponent owner*).
- El corredor o fletador (*cargobroker*)
- El corredor del armador (*shipbroker*).

Existen diferentes clases de pólizas, artos. 815, 816, 817 CC:

Para fletamento de un solo viaje (*voyage charter*): es cuando se fleta un buque para un trayecto determinado, en este caso el flete se fija de acuerdo con la carga a transportar en el viaje concreto.

Para fletamento por tiempo (*time-charter*): se emplea cuando se fleta un buque para un período de tiempo concreto (3, 6, 12, 24 meses). El flete generalmente se calcula por día de arrendamiento o con arreglo al plazo de contratación.

En la práctica las pólizas de fletamento incluyen una cláusula de remisión al Convenio de Bruselas de 1924, de todas maneras, aunque no exista dicha cláusula, siempre que el transporte se formalice en un conocimiento de embarque, se aplicará automáticamente al Convenio de Bruselas.

En el transporte de carga fraccionada en trayecto de línea regular se utiliza como carta de porte el conocimiento de embarque o *bill of lading*.

El conocimiento de embarque es un título de crédito que puede ser nominativo, a la orden o al portador; es un título representativo de la titularidad de las mercancías, que habilita a su poseedor para disponer de las mercancías durante su transporte, para su transmisión mediante endoso; se trata de un documento probatorio, por cuanto da fe de la recepción de los bienes embarcados, establece una presunción salvo prueba en contrario.

Existen diferentes clases de conocimientos de embarque:

- El conocimiento de embarque marítimo: (*Ocean Bill of lading*): documento que hace referencia solamente al contrato de transporte marítimo.
- Conocimiento recibido para embarque (*Received to be Shipped or Received for Loading B/L*): documento expedido por el consignatario del buque a petición del cargador, cuando la recepción de la mercadería en el muelle o almacén del puerto es previa a la llegada del buque.

El conocimiento de embarque directo (*Through B/L*): documento utilizado cuando el transporte desde el puerto de origen hasta el de destino se realiza por distintos buques y con transbordos; el documento es emitido por la naviera que se responsabiliza de todo el transporte.

- El conocimiento de embarque para transporte combinado (*Combined Transport B/L*): documento expedido cuando existe combinación del transporte marítimo con otro medio de transporte terrestre en el trayecto de la mercadería desde el origen hasta destino.
- Documento de transporte combinado multimodal (*B/L MTO*): documento basado en el Convenio de Naciones Unidas para el Transporte Multimodal, siendo emitido por el transportista que asume la coordinación de todos los medios de transporte desde el origen hasta el destino.

- Conocimiento de embarque *short form* y *blank form*: El *short form*, es un conocimiento de embarque en forma abreviada que recoge las condiciones de transporte más importantes del conocimiento clásico. El *blank form*, es un conocimiento de embarque con el reverso en blanco, es decir con las obligaciones y responsabilidades del naviero sin mencionar.
- Recibo oficial del buque (*mate's receipt*): documentos emitidos por el oficial del buque que justifican que la mercadería especificada en los mismos está embarcada y en las condiciones reflejadas en el recibo. Basándose en los recibos el capitán expedirá el conocimiento de embarque.
- Ordenes de entrega (*delivery orders*): títulos extendidos por el titular del conocimiento de embarque que acreditan a su poseedor para exigir al capitán la parte de la mercancía especificada en la orden de entrega.

En cuanto al flete, se entiende como el precio establecido como coste del transporte marítimo de las mercancías, el flete puede ser, pagadero en origen (*freight prepaid*) y pagadero en destino (*freight collect or freight payable at destination*), artos. 821, 822, 823, 824 CC.

La determinación del flete varía según sea el régimen de contratación del transporte:

En el régimen de fletamento o tramp, el flete depende de la relación oferta-demanda y por consiguiente es inestable; en el de línea regular, el flete se adopta en las conferencias marítimas y se denomina tarifa de conferencia; el flete se calcula en base a la clase de mercadería, peso, volumen, puerto de origen y puerto de destino, al mismo se añaden determinados recargos como: factor de ajuste por combustible, ajuste de moneda, por peso, por longitud, demoras en puerto, riesgo de guerra.

Existen distintas modalidades de flete:

- Flete *ad-valorem*: se calcula sobre el valor de la mercadería y no sobre el volumen o peso.
- Flete por precio global (*lumpsum freight*): se calcula para determinar casos de carga completa, no se aplica el flete por unidades.
- Falso flete (*dead freight*): se abona cuando se contrata el espacio de transporte y no se lleva a cabo el embarque, su importe alcanza 50% del flete contratado.
- Flete de vuelta (*back freight*): se paga el retorno de una mercadería que no ha sido aceptada por el destinatario en el puerto de destino.
- Flete a todo evento (*ship lost or not lost*): se abona siempre por adelantado con independencia de que la mercancía se entregue o no en destino, se acostumbra en el traslado de mercaderías peligrosas, perecederas, animales vivos, etc.

3.5.2 Protección de las mercaderías

Es vital asegurar que la mercadería llegue a su destino en las condiciones de entrega fijadas, siendo necesario su protección física durante el transporte, por medio de envase y embalaje, estiba y manipulación y almacenamiento.

Envase:

Se entiende como el recipiente de cualquier material o forma, destinado a contener mercadería para su empleo a partir del mismo, mantener las características de la mercadería y presentar la mercancía contenida para su venta.

Embalaje:

Se entiende como el medio material destinado a proteger una mercadería para su expedición o almacenamiento prolongado. Es decir, la caja o cubierta con que se resguardan los objetos que se han de transportar, inclusive el procedimiento de

acondicionamiento y protección cuyo fin es evitar posibles daños a los bienes.

Existen diferentes tipos de embalaje: Paleta y contenedor.

A) Paleta

Se entiende por paleta el dispositivo movable, constituido por dos pisos unidos entre sí por largueros o dados, o por un piso apoyado sobre pies o soportes y cuya altura está reducida al mínimo, compatible con la manipulación por medio de carretillas elevadoras con horquillas, sobre cuyo piso se coloca la mercadería.

Las paletas en base a su estructura se clasifican en:

- Paleta normal: es la constituida por dos pisos unidos entre sí por largueros o dados.
- Paleta con alas: es aquella cuyo piso sobresale para facilitar la suspensión con cuerdas.
- Paleta caja: es la que dispone de al menos tres paredes laterales, fijas o desmontables.
- Paleta reversible: cuando ambos pisos pueden utilizarse.
- Paleta de dos entradas: es la accesible con carretilla sólo por los dos lados opuestos.
- Paleta de cuatro entradas: es la accesible con carretilla por cuatro lados.

B) Contenedor

Se entiende por contenedor, el instrumento de transporte que debe tener un carácter permanente, estar concebido para facilitar el transporte de mercaderías, sin daño de la carga por uno o varios medios de transporte; estar provisto de dispositivos que faciliten la manipulación, principalmente en el momento de su trasbordo de un medio de transporte a otro; estar ideado de forma que resulte fácil su carga y descarga; tener un volumen interior a un metro cúbico como mínimo.

El término contenedor no comprende ni a los embalajes usuales, ni a los vehículos.

El contenedor es una caja en forma de paralelepípedo fabricado sobre un armazón de acero, con paredes verticales y una puerta de doble hoja en uno de sus extremos, pero existen otros tipos de contenedores:

- Cerrado (*box*): es el más utilizado, se carga a través de las puertas en los extremos.
- De lado abierto (*open side*): son contenedores abiertos por el costado.
- De techo abierto (*open top*): están preparados para retirar el techo de lona o de metal.
- Plataforma (*flat*): son contenedores abiertos formados por plataformas con mamparos extremos.
- Cisterna (*tank*): transportan mercaderías líquidas.
- Con aislamiento térmico: se utiliza para transportar mercaderías refrigeradas o congeladas, no disponen de medios propios para mantener la temperatura.
- Frigoríficos (*reefer*): se utilizan para el transporte de mercaderías congeladas o refrigeradas y disponen de medios propios para mantener la temperatura.
- Ventilados: están configurados para permitir la ventilación natural de mercaderías especiales.
- Graneleros: se utilizan para el transporte de mercaderías a granel.

Los contenedores se identifican mediante un grupo de siglas que son exclusivas para cada uno, ejem: A D E U 1 2 3 4 5 6 •

Las tres primeras letras identifican al propietario; la letra U indica que el contenedor está homologado según normas internacionales (International Standard Organization ISO); los seis primeros números son atribuidos por el propietario para identificar las unidades de su propiedad; el séptimo

número inserto en un cuadrado, permite la identificación de cada contenedor.

Manipulación

Los medios de manipulación en los centros de carga, además de la grúa son:

- Las carretillas de uñas (*forklifts*): preparadas para introducirse debajo de las cajas o paletas facilitando su levantamiento.
- Las traspaletas: similares a las anteriores, pero de tipo manual.
- Los *straddle-carriers*: se utilizan para el traslado y levantamiento de los contenedores en los centros de carga.
- Bandas magnéticas: se usan para cargar o descargar mercadería.
- Las bombas de impulso: se utilizan para la carga de líquidos.

Estiba

Consiste en la colocación de la mercadería en el interior de los medios de transporte, sus finalidades son: la seguridad en el transporte de la mercadería mediante la sujeción al vehículo, evitando posibles daños; el máximo aprovechamiento del espacio cúbico disponible: la simplificación de las descargas parciales.

BIBLIOGRAFÍA

1. **BARRECHENA**, Jon; **FERRER**, Miguel e **IRIARTE**, Ainoa; Los Contratos más Utilizados en la Empresa; Deusto S.A.; Barcelona, 1998.
2. **DÍEZ VERGARA**, Marta; Manual Práctico de Comercio Internacional; Deusto S.A.; Barcelona, 2000.
3. **JIMÉNEZ SÁNCHEZ**, Guillermo; Derecho Mercantil; Edit. Ariel S.A.; Barcelona, 1990.
4. **MEDINA LEMUS**, Manuel; Contratos de Comercio Exterior; Dykinson; Madrid 1998.
5. **VICENT CHULÍA**, Francisco; Introducción al Derecho Mercantil; Tirant Lo Blanchc; Valencia, 1993.
6. **VICENT CHULÍA**, Eduardo; **BELTRÁN ALANDETE**, Teresa; Aspectos Jurídicos de los Contratos Atípicos; Edit. Bosch; 1996, Barcelona.

CONTRATOS DE FINANCIACIÓN, BANCARIOS Y DE GARANTÍA

1. Contratos de financiación

Define Francisco Vicent Chulía que los contratos de financiación, en sentido amplio, consisten en la entrega de dinero para su restitución con o sin pago de intereses. Pero, es necesario diferenciar entre los contratos de crédito, en el que el financiado recibe dinero y contrae una deuda o pasivo por su importe y los de financiación en sentido estricto o de financiación sin crédito, como el *factoring*, el *leasing* y otros.

1.1. FACTORING

Es un contrato de origen anglosajón, y se define por el profesor Vicent Chulía, como un contrato de gestión comercial y financiero, asimilable por ello en su núcleo esencial a una comisión de cobro, pero con una serie de obligaciones complementarias y alternativas, en sus diversas variedades.

La legislación fiscal española determina sobre las sociedades de *factoring*: tenga por exclusivo objeto: a) la gestión de cobro de créditos: 1. en comisión de cobranza o 2. en su propio nombre como cesionario de tales créditos; b) así como anticipo de fondos sobre créditos de que resulte cesionario, cualquiera que sea el documento en que se instrumente; c) se entenderán como actividades directamente derivadas de la principal las de investigación de mercado, llevanza de contabilidad, gestión de cuentas e información comercial.

Los elementos personales son: la empresa de *factoring*, que se trata de una sociedad anónima; el cedente o cliente, que generalmente es una sociedad ya que difícilmente un comerciante individual acudirá a este medio de financiación. Se afirma, que de forma pasiva intervienen el tercero que generalmente es el obligado a pago, y que al contratar con el acreedor admite la posibilidad de cesión del crédito a persona distinta.

Se ha establecido la siguiente clasificación por diversos tratadistas:

1. Por la disponibilidad del crédito.
 - a) *Maturity factoring*: el cedente sólo cobra el pago efectuado por el tercero (gestión de cobro); presenta como inconveniente que el cliente percibe los importes con retraso.
 - b) *Credit cash factoring*: la sociedad de *factoring* descuenta el importe de los créditos y gestiona su cobro.
2. Por la notificación al tercero.
 - a) *Notificación de factoring*: previamente el deudor tercero, a través del contrato con el vendedor o con la empresa de servicios o simplemente de la factura pro forma, se da por enterado y admitido tácitamente que el crédito puede ser cedido a un tercero.
 - b) *Non notificación factoring*: cuando no se da esta circunstancia. En cuyo supuesto la notificación tiene que efectuarla el cliente.
3. Por el ámbito geográfico.
 - a) *Factoring domestic*: la sociedad de *factoring*, cliente y deudores son nacionales.
 - b) *Factoring internacional*: son extranjeros el cliente y deudores.
 - c) *Factoring de exportación*: El deudor es extranjero, aunque el cliente sea nacional.

4. Por el riesgo.

- a) *Factoring propio*: cuando la sociedad de *factoring* garantiza la solvencia del tercero-deudor.
- b) *Impropio*: cuando el riesgo de los impagados, los asume el cliente, ya que la cesión se ha efectuado con la fórmula salvo buen cobro.

En el contrato de *factoring* la perfección deviene de un proceso de negociaciones y de medidas cautelares, por la sociedad de *factoring*:

a) estudio del producto o servicio realizado por el cliente; b) análisis del mercado y de sus posibilidades de éxito; c) examen del balance de la empresa; d) situación del flujo de caja; e) estudio de la solvencia de los clientes del futuro contratante.

Cumplido lo anterior, la sociedad de *factoring* puede ofrecer al cliente las modalidades de servicio siguientes:

1. Hacerse cargo del tráfico mercantil de la empresa, bajo la modalidad de liquidación, previo cobro. Siendo negativo para el cliente, ya que la única ventaja es la administración del cobro de facturación. La sociedad de *factoring* la impone cuando le inspira confianza el cliente y sus deudores.
2. Descontar y anticipar parte de la facturación, es una modalidad usual y obedece a medidas cautelares de la sociedad que tras un examen de los deudores del cliente, rechaza aquellos que no le inspiran confianza, por los escasos beneficios que arrojan sus balances o por otras causas generales.
3. Hacerse cargo del global del tráfico mercantil del cliente, descontando los importes previamente, menos las retenciones habituales. Es la habitual y la más conveniente para los contratantes. Para la sociedad de *factoring* porque el cliente y su entorno comercial le inspira confianza, tras el estudio respectivo. El cliente, por otra parte, obtiene un crédito anticipado de su producción y servicios con la liquidez que ello significa; reduce gastos administrativos, al

llevar la sociedad de *factoring* la contabilidad de la empresa, centraliza en una sola sociedad, las diversas modalidades de su actividad.

La LGB art. 47 determina como operaciones autorizadas a realizar por los bancos: el factoraje.

1.2 LEASING

El contrato de *leasing* o arrendamiento financiero surge en los Estados Unidos de América como una idea del empresario D.P. Boothe en 1952.

El Convenio de Ottawa, producido por el UNIDROIT en 1988, define sobre el *leasing* financiero: Es aquél por el que una parte denominada arrendador financiero, cede a otra llamada usuario, a cambio del abono de cuotas periódicas, el uso de un bien que es previamente adquirido a un tercero denominado proveedor, por expresa indicación y de acuerdo con las instrucciones recibidas del futuro usuario.

Los sujetos que intervienen en la operación de *leasing* son: el proveedor, suministrador o vendedor; el arrendador financiero que normalmente se trata de una entidad de crédito; el usuario o arrendatario financiero que será un empresario.

En cuanto al objeto, el Convenio de Ottawa se centra en el *leasing* mobiliario y en particular de bienes de equipo industrial o material productivo. Aunque, el tratadista Manuel Medina de Lemus sostiene que dicha Convención incluye una previsión indirecta del *leasing* inmobiliario al hablar de los derechos del arrendador financiero sobre los inmuebles, con lo que se está pensando en un *leasing* sobre el conjunto de un establecimiento industrial.

Entre los derechos y obligaciones del usuario menciono: conservar con diligencia el bien cedido al utilizarlo, sin perjuicio del desgaste natural por su adecuada explotación; la obligación del pago de las cuotas en los plazos pactados; si el incumplimiento es sustancial o definitivo, el arrendador financiero po-

drá solicitar la resolución del contrato con los efectos de recuperación del bien y resarcimiento de daños y perjuicios, podrá retener las cuotas estipuladas si la obligación de entrega se debe a culpa del arrendador.

Sobre los derechos y obligaciones del arrendador financiero, los derechos reales del arrendador financiero sobre el equipo serán oponibles al liquidador en caso de quiebra, no incurre en responsabilidad ante el arrendatario respecto al equipo, salvo que sea responsabilidad del arrendador por depender de la habilidad del arrendador, ofrecer la garantía por evicción o cualquier perturbación en el uso del bien por parte de un tercero.

En cuanto al contenido del contrato, es importante destacar que transcurrido el plazo pactado, el usuario puede optar por tres posibilidades: resolver el contrato, devolviendo el objeto; prorrogar el mismo, renovándolo en las nuevas condiciones pactadas; o bien, optar por su compra definitiva pagando el precio residual.

En la práctica se usan tres modalidades de *leasing*:

1. *Leasing* financiero: por el cual un financiador o empresario de *leasing* adquiere un bien de un fabricante para conceder todos los derechos de su disfrute económico a un tercero o usuario; se trata de tres sujetos y tres relaciones contractuales.
2. *Leasing* operativo: en el cual el fabricante, en el lugar de vender el bien, concede sus derechos de disfrute económico al usuario; son dos sujetos y uno de ellos reúne las funciones de fabricante y financiador.
3. *Leasing* de retorno: Una empresa vende bienes a la sociedad de *leasing* que, al mismo tiempo, le concede los derechos de disfrute económico; dos sujetos intervienen y uno de ello reúne, a su vez, las funciones de fabricante y usuario; el bien no se mueve y cambia tan sólo el título jurídico en base al cual quien era propietario pasa a gozar sólo del disfrute.

La LGB art. 47 plantea las operaciones que pueden realizar los bancos: realizar operaciones de arrendamiento financiero.

1.3 FORFAITING

La financiación a *forfait* surge en los años cincuenta del siglo pasado, cuando los exportadores se ven precisados a realizar inversiones que impedían la financiación de operaciones a mediano plazo con fondos propios que tampoco eran cubiertos por los bancos.

Deriva de la palabra francesa *a forfait* que implica una idea de cesión de derechos, pero el adquirente de los efectos renuncia explícitamente, aceptando el endoso con la cláusula sin recurso, a cualquier tipo de reclamación frente a los poseedores de la deuda.

En este contrato, el vendedor de los efectos es un exportador que los ha recibido en pago sea parcial o total sobre las mercancías entregadas y desea transferir todos los riesgos y responsabilidades de cobrarlos a un profesional especialista, el *forfaiter*, cobrando inmediatamente el pago al contado con el descuento respectivo, siendo estos elementos los que le den al contrato el carácter de financiación.

La operación se inicia cuando el exportador, su banco o el importador contactan al *forfaiter*, que interviene en la operación de compraventa antes de que se concrete. La institución analiza antecedentes y solvencia de las partes, el riesgo país. El *forfaiter* debe asegurarse bien de las condiciones de los contratantes, solicitando de ser necesario una garantía o aval de una institución bancaria.

Aceptada la oferta, el exportador debe gestionar que el importador acepte las letras de cambio a favor del *forfaiter*, siendo endosados con la cláusula sin recurso, se designa un depositario de los documentos, siendo un banco, los documentos no expresan fecha de emisión la cual se anotará una vez realizado el embarque por el exportador al llenar el documento, en blanco,

el exportador los entrega al *forfaiter* que los descuenta y presenta al cobro en la fecha de vencimiento ante el importador.

En conclusión, el exportador cobra el embarque, el *forfaiter* paga contra la entrega de documentos y el importador recibe la mercancía, procediendo a pagar al *forfaiter* en la fecha de vencimiento de la letra de cambio.

El *forfaiting* se usa exclusivamente en operaciones de comercio internacional.

1.4 PRÉSTAMO MERCANTIL

Establece el art. 486 CC, que se reputa mercantil el préstamo cuando se contrae en el concepto y con expresión de que las cosas prestadas se destinan a actos de comercio, y no para necesidades ajenas de éste. Se reputa mercantil el préstamo que se contrae entre comerciantes, así como los que se hacen por los bancos e instituciones de crédito.

Es importante, recordar que la legislación nacional regula la figura del préstamo en el código civil y el código mercantil. Sostienen expertos que esa clasificación corresponde a una reminiscencia del pasado, que los modernos códigos han superado.

Lo importante, es precisar que la mercantilidad del préstamo está determinado por los siguientes elementos: las cosas prestadas se destinan a actos de comercio, si concurren comerciantes o lo practica una institución financiera.

Sobre el primer elemento, este sistema de identificación ex post plantea problemas cuando hay que calificar el préstamo al momento de celebrarlo, porque en ese momento puede ignorarse cuál será el destino de las cosas prestadas.

En cuanto al segundo elemento, al imponer la condición de comerciante, refleja la inconsistencia del acto de comercio objetivo, como delimitador de la materia mercantil.

En relación al tercer elemento, no cabe duda acerca de la mercantilidad de la operación.

Hay que considerar además, que el art. 490 CC plantea que la calidad de gratuito no se presume en los préstamos mercantiles, y éstos ganarán intereses legales.

En cuanto a las clases de préstamos mercantiles señalamos lo siguiente:

Préstamo de dinero: El art. 487 CC determina que en el préstamo en dinero, pagará el deudor, devolviendo una cantidad igual a la recibida.

Préstamo de títulos valores: art. 488 CC señala que en el préstamo de títulos valores, pagará el deudor devolviendo otros tantos de la misma clase e idénticas.

Préstamo de cosas fungibles: art. 488 CC si los préstamos fueren en especie, deberá el deudor devolver igual cantidad en la misma especie y calidad o su equivalente en metálico si se extingue la especie debida.

1.5 CUENTA CORRIENTE MERCANTIL

Define el art. 519 CC, que habrá contrato de cuenta corriente, siempre que dos personas, teniendo que entregar valores una a otra, se obligan a convertir sus créditos en partidas de debe y haber, y de manera que solamente resulte exigible la diferencia final procedente de su liquidación.

Considerando dicho artículo, se puede afirmar que por medio del contrato de cuenta corriente mercantil los contratantes, que como regla general serán comerciantes, se ponen de acuerdo en que durante un plazo de tiempo y por un monto económico predeterminado se concederán créditos recíprocos. Siendo este el criterio para que los tratadistas lo clasifiquen en contratos de financiación.

La recíproca concesión de créditos implica el compromiso de las partes de no exigirse el saldo de cada una de las diferentes operaciones que conforman la negociación, siendo exigible el saldo global que resulte del conjunto de las operaciones. Cada

una de las operaciones tendrá un reflejo contable, debe y haber, como instrumento de representación de las diversas prestaciones recíprocas que componen la relación de negocios. El asiento en cuenta corriente de mercaderías o créditos, se presume bajo la cláusula salvo buen cobro, art. 521 CC.

Pueden ser objeto del contrato toda clases de negociaciones y todo género de valores transmisibles en propiedad, art. 520 CC.

Antes que la cuenta corriente se cierre, las partes no se considerarán como acreedores o deudores, hasta que la misma se cierre y se fije el estado de las relaciones jurídicas entre las partes, nace el derecho a la compensación del crédito con el débito y se determina la persona del acreedor y del deudor; art. 525 CC.

2. Contratos bancarios

Las operaciones bancarias se clasifican en activas, pasivas y neutras.

Es necesario recordar lo dispuesto en el art. 108 LGB, los bancos no podrán dar informes de las operaciones activas y pasivas que celebren con sus clientes, sino al depositante, ahorrador, suscriptor, deudor, beneficiario, según fuere el caso, a sus representantes legales, o a quienes tengan poder para retirar los fondos o para intervenir en la operación de que se trate, salvo cuando lo autorice expresamente el cliente o cuando lo pidiese autoridad judicial en virtud de providencia dictada conforme a la ley.

El art. 118 señala, los bancos deberán comunicar a sus clientes, las condiciones financieras a que están sujetas las diversas operaciones activas y pasivas, especialmente las tasas de intereses nominales o efectivas con su respectiva forma de cálculo. En los contratos de préstamos deberán expresar claramente el costo para el cliente de la operación, comisiones o cualquier otro cargo que afecte al deudor.

La LGB en el art. 46 plantea que en los contratos que los bancos celebren con sus clientes, éstos podrán pactar libremente las tasas de intereses. Por consiguiente, quedan derogadas todas las disposiciones legales que se opongan a este artículo.

En cuanto al marco regulatorio en Centroamérica, el código de comercio establece disposiciones en cuanto los contratos siguientes:

Guatemala: Reporto, depósito irregular, del depósito en almacenes generales, apertura de crédito, descuento, cuenta corriente, tarjetas de crédito, crédito documentario, fideicomiso.

Honduras: De los créditos, apertura de crédito, descuentos, créditos documentarios, anticipos, crédito de la producción, préstamo mercantil, reporto, cuenta corriente, cartas de crédito, depósitos de dinero, de ahorro, de títulos valores, cédulas hipotecarias, bonos hipotecarios, bonos comerciales, pagos y cobros por los bancos, servicio de caja y seguridad, servicios de custodia, otros servicios bancarios.

El Salvador: Apertura de créditos, descuentos, créditos documentarios, anticipo, préstamo mercantil, crédito a la producción, prenda, reporto, cuenta corriente, depósito en cuenta de ahorro, cédulas hipotecarias, bonos bancarios, fideicomiso, pagos y cobros, servicio de custodia, cajas de seguridad, otras operaciones de crédito.

Costa Rica: Préstamo, fianza, contrato de prenda, cuenta corriente en general, cuenta corriente bancaria, fideicomiso.

Realizo esa breve enumeración, con el objeto de que se comprenda los vacíos que se presentan con nuestro código de comercio y las consecuencia que se derivan para el sujeto que negocia en condiciones de desigualdad, sobre todo en los contratos bancarios que son de adhesión.

Procederemos al análisis de los principales contratos que corresponden a esta clasificación.

2.1 OPERACIONES PASIVAS

Joaquín Garrigues, define sobre las operaciones pasivas, que: Consisten, en esencia, en la aceptación en propiedad de capitales ajenos para el fortalecimiento de los propios medios de explotación, o dicho en otras palabras, en la admisión de capital ajeno para su inversión lucrativa, en los formatos previstos por la Ley.

En cuanto a los depósitos, éstos se clasifican en regulares e irregulares.

En relación a los depósitos regulares, se caracterizan en que el depositante sigue siendo dueño de la cosa depositada; el depositante persigue una típica y clara finalidad de custodia, es decir la institución financiera no puede usar, ni disponer de las cosas depositadas (ver contrato de depósito Lección No. 14). Puede realizarse depósito de custodia (cajas o paquetes) y depósitos de títulos valores.

Son depósitos irregulares, los bancarios propiamente dichos, se caracterizan por el hecho de que el banco recibe la propiedad del dinero depositado y dispone de él en la forma que estime conveniente, con la obligación de restituir dinero de la misma especie y calidad del que fue objeto el depósito.

Los depósitos irregulares o bancarios se clasifican atendiendo al momento en que la institución financiera esté obligada a la restitución de la cantidad, a la vista y a plazo. En los primeros, las partes pueden retirar en cualquier momento las cantidades; en los segundos, las partes pactan un plazo hasta el cual el depositante no puede retirar las cantidades, llegado el cual podrá prorrogar el contrato o proceder a la retirada.

Cuando los titulares de los depósitos son varios, pueden presentarse dos situaciones: Puede pactarse que para realizar cualquier operación sobre tales depósitos sea precisa la actuación conjunta de todas ellas. En este caso se le denomina cuenta o depósito conjunto. Puede pactarse también, que cualquiera de los sujetos pueda libremente realizar todo tipo de operaciones por sí sólo y se habla de cuenta o depósito indistinto.

La LGB señala en el art. 45 se refiere a los fondos disponibles de los depósitos a la vista, a plazo y de ahorro que reciban.

El art. 40 y siguientes, de la misma Ley, plantea que los depósitos se constituyen en calidad de a la vista, de ahorro o a plazo, a nombre de una persona natural o jurídica. Los depósitos devengarán intereses, si son de ahorro o a plazos los mismos podrán capitalizarse. Los depósitos y su retiro, se comprobarán con las anotaciones hechas por los bancos depositarios en la documentación que para tal fin, la institución proporcione a los depositantes.

2.1.1 Depósitos a la vista

2.1.1.1. La cuenta corriente

La cuenta corriente, es un contrato bancario con individualidad propia, que en sí mismo puede ser soporte contable de una operación activa o pasiva. Pero, en general se considera que la cuenta corriente corresponde a depósitos de dinero a la vista, instrumentados en cuenta corriente que ofrecen completo el servicio de caja. Se expresa, por tanto un “doble contrato”: el correspondiente al depósito de dinero y el de cuenta corriente.

La finalidad fundamental que busca el cliente al abrir este tipo de depósito es la de obtener el servicio de caja y la custodia del dinero; no lo es desde luego, la inversión, pues normalmente el interés percibido es bajo. El hecho que el cliente pueda en cualquier momento disponer de los saldos, provoca que la institución financiera no pueda realizar inversiones a largo, ni a mediano plazo con los mismos.

En este tipo de depósitos queda a discrecionalidad de la institución el conceder descubiertos al cliente, es decir atender órdenes de pago por medio de cheque que superen el saldo depositado.

Las obligaciones del banco son, esencialmente:

1. Tener a disposición del cliente el saldo acreedor que resulte de la cuenta,

2. pagar los cheques que emita el cliente con cargo a su cuenta,
3. remisión periódica al titular de un extracto de los movimientos de cargos y abonos habidos en su cuenta con mención expresa del saldo resultante,
4. poner a disposición del cliente talonarios de cheques,
5. comprobar que el cheque cumple los requisitos de validez (firma del librador, orden de pago, identificación del legitimado, fecha y lugar de emisión),
6. comprobar que se cumpla los requisitos de regularidad (no contendrá enmiendas y borrones, concordancia números y letras, chequera otorgada o aprobada por la institución),
7. no pagar cuando se incumpla con los requisitos de validez y regularidad o falta de fondos.

Las obligaciones de los clientes consisten en:

1. Disponer de la cuenta según la práctica bancaria habitual,
2. comunicar al banco el extravío de un cheque o del cuaderno de cheques,
3. no girar cheques cuando no dispone de los saldos suficientes.

Facultad del banco:

1. Exigir de inmediato sobregiros,
2. dar por concluido el contrato.

Facultad del cliente:

1. Disponer de sus fondos,
2. crear y demandar cheques especiales,
3. revocar la orden de pago, posterior a su vencimiento,
4. expresar su criterio sobre el saldo mensual recibido (conciliación).

La LGB señala en el art. 108 que el banco está obligado a pasar a sus depositantes, por lo menos una vez al mes, un estado de cuentas de sus depósitos en cuenta corriente que muestre el movimiento de las mismas y el saldo al último día del período respectivo, pidiéndole su conformidad por escrito. Dicho estado se remitirá a más tardar dentro de los diez días hábiles siguientes a la conclusión del período de que se trate. Si el banco no recibe contestación alguna dentro de veinte días de remitido el estado de cuentas, éstas se tendrán por aceptadas y sus saldos serán definitivos desde la fecha a que se refiere.

2.1.1.2. Libreta de ahorro

Afirma el tratadista Joaquín Rodríguez, que el depósito en cuenta de ahorro, se distingue por el hecho de que el banco admite diversos y sucesivos abonos para su ingreso en la cuenta y sucesivas disposiciones para cargo en la misma.

El tratadista colombiano Sergio Rodríguez Azuero, sostiene en cuanto a los depósitos en cuenta de ahorro, que proviniendo los recursos de los pequeños ahorradores y dadas las altas tasas de crecimiento de la población en América Latina, ello se traduce en la existencia de un número elevado de clientes de ahorros y de bajos promedios en cuenta, como resultado de recibir pequeñas sumas para estimular los depósitos.

En las libretas de ahorro no se admiten descubiertos y el servicio de caja realizado por el banco es muy restringido. Este tipo de depósitos se instrumenta en un cuaderno o libreta de ahorros, en la cual se van anotando partidas de abonos y reintegros. Es decir, se lleva una doble contabilidad, en la institución bancaria y en la propia libreta, siendo necesario que las anotaciones sean firmadas por un empleado del banco para que adquiera eficacia probatoria.

Conviene aclarar, que las libretas no son títulos valores, son documentos de legitimación. Los depósitos de ahorro de personas naturales, que tengan por lo menos seis meses de duración en un mismo banco depositario, serán inembargables hasta la suma de setenta y cinco mil córdobas en total por persona,

a menos que se trate de exigir alimentos, o que dichos fondos tengan como origen un delito. Las cuentas de ahorro pueden abrirse a nombre de menores de edad, pero el retiro de los mismo será por medio de sus representantes.

2.1.2. *Depósitos a plazo*

En estos depósitos, el cliente se obliga a no disponer de la cantidad hasta que llegue el plazo fijado entre las partes. El banco tiene la seguridad de disponer de ese dinero durante el plazo pactado, por consiguiente puede invertirlo durante el mismo sin problemas. Es usual pactar que para dar por extinguida la relación debe el cliente manifestarlo en un corto plazo anterior a la terminación del contrato; en caso contrario el mismo se prórroga automáticamente por un plazo igual al anterior. En ese caso, se pacta que el interés pueda cambiar, debido a la coyuntura económica. También se acostumbra que los intereses se abonarán en una cuenta distinta, puede ser de ahorro o cuenta corriente.

2.1.3 *Obligaciones bancarias*

Afirma Joaquín Rodríguez, que las obligaciones bancarias tienen como base el crédito territorial, y se denominan obligaciones hipotecarias, tienen como garantía bienes inmuebles, corresponden a éstas las cédulas y los bonos hipotecarios; otras hallan el fundamento en el crédito industrial y comercial, denominándose obligaciones industriales o comerciales, tienen como garantía créditos y documentos derivados de la actividad de una empresa, le corresponden los bonos financieros.

Los bonos hipotecarios son obligaciones emitidas por una institución de crédito con garantía preferente sobre los créditos hipotecarios constituidos a favor de la misma, o sobre ciertos bienes. Se trata de obligaciones, porque son documentos representativos de fracciones del crédito colectivo concedido a la emisora.

Las cédulas hipotecarias, son obligaciones emitidas por instituciones de crédito con la garantía de una hipoteca directa cons-

tituida por el acreditado. Este último, acude al banco porque precisa de un préstamo, a cambio de entregar garantía hipotecaria suficiente. El acreditado suscribe cédulas hipotecarias, documentos que el banco colocará entre inversionistas.

Los bonos financieros, se conceden para el fomento de empresas industriales y comerciales. Normalmente, las instituciones financieras o de inversión emiten este tipo de documentos, con el fin de asegurar rentabilidad suficiente a empresas, ofreciendo los documentos al público inversionista.

La LGB art. 47 señala que los bancos están autorizados a negociar por su cuenta o por cuenta de terceros instrumentos del mercado monetario; toda clase de valores mobiliarios, tales como: bonos, cédulas, participaciones y otros.

2.1.4 Redescuento

Se entiende por redescuento, cuando un banco comercial descuenta títulos con el banco central, los títulos fueron recibidos por el banco comercial por medio de endosos de sus clientes u otorgados a su favor. Por medio de este crédito, el banco puede solucionar situaciones de iliquidez transitoria que presente.

La tasa de redescuento es definida por el banco central considerando la diferencia entre los intereses que el banco comercial cobra a su cliente y los que debe reconocer al banco central. La LGB en el art. 47 señala que los bancos podrán realizar las operaciones de aceptar letras de cambio y otros documentos de créditos girados contra ellos mismos. La LOBC art. 40 faculta al banco central para comprar, vender, descontar y redescantar a los bancos, letras del tesoro y otros títulos de deuda pública, provenientes de emisiones públicas.

2.2 OPERACIONES ACTIVAS

Joaquín Rodríguez señala, que las operaciones activas consisten en la concesión de crédito hechas por el banco; se trata de que éste proporciona dinero a cambio de promesas de restitución.

2.2.1 Préstamo o mutuo

Afirma Sergio Rodríguez Azuero, que se trata de un contrato en el cual una de las partes entrega a otra cierta cantidad de cosas fungibles con la obligación para esta última de restituir igual cantidad identificada por su género y calidad.

El art. 486 CC determina que se reputa mercantil el préstamo que se contrae entre comerciantes, así como los que se hacen por los bancos e instituciones de crédito.

Se plantean como obligaciones del mutuuario (cliente) la de pagar los intereses, restituir el bien o la suma recibida, en el caso de dinero puede ser en córdobas o en moneda extranjera, tal y como lo determina la LM.

En cuanto a las obligaciones del mutuante, se sostiene por diversos tratadistas, que al entregar el dinero al banco nace el contrato, y por tanto las únicas obligaciones que se derivan son a cargo del mutuuario.

Se establece, la clasificación siguiente por la Superintendencia de bancos sobre las carteras de créditos:

Créditos comerciales: Son los créditos u otras obligaciones otorgadas a personas naturales o jurídicas, destinados a financiar actividades comerciales, productivas y de servicios o cualquier otra actividad de carácter económico.

Créditos de consumo: Son los créditos directos otorgados a personas naturales destinados a financiar la adquisición de bienes de consumo o el pago de servicios, cuyo monto al momento del otorgamiento no exceda la suma equivalente en córdobas a diez mil dólares y que se hayan pactado bajo condiciones de pago en cuotas niveladas iguales y sucesivas, con un componente de interés y de amortización en la misma. Todo crédito de monto superior al establecido, deberá clasificarse como crédito comercial, se imputarán a este grupo las deudas originadas a través del sistema de tarjetas de crédito.

Créditos hipotecarios para vivienda: Aquellos otorgados por las instituciones financieras para la adquisición, construcción, reparación, remodelación, ampliación, mejoramiento o subdivisión de viviendas, así como para la adquisición de lotes con servicios, para fines de construcción de viviendas, siempre que se encuentren amparados en su totalidad con garantía hipotecaria, y que sean pagaderos en cuotas periódicas.

Créditos de habilitación o avío: es el otorgado a los propietarios de fincas y empresas productoras de artículos exportables para el mantenimiento de sus fincas o empresas, y la recolección y beneficio de sus frutos. La habilitación confiere al habilitador un privilegio especial para pagarse con la próxima cosecha la cual se considerará como retenida legalmente a su favor (Ley sobre Habilitaciones 1934).

2.2.2 Apertura de crédito

Rodrigo Uría afirma, que es un contrato por el que el banco concede crédito al cliente (acreditado) por un cierto plazo y hasta una suma determinada obligándose, a cambio del percibo de una comisión, a poner a disposición de aquel dentro de ese límite las cantidades que le reclame el plazo fijado.

Siendo elemento fundamental y diferenciador la concesión de crédito al cliente, donde la concesión se expresará, en términos generales, en la disponibilidad de una suma de dinero o a realizar otras prestaciones que le permitan obtenerlo al cliente. Se sostiene que la disponibilidad, no implica que por eso deje de ser un derecho de crédito, en vista de que la disponibilidad concedida al acreditado no origina la propiedad de la cantidad concedida, sino que resta en el patrimonio del banco, hasta que el acreditado realice su disponibilidad o designe a la persona que pueda efectuarla.

Este derecho de crédito, manifestado en la disponibilidad del mismo, contiene su característica más importante, cual es la de mantener la cantidad acreditada con sucesivas variaciones, sobre la base de los reembolsos que el acreditado puede efec-

tuar durante el período del crédito, de ahí que presenta alguna similitud con la cuenta corriente.

Se determinan como obligaciones de la institución acreditante, la de mantener disponibilidad económica del mismo a favor del acreditado; el contenido del crédito se define en el contrato, consiste en determinar varias disposiciones a la vez sobre reembolsos, manteniendo por medio del sistema de anotaciones en cuenta una línea de crédito constante. Los actos de disposición no son nuevas obligaciones, sino la concreción de la única y principal, especificada en el contrato de concesión de crédito. En donde, la disponibilidad se limitará a una cifra, que figura en el contrato y que debido a la facultad de reembolsos periódicos por parte del acreditado, puede disponerse reiteradamente.

En cuanto a las obligaciones del acreditado, se plantea que son fundamentalmente de carácter económico, consisten en el pago de comisiones y gastos repercutibles, reconocimiento de la devaluación de la moneda, pago de intereses, liquidación y ejecución de los saldos.

2.2.3 *Tarjetas bancarias*

Se define, que la tarjeta es un documento de plástico que incorpora una serie de datos: número de identificación personal en la banda magnética, nombre de la tarjeta, nombre del emisor o gestor, nombre del titular, fecha de caducidad.

Las tarjetas se clasifican en:

1. Por el emisor: en bancarias y no bancarias,
2. por su función: a) tarjetas de crédito en sentido estricto, cuyo emisor concede crédito a su cliente hasta un determinado límite al mes, fijado de antemano, crédito que tiene el carácter de rotativo; b) tarjetas de cargo, en las que no hay más crédito que el que corresponde a los días entre el momento de la adquisición y el que se fija como cierre de la cuenta todos los meses; c) tarjetas de débito, sirven para pagar en puntos de venta o establecimientos adheridos,

retirar fondos de cajeros automáticos, pero con la particularidad, al no mediar crédito alguno, de que el importe del bien, del servicio o de la extracción se adeuda automáticamente en la cuenta del titular y se abona en la del establecimiento; d) tarjetas de garantía de cheque, son tarjetas entregadas por el banco a su cuentacorrentista o persona autorizada por éste para girar sobre su cuenta, y que permiten librar cheques cuyo pago garantiza al tomador, hasta una determinada cuantía, el banco librado u obtener dinero en cualquier sucursal; e) existen además tarjetas que sirven para la adquisición de determinados bienes o servicios,

3. por el número de personas que intervienen en la operación, se distingue entre tarjetas bilaterales, trilaterales o cuatrilaterales. Las bilaterales no son bancarias, donde sólo hay un emisor y un titular; en las trilaterales, existe una entidad emisora, un titular y un establecimiento proveedor de bienes o servicios; en las cuatrilaterales, intervienen dos bancos, en vista de que el establecimiento afiliado funciona con el suyo propio del que es cliente y que le abona las facturas que presenta.

En base a las clases de tarjetas, se deduce que cumplen en algunos casos una función de instrumento de pago, o de instrumento de crédito o de garantía.

En relación a las tarjetas de crédito, es decir las bancarias, trilaterales y cuatrilaterales intervienen en la operación tres o cuatro personas, creándose relaciones jurídicas entre el titular y el emisor / gestor, entre el titular y el establecimiento, entre éste y el emisor / gestor y entre los bancos.

El titular de una tarjeta de crédito es una persona natural, se puede otorgar tarjetas adicionales a solicitud del titular, hay tarjetas de empresa, se expiden a nombre de los empleados, en ese caso la empresa la solicita y con cargo a cuenta.

El establecimiento es cualquier persona natural o jurídica que suministre bienes o servicios a los consumidores; debe afiliarse

a un sistema de tarjetas de crédito mediante un contrato con la entidad emisora/ gestora.

Se plantea como obligaciones de la entidad de crédito, poner a su disposición hasta una cantidad mensual de dinero, pudiendo adquirir bienes y servicios en establecimientos afiliados o retirar dinero en metálico, el crédito será rotativo, entregar la tarjeta y facilitar el número de identificación personal, reemplazar el instrumento en caso de extravío, robo o desgaste de la banda magnética, impedir la ulterior utilización del instrumento una vez que se reporta el extravío o sustracción, proporcionar instrucciones sobre su uso, responsabilidad por operaciones no ejecutadas o incorrectamente ejecutadas y por operaciones no autorizadas.

En cuanto al titular, sus obligaciones son, reembolsar las cantidades prestadas, los interés y el ajuste cambiario, utilizar convenientemente la tarjeta, conservarla de forma adecuada y denunciar en breve plazo su pérdida o sustracción.

Sobre las tarjetas de débito, se plantea que dan acceso a la cuenta bancaria del poseedor en la que repercutirán las operaciones efectuadas mediante la tarjeta, retiro de billetes o pagos efectuados en una terminal.

UNCITRAL plantea, que las tarjetas de débito se incluyen como subcategoría especial dentro de las transferencias de fondos por medios electrónicos activadas por el cliente.

Las operaciones realizadas por medio de tarjetas de debito se contabilizan en una cuenta designada al efecto por el titular.

El titular se obliga a disponer una cuenta bancaria en el banco emisor, así como disponer de fondos en esa cuenta.

El banco emisor paga en nombre y por cuenta ajena, cargando inmediatamente en la cuenta vinculada al importe.

2.2.4 Anticipo

Existen dos posiciones en cuanto al anticipo, algunos lo consideran como un mutuo prendario y otros expertos lo consideran como un contrato de apertura de crédito.

Afirma Sergio Rodríguez Azuero, si el anticipo no es nada distinto de un mutuo prendario, podría definirse como el préstamo otorgado por un establecimiento bancario con garantía prendaria por parte del deudor. La garantía recaerá sobre bienes muebles.

Joaquín Rodríguez sostiene, es un contrato de apertura de crédito en el que el acreditante pone a disposición del acreditado una parte del valor de la garantía prendaria que éste proporciona.

Me inclino por la corriente del tratadista Joaquín Rodríguez, considerando que el anticipo es la operación a la que habitualmente se recurre cuando una persona que dispone de mercancías o de títulos no pudiere deshacerse de ellos definitivamente, pero para satisfacer su necesidad de dinero acude al acreditante, que se lo proporciona con la garantía de la prenda de dichas mercancías o títulos.

El art. 47 de la LGB plantea que los bancos están autorizados para efectuar las operaciones de conceder adelantos.

2.2.5 Descuento

Define el código civil italiano de 1942, que el contrato con el cual el banco, previa deducción del interés, anticipa al cliente el importe de un crédito frente a tercero, aún no vencido, mediante la cesión salvo buen fin del crédito mismo.

Por medio de este contrato, el acreditante pone a disposición del acreditado una suma de dinero y éste cumple la obligación de restitución, transmitiendo al primero un crédito cuyo vencimiento ha de ocurrir en fecha posterior a aquella en la que el acreditante tiene que poner a disposición del acreditado la suma importe del crédito.

Existen diversos criterios por los tratadistas en relación a la causa o función económica del descuento, pero mayoritariamente un sector se inclina a considerarlo como un contrato de crédito, lo es también de liquidez, porque supone el intercambio de un activo financiero, por un activo monetario, efectuado con carácter pleno y poseyendo, por consiguiente, virtualidad traslativa.

El objeto del contrato de descuento tiene que ser un crédito pecuniario, ya que su razón es movilizar el crédito dinerario; el objeto tiene que ser un crédito contra tercero, es decir permitirá que un acreedor pueda disponer inmediatamente de las sumas de dinero que sus deudores deben, pero que no pueden hacerse efectivas de forma inmediata; el objeto del descuento tiene que ser un crédito aún no vencido, esto implica que el crédito descontable tiene que poseer una fecha de vencimiento futura y determinada.

El art. 47 LGB señala que los bancos podrán efectuar las operaciones de descuentos.

2.2.6 *Reporto*

Por medio del reporto, el reportador adquiere por una suma de dinero la propiedad de títulos de crédito, y se obliga a transferir al reportado la propiedad de otros tantos títulos de la misma especie, en el plazo convenido y contra reembolso del mismo precio más un premio.

Por medio de esta figura, el banco pretende otorgar un crédito a su cliente y no la adquisición de títulos, para lo cual los recibe en propiedad pero con el compromiso, a retransmitírselos en especie o su equivalente, contra el reembolso de la suma entregada más una remuneración.

El objeto del contrato recae en títulos de crédito, en donde la obligación del reportador es genérica.

Esta figura opera en nuestro país fundamentalmente, como una operación bursátil.

2.3 OPERACIONES NEUTRAS

Dentro de la clasificación de las operaciones o contratos bancarios tenemos las operaciones neutras, se denominan así, porque no implican concesión de crédito por las partes contratantes, corresponde a las actividades de mediación o servicios bancarios en los pagos, en el desempeño de ciertos servicios por cuenta de sus clientes y en recibir bienes en simple custodia.

La LGB en el art. 48 plantea que los bancos podrán efectuar las operaciones de confianza siguientes: Recibir en custodia fondos, valores, documentos y objetos, alquiler de cajas de seguridad; comprar y vender a solicitud del cliente valores mobiliarios; hacer cobros y pagos por cuenta ajena, y efectuar otras operaciones por encargo del cliente; actuar como depositario judicial y extrajudicial; actuar como liquidador de toda clase de negocios; intervenir en la emisión de títulos de créditos; actuar como mandatario de personas naturales o jurídicas; actuar como fiduciario.

2.3.1 Depósito

En cuanto al depósito se puede consultar la Lección No. 14.

2.3.2 Servicio de cajas de seguridad

En cuanto al servicio de cajas de seguridad, por medio de este contrato el cliente de un banco, a cambio de un canon o precio, procura el uso de un espacio cerrado dentro de una cámara acorazada, permitiéndole introducir en tal espacio dinero u otras cosas de valor. El uso de la caja es personal pero el usuario está autorizado a delegar en otros el derecho de apertura. Las obligaciones del banco consisten en poner a disposición del usuario una caja segura, así como la custodia de los locales.

2.3.3 Crédito documentario

Es tradicionalmente un medio de pago en las compras internacionales, la Cámara de Comercio Internacional elaboró las Reglas y usos uniformes relacionados a los créditos documentarios. Estas Reglas definen el crédito documentario como todo

acuerdo, cualquiera que sea su denominación o descripción, por el que un banco (emisor) obrando a petición y de conformidad con las instrucciones de un cliente (ordenante) y en su propio nombre:

1. Se obliga, bien a hacer un pago a un tercero (beneficiario) o a su orden, o bien a aceptar y pagar letras de cambio o instrumentos de giro librados por el beneficiario,
2. autoriza a otro banco para que efectúe el pago o para que acepte y pague tales instrumentos de giro,
3. autoriza a otro banco para que negocie, contra la entrega de los documentos exigidos, siempre y cuando se cumplan los términos y condiciones del crédito.

Los créditos documentarios se dividen en:

1. *Revocables*: En ellos, el banco se reserva el derecho a cancelar o modificar en cualquier momento su compromiso frente al beneficiario,
2. *Irrevocables*: Estos son los más habituales en la práctica, ya que cumplen el objetivo fundamental de los créditos documentarios, dando seguridad al tráfico jurídico. Todo crédito deberá indicar claramente si es revocable o irrevocable, pero a falta de indicación expresa, el crédito será considerado irrevocable.

Obligaciones del ordenante del crédito documentario: Dar instrucciones precisas y concretas al banco, dotar de provisión de fondos al banco, devolver al banco las cantidades por éste satisfechas.

Obligaciones del banco emisor: Atenerse a las instrucciones del ordenante y en consecuencia, emitir el crédito o garantía a favor del beneficiario, examinar los documentos que le entregue al beneficiario y rechazar los que en su aspecto formal sean incorrectos, ajustándose a las instrucciones recibidas.

En cuanto a la naturaleza de la relación jurídica beneficiario-banco emisor, se trata de una promesa unilateral de pago, constituye un compromiso firme del banco frente al beneficiario.

El crédito documentario será transferible, cuando el primer beneficiario puede requerir al banco poner el crédito a disposición de uno o más beneficiarios (segundos beneficiarios); el beneficiario se reserva el derecho a dar instrucciones al banco para que el crédito ya emitido pueda ser utilizado, en todo o en parte, por uno o más terceros.

El crédito documentario subsidiario, es aquél emitido con la finalidad de que el beneficiario-vendedor pueda utilizarlo como garantía de un nuevo crédito documentario a emitir a favor de sus proveedores o suministradores. El beneficiario, pasa a ser el ordenante de un segundo crédito documentario a favor de un tercero, quedando el primer crédito documentario en garantía de sus obligaciones frente al banco como ordenante del segundo crédito documentario.

2.3.4 Fideicomiso

Se define, que el fideicomiso es un negocio jurídico indirecto y fiduciario en virtud del cual la institución fiduciaria adquiere la propiedad de ciertos bienes que le trasmite al fideicomitente, con obligación de dedicarlos a un fin convenido.

Los sujetos que intervienen en el fideicomiso son: el fideicomitente que es quien establece el fideicomiso y destina para el cumplimiento del mismo los bienes necesarios; el fiduciario a quien se trasmite la propiedad de los bienes y se encarga del cumplimiento del fideicomiso; y el fideicomisario o beneficiario que es quien recibe el beneficio derivado del fideicomiso. Cabe aclarar, que el fideicomitente y el fideicomisario pueden ser la misma persona, pero el fiduciario no puede ser el beneficiario del fideicomiso.

Sólo pueden ser fiduciarios las instituciones del sistema financiero nacional autorizados por la Superintendencia de Bancos.

Pueden ser objeto del fideicomiso toda clase de bienes y derechos, salvo aquellos que, por disposición de la ley, sean estrictamente personales de su titular.

La finalidad del fideicomiso pueden ser todas aquellas actividades permitidas por la ley, es decir se puede constituir fideicomiso en garantía, de renta, de beneficencia, siendo prohibidos los fideicomisos secretos, aquellos en los cuales el beneficio se conceda a diversas personas sucesivamente que deban sustituirse por la muerte del anterior, o aquellos cuya duración sea mayor al límite previsto por la ley.

El desempeño del fideicomiso otorga derechos al fiduciario a obtener una retribución por los servicios que ello implica, el pago de la retribución puede quedar a cargo del fideicomitente, de sus causahabientes o del fideicomisario.

El fideicomiso puede ser constituido por acto entre vivos o por testamento, siempre constará por escrito y deben ajustarse a los términos previstos en la legislación.

Entre las obligaciones del fiduciario podemos mencionar, administrar los bienes en la forma establecida, hacer inventario y prestar caución, mantener los bienes separados del resto de sus activos, llevar la personería para la protección de los bienes, rendir cuenta de su gestión, transferir los bienes a quien corresponda, guardar secreto, consultar a la autoridad jurisdiccional o administrativa.

Como derechos del fideicomitente se menciona, el de revocar el fideicomiso, exigir rendición de cuentas, ejercer la acción de responsabilidad contra el fiduciario, pedir la remoción del fiduciario, obtener la devolución de los bienes. En cuanto a sus obligaciones, está la de remuneración, reembolsar los gastos, saneamiento por evicción.

Como derechos del beneficiario, destacó entre otros, exigir al fiduciario el cumplimiento, impugnar los actos anulables, solicitar la remoción del fiduciario, revisar los estados financieros.

2.3.5 *Mediación en los pagos*

Las transferencias o giros, consisten en el pago que el banco efectúa por cuenta del cliente; si el pago se realiza en la misma plaza o plaza distinta se trata de un giro. La transferencia implica que el que solicita el pago es el cliente con cuenta en el banco, es decir el cumplimiento de la operación sólo supone un cargo en la cuenta que solicita el pago.

Otra actividad consiste en la elaboración de cheques a solicitud de un cliente, caso concreto es el de los cheques de viajeros.

2.3.6 *Mediación en los cobros*

Los bancos pueden encargarse de cobrar letras de cambio, cheques y otros documentos, por cuenta de las personas que se encargan de este servicio, correspondiendo al titular de los documentos el endoso al cobro.

2.3.7 *Medios de pagos internacionales*

Las transacciones comerciales internacionales se instrumentan mediante un contrato determinado, donde se estipulan derechos y obligaciones de las partes. En donde la elección del medio de pago para liquidar la operación es uno de los factores más importantes a considerar en las cláusulas contractuales.

Para la elección del medio de pago, deberán considerar los siguientes factores:

- La confianza entre las partes.
- La solvencia del importador.
- La agilidad del medio de pago elegido.
- La situación económica y política en el país del comprador.
- Costes y comisiones que conlleva el medio de pago.

En la práctica, se utilizan los mismos medios de pagos en transacciones nacionales o internacionales, con excepción de algunos que son específicos del comercio internacional (la orden de pago, la remesa y el crédito documentario).

Los medios de pago simple poseen las características siguientes:

Se basan en la relación comercial de confianza existente entre las partes; los documentos comerciales no son desencadenantes del pago, sino que su función se limita a conferir la propiedad de la mercancía, informar sobre su calidad, cantidad, etc., el pago puede ser anterior o posterior a la entrega de la mercancía.

Medios de pago simple son: el cheque personal, el cheque bancario, la orden de pago simple y la remesa simple.

Los medios de pago documentarios poseen las características siguientes:

Se basan en la mínima relación de confianza existente entre las partes; los documentos comerciales son tramitados por los bancos, son desencadenantes del pago y constituyen la esencia de la operación; la relación entrega de la mercadería y pago, se considera simultánea, es decir, el importador no paga hasta que no recibe los documentos comerciales.

Medios de pago documentarios son: la orden de pago documentaria, la remesa documentaria y el crédito documentario.

1. Cheque personal, es un documento que lleva implícito un mandamiento de pago a favor de una persona concreta, ver Lección No. 21.
2. Cheque bancario, es el título emitido por una entidad financiera que lleva implícito un mandato de pago a favor del beneficiario, con cargo a una cuenta abierta en otra entidad financiera extranjera o contra sí misma.

Se trata de un documento emitido por un banco, por instrucciones del comprador, que sirve para cobrar el importe de la transacción comercial a su presentación por el beneficiario o vendedor. Tiene un funcionamiento paralelo al del cheque personal con la diferencia de que es emitido por una institución financiera contra sus propios fondos. El cheque bancario, junto con la orden de pago son de los instrumentos más utilizados en el comercio internacional.

El funcionamiento es el siguiente, el importador es el obligado a pagar, acude a la institución financiera para solicitar el cheque, depositando los fondos respectivos.

El banco emisor o librador, es la institución que emite el cheque, siendo la depositaria de los fondos del importador.

El banco pagador o librado, es la institución sobre la que se libra el cheque, por consiguiente atiende el pago.

Exportador, es la persona a cuyo favor se expide el cheque y normalmente es el poseedor que lo presenta al cobro.

3. Orden de pago simple, se entiende la transferencia bancaria o pago directo que efectúa el banco del importador al banco del exportador o a su corresponsal. Se caracteriza por la inexistencia de soporte documental, simplemente se realiza una comunicación interbancaria por medios telefónicos o electrónicos. Este medio de pago presenta como ventajas el de la rapidez y la seguridad, se afirma que es el instrumento financiero más utilizado en el comercio internacional.
4. Orden de pago documentaria, es un medio de pago poco frecuente, consiste en que el importador da instrucciones a su banco para que pague al beneficiario el importe de la operación mercantil, contra la identificación de que presentará y la determinación de los documentos a ser entregados.

Los sujetos que intervienen son los mismos en la orden de pago simple. La orden de pago puede transmitirse por correo, télex o fax.

5. Remesa, consiste en la orden dada por el exportador a su banco para cobrar al importador el monto de la operación contra la entrega de ciertos documentos.

La remesa es simple, cuando el cobro se efectúa mediante el envío de documentos financieros (letra de cambio, pagaré) a los que no se añaden documentos comerciales.

La remesa es documentaria, cuando el cobro se realiza mediante documentos comerciales (carta de porte, seguros, lista de empaque, documentos aduaneros) acompañados o no de documentos financieros.

6. Crédito documentario, el tema es desarrollado en la Lección No. 15.

3. Contratos de garantía

3.1. PRENDA MERCANTIL

Modernamente, se hace uso de forma amplia del contrato de prenda, como garantía de diferentes operaciones mercantiles.

El código civil art. 3728, define como prenda: El deudor puede asegurar el cumplimiento de su obligación entregando al acreedor o a quien le represente, algún objeto mueble para que le sirva de garantía.

Señala el art. 506 CC, que la prenda constituida para garantizar un acto de comercio, se reputa mercantil. Pueden servir de prenda comercial, todos los bienes muebles, art. 507 CC. Al constituirse prenda de títulos a la orden y letra de cambio, debe indicar el endoso la palabra “valor en garantía”, art. 508 CC. La prenda mercantil deberá constituirse con los mismos requisitos de forma que el contrato al cual sirve de garantía, art. 508 CC. Para que la prenda se tenga constituida, deberá ser entregada al acreedor real o simbólicamente, surtiendo efecto contra tercero, mientras permanezca en poder del acreedor art. 510 CC, en este caso nos referimos a la denominada prenda con desplazamiento. La prenda responderá del pago del principal de la deuda, los intereses de éste, y los gastos hechos por el acreedor para la conservación de la prenda, art. 511 CC.

3.2 PRENDA AGRARIA O INDUSTRIAL.

Señala dicha ley, que se establece el contrato de prenda agraria o industrial, en garantía especial de préstamos de dinero. Sólo pueden darse en prenda los bienes siguientes:

1. Los animales de cualquier especie y sus productos,
2. las máquinas en general, instalaciones, herramientas, utensilios y demás cosas muebles, destinadas a trabajos y explotaciones agrícolas y ganaderas o industriales,
3. las semillas, los frutos y las cosechas de cualquier naturaleza, pendientes, en pie o separados, en estado natural o elaborados,
4. las materias primas de toda clase, así como los productos de fábricas o industriales, manufacturados o en curso de fabricación,
5. las sementeras o plantaciones en cualquier estado de su desarrollo,
6. las maderas en pie, cortadas, labradas o elaboradas,
7. las cosechas o frutos, siempre que los árboles o plantas que deben producirlos hayan de dar cosecha o los frutos dentro de un plazo no mayor de 18 meses desde la fecha de suscripción del contrato.

Los bienes gravados con prenda, garantizan al acreedor, con privilegio especial, el importe del préstamo, intereses, comisiones y gastos, en los términos del contrato. El privilegio del acreedor prendario se extiende a la indemnización del seguro de los bienes pignorado, en caso de siniestro. El contrato se constituye en documento privado o escritura pública, los registros públicos llevarán un registro especial que se denominará registro de prenda agraria o industrial.

El deudor, conservará a nombre del acreedor la posesión de los bienes pignorados; podrá usar de ellos, sin menoscabo de su valor; está obligado a realizar por su cuenta los trabajos y gastos necesarios para su conservación, reparación y administración,

así como la recolección en su caso; y tendrá respecto a dichos bienes, los deberes y responsabilidades de los depositarios. Los bienes dados en prenda no podrán ser trasladados del lugar de explotación en que se encontraban al constituirse la prenda, salvo que el contrato lo autorice o que las partes, por escrito lo acuerden. El acreedor prendario tendrá acción real para perseguir los bienes afectos a la prenda en cualquier caso de desposesión no autorizada por la ley. Queda prohibido al deudor celebrar otro contrato sobre los mismos bienes, salvo consentimiento del acreedor. Si el deudor impide al acreedor practicar la inspección de los bienes dados en prenda, o que los bienes pignorados sufren daño, o a los fondos suministrados se les dio un destino diferente, podrá el acreedor solicitar la entrega de los bienes. El crédito prendario será transferible por endoso, debiendo ser autenticado o presentado al Registrador.

El pago del préstamo, la cancelación de la garantía, las modificaciones o novaciones del contrato primitivo, se harán constar en las mismas formas previstas para la constitución del crédito prendario. Las acciones civiles prescriben en tres años; será considerado como reo de estafa los que defraudaren al acreedor.

3.3 PRENDA COMERCIAL

Se define, que podrá constituirse prenda comercial sobre una cosa mueble para garantizar el pago del precio convenido, cuando ha sido comprada a crédito, o para garantizar un préstamo en dinero destinado a dicha compra. Incluso, podrá constituirse prenda sobre bienes ajenos previo y expreso consentimiento del dueño.

El deudor prendario tendrá dominio de la cosa pignorada y conservará su posesión en calidad de depositario, podrá utilizarla, servirse de ella con las obligaciones de reparar su deterioro y mantenerla en buen estado, salvo caso fortuito o de fuerza mayor. Podrá constituirse entre las partes una segunda prenda comercial sobre la cosa gravada. Teniendo el acreedor pignoraticio derecho de preferencia sobre la cosa ante cualquier acreedor. El privilegio se extiende a la indemnización de

riesgo bajo la cobertura del seguro y a cualquier beneficio que originare la cosa gravada.

El contrato se podrá constituir en escritura pública o documento privado, el cumplimiento de la obligación, las modificaciones que se realicen en el contrato y su cancelación, deberán constar con la misma formalidad; los pagos o abonos parciales se harán constar en simples recibos. El deudor, en cualquier momento podrá librar del gravamen la cosa, pagando el adeudo, si el acreedor se niega a recibir el pago, se podrá consignar. Las acciones civiles prescriben en tres años.

BIBLIOGRAFÍA

1. **BARRECHENA**, Jon; **FERRER**, Miguel e **IRIARTE**, Ainoa; Los Contratos más Utilizados en la Empresa; Deusto S.A.; Barcelona, 1998.
2. **BANCO CENTRAL HISPANO**; Manual Jurídico de las Operaciones Bancarias; Madrid, 1993.
3. **CARBALLO YÁNEZ**, Erick; Nuevo Derecho Bancario y Bursátil Mexicano; Edit. Porrúa; México 1997.
4. **CONSEJO GENERAL DE LOS COLEGIOS OFICIALES DE CORREDORES DE COMERCIO y la UNIVERSIDAD COMPLUTENSE DE MADRID**; Contratos Bancarios; Edit. Civitas; Madrid, 1992.
5. **DÍEZ VERGARA**, Marta; Manual Práctico de Comercio Internacional; Deusto S.A.; Barcelona, 2000.
6. **GARRIGUES**, Joaquín; Derecho Bancario; Madrid, 1958.
7. **JIMÉNEZ SÁNCHEZ**, Guillermo; Derecho Mercantil; Edit. Ariel S.A.; Barcelona, 1990.
8. **MEDINA LEMUS**, Manuel; Contratos de Comercio Exterior; Dykinson; Madrid 1998

9. **MOLLE**, Giacomo; Manual de Derecho Bancario; Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1994.
10. **RODRÍGUEZ AZUERO**, Sergio; Contratos Bancarios; Biblioteca FELABAN; Bogotá, 1990, cuarta edición.
11. **RODRÍGUEZ R.**, Joaquín; Derecho Mercantil Tomo II; Edit. Porrúa S.A.; México, 1994.
12. **VICENT CHULÍA**, Francisco; Introducción al Derecho Mercantil; Tirant Lo Blanchc; Valencia, 1993.
13. **VICENT CHULÍA**, Eduardo; **BELTRÁN ALANDETE**, Teresa; Aspectos Jurídicos de los Contratos Atípicos; Edit. Bosch; 1996, Barcelona.

CONTRATOS ELECTRÓNICOS E INFORMÁTICOS

1. Compra-venta informática

La naturaleza del contrato de compraventa informática en nada difiere de la compraventa mercantil. La venta se perfecciona con la manifestación de voluntad de las partes. Aunque, conviene aclarar que diversos tratadistas sostienen que la compraventa recae sobre el *hardware* y si éste va unido a un *software*, éste no será objeto de venta, sino de un contrato denominado licencia de uso.

Sostiene el tratadista español V. Carrascosa: “tégase en cuenta que las cosas en derecho, son lo que son, y no lo que las partes quieren que sea, de tal forma que aunque se manifieste que se compra el hardware y el software, realmente, la compraventa se ciñe al primero”.

El vendedor, se obliga a entregar un bien informático, dando toda información necesaria para que el comprador conozca las posibilidades y utilidades del bien informático adquirido. Esa información será clara y precisa, y comprende la entrega de documentación y manuales para el usuario.

Si el contrato se perfecciona, el vendedor entregará el bien adquirido y de ser necesario la instalación en el lugar convenido; recordemos que la entrega implica el suministro de la garantía por un tiempo definido.

El comprador, está obligado a pagar el precio de la cosa vendida, en el tiempo y lugar fijados en el contrato.

2. Contratos sobre el software

Se afirma, que el *software* es el elemento más peculiar y caracterizador de los contratos de informática.

Se define, así: Como esos programas que cuando se conjugan con la máquina, son capaces de procesar información al objeto de ejecutar o alcanzar una determinada función, tarea, o resultado.

El programa se traduce al lenguaje máquina (lenguaje binario 0 y 1) y se insertará en un soporte material, que será leído por la computadora, el soporte físico (disco o cinta) contiene una copia de la obra.

El *software* se encuentra protegido por la Ley de Derecho de Autor y Derechos Conexos, artos. 2.26, 13.2, 23, 31, 39.

Entre las modalidades de contratos de *software* menciono:

Contrato de consultoría, se acude a él como fase previa, por regla general, antes de contratar con una empresa de *software* un programa concreto. La empresa consultora determinará las necesidades y posibles soluciones al cliente; incluso la supervisión de la actividad que efectúe la empresa de *software*.

La empresa de *software* (sistema del copyright o anglosajón-sistema de derecho de autor, Ley de Nicaragua art. 52) puede ceder la totalidad de los derechos de explotación de que es titular, la figura a utilizar es la licencia que consiste en la cesión de los derechos de uso del *software*.

La licencia de distribución del *software*, por medio del contrato cede los derechos de distribución del *software*, con el alcance y las limitaciones que el acuerdo contractual determine. Se fijará en el contrato si la licencia es o no exclusiva, si se entregará código fuente, si el distribuidor se puede valer de otros distribuidores.

Licencia de uso del *software*, consiste en que el titular de los derechos de explotación de un programa de cómputo, autoriza a otro utilizar este programa, a cambio de una retribución,

pero conservando el licenciante la titularidad del mismo; el contenido del contrato estriba en la autorización para el uso, sin transferir otro derecho. Forma parte del programa la documentación técnica y sus manuales de uso.

3. Leasing informático

En la lección No. 15, planteaba que el *leasing* es: Aquél por el que una parte denominada arrendador financiero, cede a otra llamada usuario, a cambio del abono de cuotas periódicas, el uso de un bien que es previamente adquirido a un tercero denominado proveedor, por expresa indicación y de acuerdo con las instrucciones recibidas del futuro usuario.

Es decir, el objeto del *leasing* es la financiación de un bien mueble o inmueble. Pero, en materia informática, el objeto se centra sobre el *hardware* en sentido amplio, o sobre el *software*. Es conveniente, tener presente que las operaciones de *leasing* que recaen sobre el material informático o *hardware* como componente de un sistema, no tienen porqué plantear especialidad alguna, aunque el contrato puede precisar algunas peculiaridades. Entre esas peculiaridades que se mencionan en relación al *leasing* sobre el *hardware*, se argumenta el bajo valor residual por el que el usuario ejercita la opción de compra debido al rápido envejecimiento del material.

En relación al *leasing* sobre el *software*, mayoritariamente los tratadistas se inclinan por considerar que no es el procedimiento adecuado para su financiación. Consideran que es dudoso que el *software* pueda ser objeto de una operación de *leasing* de forma independiente del *hardware*, al que pudiera ir unido. Recordemos, que el *software* no puede ser objeto de compraventa, sino de una licencia de uso.

Lo habitual será la negociación sobre un sistema informático y no sobre sus componentes independientes, la respuesta a la posibilidad de concertar una operación de *leasing*, será negativa, porque se estaría ante un *leasing* sobre *hardware*, unido a un contrato de licencia sobre el *software*.

4. Contrato de mantenimiento

La empresa, puede paralizar sus operaciones por un desperfecto en el sistema informático, generando pérdidas, siendo necesario que el empresario disponga de un servicio que prevenga o corrija el desperfecto. Para lo cual, se implementa el mantenimiento al *hardware*, y al *software*.

La moderna doctrina del derecho informático, considera que el contrato de mantenimiento es un arrendamiento de obra que comporta una obligación de medios; otros sostienen que corresponde a un arrendamiento de servicios, de los denominados contratos de *engineering* (Lección No. 14).

Es decir, determinar la naturaleza como arrendamiento de obra o servicios, implica optar por la contratación de una actividad o un resultado.

Los mantenimientos se clasifican de diferentes formas:

Mantenimiento correctivo, consiste en la corrección por el prestador de los defectos de concepción, realización o fabricación que se manifiesten por las anomalías del funcionamiento del *hardware* o del *software*.

Mantenimiento preventivo, es una intervención espontánea del suministrador de los servicios, para verificar que el material está en perfecto estado de funcionamiento y evitar así posibles disfunciones. Supone un control periódico del funcionamiento del equipo informático.

Mantenimiento evolutivo, tiende a asegurar la evolución técnica del material y del *software*.

En cuanto al objeto del contrato, es necesario determinar las prestaciones que se contratan, éstas varían según la clase de mantenimiento que se precise y el tipo de usuario que lo requiera. Puede recaer el mantenimiento sobre el *software* o sobre el *hardware*, o ambos.

Cuando el contrato corresponde al *software*, recordemos que se trata de un bien inmaterial, debiendo remitirnos a la Ley de

Derecho de Autor o de Patentes, según el caso, ya que no se puede intervenir en corregir errores del *software*, solamente puede intervenir el titular. En relación al contrato de *hardware*, son operaciones corrientes. Se afirma que los módulos más habituales de un contrato de mantenimiento son:

- a) *Hot line*.
- b) Adaptación de cambios legales.
- c) Corrección de errores.
- d) Adaptación de cambio sectoriales.
- e) Nuevas versiones o actualizaciones.
- f) Recuperación de información.
- g) Optimización y comprensión del disco duro.
- h) Servicio de *back up*.
- i) Detección y prevención de virus.
- j) Servicio de *escrow*.
- k) Gastos de desplazamiento.

5. Auditoría informática

El empresario requiere conocer si el *hardware* y el *software* contratado es el adecuado, si la utilización es idónea, si el funcionamiento es óptimo, etc. De ahí, es donde cobra importancia la auditoría informática.

Se define como: Una serie de exámenes periódicos o esporádicos de un sistema informático, cuya finalidad es analizar y evaluar la planificación, el control, la eficacia, la seguridad, la economía y la adecuación de la estructura informática de la empresa.

Se afirma, que la auditoría informática se presenta como una forma de revisión y control de los contratos informáticos y su cumplimiento.

6. Outsourcing

Se define, como el servicio independiente que se responsabiliza del óptimo funcionamiento de los sistemas informáticos de la empresa cliente y se preocupa de que dicho sistema sea el idóneo para sus necesidades, teniendo en cuenta tres factores: estructura, recursos humanos y tiempo.

Mediante dicho contrato, el proveedor ofrece al cliente servicios y soporte en el uso de las tecnologías de la información, con el objetivo de coadyuvar al cliente en la mejora de su posición competitiva. Sostienen expertos, que subcontratar los servicios informáticos permite reducir costos, o al menos transformar los costos fijos en variables. Es importante, señalar que el titular del *software* concederá al usuario una licencia de uso y a la empresa de *outsourcing*, una licencia de explotación, pero en beneficio del licenciatario de uso y esto se debe a que si se ofrece licencia de uso al proveedor de *outsourcing*, si hay una ruptura del contrato, el cliente final se queda sin licencia.

7. Escrow

Se define, como aquel por el cual, la empresa de *software* y el usuario pactan la entrega del código fuente a un tercero que se constituye en depositario del mismo y se obliga a entregarlo al usuario, cuando se cumplan las condiciones determinadas en el contrato.

Por eso, es que se afirma que el *escrow* se presenta como el elemento imprescindible para asegurar la viabilidad de un sistema informático con su necesario mantenimiento, actualización y estabilidad, que deja así de estar pendiente de la actitud, o incluso de la subsistencia de la empresa de *software*.

El contrato opera de la siguiente manera: se realiza entre la empresa de *software*, titular de los derechos de propiedad intelectual sobre el programa, y el usuario del mismo, pero a su vez, se exige la concurrencia, por la propia esencia del contrato

de un tercero depositario, por lo que este tercero, o bien interviene en el contrato, o bien se vincula a él a través de un contrato conexo. Es decir, el contrato de *escrow* depende de la existencia del contrato de depósito. Si bien, son contratos diferentes, no deben considerarse independiente, dado a que no existe el *escrow* sin el depósito, incluso cuando el depositario es el mismo usuario o el propio titular del *software*.

La función principal del contrato es garantizar al licenciario el acceso al código fuente, cuando concurren determinadas circunstancias.

Haremos uso de la clasificación de contratos de *escrow* realizada por José Ma. Aguiano Jiménez:

Por el tipo de depósito: *escrow* privado cuando el depósito fuente se hace en una persona natural o jurídica de confianza en ambas partes, que no tenga por actividad profesional la de ser depositario; el *escrow* institucional cuando el depositario se dedique habitualmente a esta labor.

Por la finalidad del depósito: *escrow* titular cuyo objeto es probar la titularidad del programa depositado y *escrow* usuario el cual tiene como sentido garantizar el acceso al código fuente.

Por la forma de contratación: el *escrow* puede ser independiente o bien estar integrado, como cláusula de un contrato de licencia o mantenimiento.

Por el número de usuarios o licenciarios con acceso al código: Será unitario cuando se realiza un depósito por cada licenciario que suscribe el contrato y plural cuando el depósito se realiza para la totalidad de los posibles licenciarios.

Intervienen en el contrato diferentes sujetos, en primer lugar, la empresa titular de los derechos de propiedad intelectual del *software*, que para garantizar en determinadas circunstancias el acceso del usuario al código fuente, realiza un depósito en la persona y con las condiciones pactadas, de esa forma obtiene la prueba de la titularidad del *software*, manteniendo una copia de seguridad del programa.

El otro sujeto, es el usuario de un programa, que necesita como instrumento imprescindible para el mantenimiento o modificación y para la interoperatividad de los programas de computación, disponer del código fuente.

Pero, resulta que la empresa manifiesta temores para suministrar la posesión del código fuente, por eso se implementa el depósito, con la obligación de entregarlo o desprecintarlo, cuando se cumplan una serie de supuestos como pueden ser: quiebra, suspensión de pagos, liquidación de la empresa, incumplimiento de la interoperatividad con otros programas, no se cumpla con la obligación de mantenimiento, etc. El contrato de escrow se presenta como una garantía del licenciatario de *software*.

8. Llave en mano (*Turn Key Package*)

Se define, como aquel en que un proveedor se compromete a entregar el sistema creado donde el cliente le indique y asume la responsabilidad total del diseño, realización, pruebas, integración y adaptación al entorno informático del cliente.

El proveedor, hará un estudio de la instalación o encargará este estudio, proporcionará el *hardware*, directamente o lo subcontratará, asimismo suministrará el *software* o lo hará ejecutar dirigiendo el montaje conjunto y la puesta en marcha de todo el sistema, asumiendo, previo pacto, obligaciones complementarias como la asistencia, mantenimiento del *software* y *hardware*, formación, conservación, reparación, *back up*, etc. La empresa tecnológica asume todas las responsabilidades derivadas de su posición contractual, no pudiendo desatenderse de una falla, alegando la impericia de tercero o el defecto de un producto que ella ha adquirido.

9. Otros contratos

Otros figuras contractuales son el contrato de base de datos, que consiste en un fichero documental capaz de concentrar

gran volumen de información con referencia a una o varias disciplinas consultables en tiempo real y en forma coloquial, también mediante la utilización de terminales remotas. Un ejemplo de base de datos legislativas o jurisprudenciales, lo encontramos en la Asamblea Nacional y el archivo cronológico y temático de leyes, reglamentos y decretos.

El *back-up contract*, tiene como finalidad asegurar el mantenimiento de la actividad, para el supuesto de que circunstancias previstas, pero inevitables, impidan, de forma continuada, utilizar los propios instrumentos informáticos, poniendo a disposición del arrendatario, los elementos informáticos pactados, con el arrendador.

BIBLIOGRAFÍA

1. **AGUIANO JIMÉNEZ**, José María; Proteger mejor su inversión en software: un análisis del contrato de depósito de fuentes, de principio a fin; Institute for International Research; Madrid, 1995.
2. **CARRASCOSA LÓPEZ**, V.; **POZO ARRANZ**, María; **RODRÍGUEZ DE CASTRO**, E.P.; La Contratación Informática: El Nuevo Horizonte Contractual; Edit. COMARES, tercera edición; Granada 2000.
3. **MEDINA LEMUS**, Manuel; Contratos de Comercio Exterior; Dykinson; Madrid 1998.
4. **RIBAS**, Xavier; Protección jurídica de los programas de Ordenador; Institute for International Research; Madrid, 1995.
5. **VIVIANA SARRIÁ**, Andrea; Comercio Electrónico y Derecho; AS-TREA; Buenos Aires 2000.

CONTRATO DE SEGURO

1. Generalidades

En la evolución de las culturas griega, fenicia, asiria y otras, se encuentran antecedentes de formas incipientes de seguro; en la edad media el seguro marítimo comienza a destacarse con características de una institución similar a la actual; pero es en los siglos XVII y XVIII en que el seguro adquiere la forma tal y como se conoce a la fecha. En el siglo XX con el proceso de codificación mercantil se retomaron prácticas y usos mercantiles y se sistematiza científicamente la legislación.

El art. 535 CC define que: El seguro es un contrato por el cual una persona se obliga, mediante una prima, a indemnizar a otra persona de las pérdidas o daños que sufra por consecuencia de ciertos acontecimientos fortuitos o de fuerza mayor, o a pagar una suma según la duración o los acontecimientos de la vida de una o muchas personas.

La LIS art. 1 señala: estará sometida a las prescripciones de la presente Ley, toda persona natural o jurídica, pública o privada que ejerza en Nicaragua cualquier actividad aseguradora o reaseguradora, a excepción del Instituto Nicaragüense de Seguridad Social y demás instituciones de seguros que funcionen en base a la Ley Orgánica de Seguridad Social.

Considerando el art. 535 CC se puede destacar los elementos esenciales del seguro: Riesgo, prima y empresas aseguradoras. La clasificación es simple, sin riesgo no hay prima, y por consiguiente no hay seguro.

Son por consiguiente, atributos del riesgo: la incertidumbre y daño, donde haya certeza sobre la realización del acontecimiento dañoso o sobre su imposibilidad no habrá seguro

Se afirma, que el riesgo es una amenaza de pérdida o deterioro que afecta o a bienes determinados, o a derechos específicos, o al patrimonio mismo de una persona, en su totalidad. Se define, como la posibilidad de un suceso dañoso que amenaza bienes determinados, derechos a exigir prestaciones, al patrimonio mismo en forma indeterminada o a la vida, salud o integridad de una persona. En donde, el concepto de riesgo o eventualidad excluye la idea de imposibilidad, porque un suceso que no es susceptible de ocurrir no constituye amenaza ni peligro.

Existen diferentes clasificaciones del riesgo, una de ellas corresponde a riesgos catastróficos que son aquellos cuyas consecuencias son muy extendidas e imponderables y que no están sujetos a medición posible; y riesgos normales, que son aquellos riesgos corrientes de repercusión ponderable y susceptible de medida.

En cuanto a la clasificación de los seguros, sostiene Jorge Bande que es aquella que los distingue en grupos, ramos y modalidades.

El grupo de seguros está integrado por aquellos contratos de objeto semejante; dentro de cada grupo pueden distinguirse varios ramos, que están constituidos por aquellos seguros que cubren riesgos semejantes; los ramos de seguros pueden adoptar diversas formas especiales, que son llamadas modalidades.

Los seguros son terrestres, aéreos o marítimos.

La LIS divide las operaciones de las empresas aseguradoras art. 27 en:

1. Seguros de daños: este grupo comprende a las diferentes modalidades de coberturas para riesgos que afecten los intereses económicos de las personas naturales o jurídicas sean las de los ramos de incendio y líneas anexas, automóviles, responsabilidad civil, responsabilidad patronal o riesgos profesionales, transporte y otros ramos de riesgos diversos.

2. Seguros de personas: este grupo comprenderá las diferentes modalidades de coberturas para riesgos que afecten a las personas en su existencia, integridad física, salud o vigor vital, o sean las de los ramos de vida, de accidente y enfermedades.

El código de comercio desarrolla el seguro contra daños, seguro contra incendios, seguro del transporte terrestre, seguro sobre la vida, seguros marítimos; planteando el art. 599 que podrán asimismo ser objeto del contrato de seguro mercantil, cualquiera otra clase de riesgos que provenga de casos fortuitos o accidentes naturales y los pactos que se consignent deberán cumplirse siempre que sean lícitos. Cabe aclarar, que técnicamente ni los riesgos, ni las personas, ni las cosas están aseguradas, lo verdadero asegurado es pues, el resarcimiento de daños en el caso de bienes, o el pago de una suma de dinero en el seguro sobre la vida.

2. Elementos personales

El asegurador, la LIS determina que la actividad de asegurar y reasegurar solamente pueden ejercerla personas jurídicas constituidas y domiciliadas en el país como sociedades anónimas, o Entes Autónomos del Estado autorizados por su Ley constitutiva, art. 2. Las empresas de seguros son nacionales cuando son organizadas o domiciliadas en el país y tengan un capital del cual por lo menos el 75% pertenezca a nicaragüenses o extranjeros con domicilio y residencia en el país, al modificarse el porcentaje anterior dejarán de ser nacionales. Son extranjeras, las sociedades que habiendo sido constituidas y domiciliadas en Nicaragua no cumplan con los porcentajes de participación en el capital social establecido para las empresas de seguro nacionales, art. 3.

Las empresas de seguro ejercerán solamente las actividades de asegurar y reasegurar especificadas en la resolución que autoriza su constitución y funcionamiento, art. 4. Se prohíbe a personas naturales o jurídicas no autorizadas, el uso de la denomi-

nación social, palabra o expresión que indique o sugiera que el lugar u oficina donde ejercen sus negocios, o la clase de éstos, corresponde a la actividad de asegurador, art. 6.

Asegurado, es en principio el que contrata con el asegurador y se compromete a pagar determinadas cantidades a cambio de la prestación que recibirá llegado el caso. Es el titular del interés, objeto del seguro, interés que se define como la relación entre una persona y un bien. La existencia del interés es un requisito para la existencia del seguro de daños. El interés en los seguros de personas desaparece.

El asegurado puede ser también el contratante, que firma la póliza o contrato y asume las obligaciones derivadas del mismo o ser una persona diferente. En estos casos, el contratante o tomador realiza un contrato de seguro por cuenta ajena, a favor de personas determinadas. Las obligaciones derivadas del contrato son asumidas por el tomador, salvo que, por la naturaleza de la obligación, deba ser cumplida por el asegurado. El derecho a la indemnización corresponde al asegurado, que puede cederlo a un tercero, en los seguros de daño.

Beneficiario, es la persona a quien se paga la suma de dinero en el seguro sobre la vida.

Aunque no son elementos personales del contrato de seguro, es conveniente hablar de los intermediarios de seguros: los corredores, las agencias y los agentes, LIS art. 78. Son corredores, las empresas nicaragüenses que en forma individual o de sociedad mercantil, se dediquen por cuenta y en nombre propio a solicitar, negociar u obtener seguros en el país, a nombre de asegurados diferentes de ellos mismos expedidos por cualquiera de las empresas aseguradoras. Los corredores de seguros estarán obligados a actuar por medio de sus miembros, sin que su representación pueda delegarse, a menos que lo hagan por medio de agencias de seguros o de agentes de seguros, LIS art.79.

Son agencias de seguros, las sociedades mercantiles de carácter colectivo constituidas por agentes de seguros debidamente

registrados en la Superintendencia que tienen por objeto el negocio de ofrecer seguros a nombre de uno o varias empresas aseguradoras, promover la celebración de los contratos y obtener renovación, LIS art. 80.

Son agentes de seguros, los nicaragüenses o extranjeros residentes en el país, que se dediquen a la colocación de seguros por cuenta y en nombre directo de instituciones de seguro. La relación entre el agente y la empresa aseguradora que lo emplee será de carácter laboral, LIS art. 81.

3. Póliza

El art. 537 CC establece: El contrato de seguro se consignará por escrito en póliza o en otro documento público o privado, suscrito por los contratantes.

La póliza, es el documento que recoge el contrato de seguro, debiendo formalizarse por escrito. En algunas legislaciones, la póliza recoge las condiciones generales y las condiciones particulares se expresan en el contrato y deberán prevalecer sobre las generales en caso de conflicto. Las condiciones particulares se determinan por las partes y contendrá la naturaleza del riesgo, suma asegurada, monto de la prima, vencimiento, lugar y forma de pago, duración del contrato, etc. La póliza de seguro sobre la vida, será endosable, estampándose el endoso en el mismo documento e informando a la empresa aseguradora, art. 596 CC. La póliza no es un título valor, sino que corresponde a un título de legitimación. La mercantilidad del contrato de seguro se determina claramente en el art. 536 CC.

La póliza o documento del contrato de seguros, deberá contener: generales de las partes; concepto en el cual se hace el seguro; objeto, naturaleza y valor del seguro; riesgos contra los que el seguro se hace; tiempo en que se cubre contra los riesgos; monto asegurado; prima; otros seguros existentes; las circunstancias que deba conocer el asegurador, así como las condiciones acordadas. La póliza del seguro sobre vida contendrá además: expresión de la cantidad que se asegura en capital

o en renta; expresión de las disminuciones o aumento del capital o renta aseguradas y de las fechas desde las cuales deberán contarse aquellos aumentos o disminuciones, art. 586 CC. La póliza del seguro de transporte terrestre indicará además, la empresa o persona que realiza la transportación, las cantidades especificadas de los efectos asegurados con respecto a los bultos y de las marcas que presenten, la designación del punto en donde se recibirán los géneros asegurados, art. 578 CC.

La LIS art. 44 y 45, señala que los modelos de pólizas y las tarifas no requerirán autorización previa de la Superintendencia de Bancos, no obstante antes de ser utilizadas deberán ponerse a disposición de dicho organismo. Las pólizas deberán ajustarse a lo siguiente: Debe ceñirse a lo establecido en el Código de Comercio, Ley de Títulos Valores; Código Civil y demás disposiciones legales o reglamentarias; redactarse en el español; fácil comprensión; letra legible; las coberturas básicas y las exclusiones deben figurar con caracteres destacados. De no cumplirse con lo anterior, se prohibirá la utilización de la póliza y tarifa respectiva, LIS art. 47. Cuando se trate de nuevas empresas aseguradoras o de la explotación de un nuevo ramo de seguro, se requiere la autorización de la Superintendencia de Bancos, LIS art. 48. Las pólizas y tarifas de los seguros declarados como obligatorios requieren la autorización de la Superintendencia de Bancos, LIS art. 49.

Será nulo todo contrato de seguro: por la mala fe probada de alguna de las partes al tiempo de celebrarse; por la inexacta declaración del asegurado, aún hecha de buena fe siempre que pueda influir en la estimación de los riesgos; por la omisión u ocultación por el asegurado de hechos o circunstancias que hubieren podido influir en la celebración del mismo, art. 541 CC. Las novaciones que se hagan del contrato se consignarán en la póliza o documento de seguro, art. 539 CC.

4. Prima

Se plantea, que la prima es el precio del servicio que presta el asegurador, consiste en asumir el riesgo. La prima no depende

del asegurador, sino que su cálculo está sometido al control del órgano de supervisión. Salvo pacto en contrario, será pagadera en el domicilio de la empresa aseguradora. Las disposiciones de la LIS artos. 44, 47, 48, 49 también serán aplicables a la prima.

Señala la LIS en el art. 46 que las tarifas deberán cumplir los requisitos siguientes:

1. Deberán observar los principios técnicos de suficiencia y equidad.
2. Deberán ser el resultado de información estadística que cumpla exigencias de homogeneidad y representatividad.
3. Tener el respaldo de reaseguradores de reconocida solvencia técnica y financiera en aquellos riesgos que por su naturaleza no resuelve viable llenar las exigencias contenidas en el inciso anterior.

Podrá establecerse, con libertad, la clase de moneda que con venga para el pago de las primas y las indemnizaciones, LIS art. 50. Para efectos de validez de las pólizas, se determina que éstas serán percibidas en su totalidad, salvo plazos expresamente concertados entre las partes o planes aprobados en los que estuviere previsto que el pago de las primas puede estar fraccionado en varias cuotas periódicas, LIS art. 51.

En cuanto al seguro contra incendio establece el art. 563 CC que si el asegurado demorase el pago de la prima, el asegurador podrá rescindir el contrato dentro de las primeras 48 horas, comunicando su resolución al asegurado.

5. Seguro en caso de daños

Los seguros de indemnización efectiva o de daño son aquellos que pretenden el resarcimiento del daño patrimonial sufrido por el asegurado. El principio general del seguro de daño consiste en que el seguro no puede situar al asegurado en mejor

posición que la que tiene en el momento inmediatamente anterior al acaecimiento del siniestro. El interés, concepto exclusivo del seguro de daños, es un requisito esencial para la validez del contrato de seguro.

Puede hacer asegurar, el propietario, el acreedor que tiene privilegio o hipoteca sobre el objeto y en general, todo el que tenga interés real y legítimo o una responsabilidad por la conservación de la cosa, art. 542 CC. El seguro contra daños puede ser hecho por todo el valor de la cosa, por una parte de ella o por una suma determinada; puede hacerse por una parte alícuota de la cosa, por muchas cosas juntas o por una universalidad de cosas; se puede asegurar los beneficios que se esperan y los frutos pendientes, art. 543 CC. Si el seguro no cubre más que una parte del valor de la cosa asegurada, el asegurador sufrirá una parte proporcional de los daños y las pérdidas, art. 544 CC. Las cosas aseguradas por todo su valor no podrán serlo por segunda vez por el mismo tiempo y contra los mismos riesgos, art. 545 CC. La garantía del asegurador sólo se extenderá a los objetos asegurados, y en el sitio en que lo fueron, y en ningún caso excederá su responsabilidad de la suma en que se valoraron los objetos o estimaron los riesgos, art. 546 CC. Pero, las obligaciones del asegurador cesan cuando un hecho del asegurado transforma los riesgos o los agrava por el cambio de circunstancia esencial, art. 548 CC. Si la alteración o la transformación de los objetos asegurados, es por caso fortuito o por hecho de tercera persona, dará derecho a cualquiera de las partes para rescindir el contrato, art. 549 CC.

Son obligaciones del asegurador, las pérdidas y daños que sobrevengan a las cosas aseguradas por causa de casos fortuitos o de fuerza mayor o de hechos extraños, negligencia del asegurador o de las personas de las cuales responda civilmente; pero no responderá de pérdidas o daños resultantes sólo del vicio inherente a la cosa asegurada y no denunciado al tiempo del seguro, o de los causados por el hecho o negligencia del asegurado o de las personas de quienes responde civilmente, art. 550 CC. El asegurador no responde de los riesgos de gue-

rra, ni de daños que causen en los tumultos, salvo pacto en contrario, art. 551 CC.

Una vez que se presento el supuesto dañoso, el asegurado dentro de los tres días siguientes al siniestro o al día de que tuvo noticia, debe avisar a la aseguradora, quien reconocerá los gastos que se hayan hecho para evitar o atenuar los daños, art. 553 CC. Cuando el asegurador realiza el pago de la indemnización, libera al asegurador de sus obligaciones, art. 554 CC. El asegurador, por tanto, se subroga en todos los derechos del asegurado contra terceros, por razón del objeto de cuyo daño o pérdida fue indemnizado, art. 555 CC.

6. Seguro de transporte terrestre

Serán objeto del contrato de seguro contra riesgos de transportes, todos los efectos transportables por los medios propios de locomoción terrestre, art. 577 CC. El seguro de efectos transportados puede tener por objeto su valor y los gastos necesarios hasta el lugar de destino, y el provecho esperado a causa del más alto precio que tendría en el mejor lugar, art. 579 CC.

Podrán asegurar, los dueños de las mercancías, y los que tengan interés o responsabilidad en su conservación, debiendo indicar en la póliza el concepto en que se contrata el seguro, art. 580 CC.

El contrato de seguro de transporte comprenderá todo género de riesgo, sea cualquiera la causa que lo origine, pero no responde el asegurador de los deterioros originados por vicios ocultos en la cosa o por el transcurso del tiempo; debiendo el asegurador justificar judicialmente el estado de las mercancías aseguradas, artos. 581, 582 CC. El riesgo del asegurador de transporte comienza a partir del momento en que los efectos se han consignado para el transporte y continúa hasta el momento de la entrega en el lugar de destino, art. 583 CC.

7. Seguro sobre la vida

Establece el art. 585 CC que: El seguro sobre la vida comprenderá todas las combinaciones que puedan hacerse, pactando entregas de primas o entregas de capital a cambio de disfrute de renta vitalicia, o hasta cierta edad, o recibo de capitales al fallecimiento de persona cierta, a favor del asegurado, su causahabiente o de una tercera persona, y cualquier otra combinación semejante o análoga.

Con los elementos enunciados, conviene referirnos a la clasificación de las modalidades de seguro sobre la vida:

1. Seguro por causa de muerte: Se clasifica en seguro temporal o seguro por la vida entera. Es seguro temporal, cuando el asegurador se obliga al pago de una suma asegurada si la muerte del asegurado ocurre dentro del plazo prefijado. Seguro por la vida entera, es cuando la prestación del asegurador se realiza sólo en el momento de la muerte del asegurado, sea cual fuere el momento en que ésta se produce.
2. Atendiendo a la persona sobre cuya vida se contrae: Sobre la propia vida del tomador o asegurado, sobre la vida de un tercero, sobre la vida de dos o más personas.
3. Atendiendo a la naturaleza de la prestación del asegurador: Seguro de capital, cuando el pago es inmediato. Seguro de renta, cuando ésta se define fija o variable, vitalicia o temporal.

Podrá, constituirse seguro sobre la vida de un tercero, siendo preciso, que el tomador tenga interés en la conservación de la vida del asegurado, art. 587 CC. Sólo se extenderán comprendidos en el seguro sobre la vida, aquellos riesgos que se especifican en la póliza, art. 589 CC. El seguro en caso de muerte no comprenderá suicidio o fallecimiento, salvo acuerdo en contrario, art. 590 CC.

El asegurado que demore la entrega de capital o cuota convenida no tendrá derecho a reclamar el importe de seguro, art.

591 CC. Al adquirir el seguro, el asegurado dará cuenta de los seguros sobre al vida que anterior o simultáneamente celebre, en caso contrario exime de responsabilidad del pago de la suma asegurada por la aseguradora, art. 593 CC. La suma asegurada al momento de su entrega será propiedad del asegurado y de sus herederos, at. 594 CC.

8. Seguro agrícola

El seguro agrícola y ganadero en nuestro país no existe, en cambio encontramos regulaciones en la legislación centroamericana artos. 979-985 CCG, artos. 1194-1201 CCH, artos. 1416-1421 CCS.

El seguro, cubre los provechos esperados de cultivos ya efectuados o por efectuarse, los productos agrícolas ya cosechados o ambos a la vez. En caso de destrucción parcial de productos agrícolas, la valuación del daño se aplazará a petición de cualquiera de las partes, hasta la cosecha. En el caso del ganado, el asegurador responderá por la muerte del ganado, aún cuando se verifcare dentro del mes siguiente a la fecha de terminación del seguro anual, siempre que tenga por causa una enfermedad contraída en la época de vigencia del contrato.

Si el asegurado enajenare una o varias cabezas de ganado, el adquirente no gozará de los beneficios del seguro, los cuales sólo se transmitirán cuando se enajene el rebaño completo, previo aviso al asegurador y aceptación de éste.

Para concluir esta unidad, debo señalar que al analizar la legislación Centroamericana se observa el limitado desarrollo de la legislación nacional sobre la materia, encontrando que se legisla además sobre el seguro de responsabilidad civil, seguro de automóviles, reaseguro, fianza y del reafianzamiento, seguro de crédito, y seguro de deuda.

BIBLIOGRAFÍA

1. **BAEZA PINTO**, Sergio; El Seguro; Edit. Jurídica Chile; Chile, 1981.
2. **GARRIGUES**, Joaquín; Derecho Bancario; Madrid, 1958.
3. **JIMÉNEZ SÁNCHEZ**, Guillermo; Derecho Mercantil; Edit. Ariel S.A.; Barcelona, 1990.
4. **RODRÍGUEZ R.**, Joaquín; Derecho Mercantil Tomo II; Edit. Porrúa S.A.; México, 1994
5. **VICENT CHULÍA**, Francisco; Introducción al Derecho Mercantil; Tirant Lo Blanchc; Valencia, 1993.

QUINTA PARTE

TÍTULOS VALORES GENERALIDADES

1. Concepto

Afirma Miguel Motos Guirao, que la denominación título valor no es unánime en la doctrina, aunque sea mayoritariamente acogida. Los italianos los llaman títulos de crédito; los alemanes acuñaron la expresión título valor; los franceses, fijándose en la manera de emitirse el título individualmente, hablan de efectos de comercio; si es en masa se refieren a valores mobiliarios

La LGTV art.1 define: Son títulos valores los documentos necesarios para ejecutar el derecho literal y autónomo que en ellos se consigna. Representan cosas muebles corporales de carácter mercantil y su creación, emisión, transferencia y demás operaciones que en ellos se estipulen, son siempre actos de comercio.

Observamos que nuestros legisladores optaron por la denominación alemana de títulos valores, considerando que hay títulos que atribuyen derechos distintos al crédito, como ocurre con las acciones que conceden un conjunto de derechos que denotan una cualidad.

2. Características

Afirma Manuel Broseta, que el referirse Savigny a la expresión, incorporación del derecho al título, se quiere significar la vinculación estrecha entre el título y el derecho que documenta, de forma tal, se afirma que el derecho se funde en el documento, materializándose en él hasta el punto de seguir su misma suerte, LGTV art. 19. La incorporación del derecho al do-

cumento autoriza la asimilación de su régimen circulatorio al de las cosas muebles y le permite beneficiarse de sus ventajas: posesión de buena fe y la titularidad del derecho incorporado, legitimando al poseedor del documento para exigir del deudor la prestación correspondiente al derecho incorporado, LGTV artos. 5, 7, 12, 14, 16, 17.

Los derechos incorporados a los títulos valores se caracterizan por su literalidad, esto implica que la existencia, naturaleza, vigencia, contenido, titularidad del derecho atribuido en el título resultan determinados por la letra de éste, LGTV artos. 19, 20.

La legitimación por la posesión del documento es una característica de los títulos valores. La conexión entre derecho y título determina que la tenencia de éste legitime a su tenedor para ejercer el derecho, siendo suficiente la exhibición oportuna del título al obligado, es decir si no se presenta el título, el deudor no se obliga a cumplir, LGTV artos. 12, 13, 14, 15, 50, 76.

Sobre la autonomía, Vivante define al título valor como el documento necesario para ejercitar el derecho literal autónomo en el contenido. El derecho es autónomo, porque el poseedor de buena fe, ejercita un derecho propio, que no puede limitarse a decidirse por relaciones que hayan mediado entre el tenedor y los poseedores precedentes. Por consiguiente, autonomía significa que el adquirente de un título recibe un derecho nuevo, originario, no derivado, de modo que no le son oponibles las excepciones que se hubieren podido invocar a un antecesor, LGTV artos. 20, 21.

La abstracción, significa que la obligación del título desde el principio no está dirigida a una persona determinada, sino a cualquier poseedor, LGTV artos. 9, 12, 14, 16, 33, 34.

3. Clasificación

La presente clasificación de los títulos valores corresponde al aporte de Miguel Motos G., en el entendido de que no son excluyentes entre sí.

A) Por la condición del emitente.

Pueden ser públicos o privados. Los primeros, son emitidos por el estado u otras entidades públicas (Bono de pagos de indemnización, pagaré de desmovilizados del ejército, certificado de beneficio tributario, bonos de moneda extranjera). Los segundos, emitidos por particulares, personas naturales o jurídicas (cheque, pagaré, acciones, certificados de inversión, letra de cambio) LGTV artos. 4, 5, 9, 33.

B) Por el modo de ser emitidos.

Títulos emitidos individualmente, conocidos como efectos de comercio; títulos emitidos en masa o serie, se conocen como valores mobiliarios. La emisión individualizada de cada efecto de comercio, supone un acto de creación singular para cada título, un cheque, pagaré, se emiten para una sola operación, cada título se emite en virtud de una declaración de voluntad cuya finalidad es la creación del título. Por el contrario, un solo acto de creación puede determinar la emisión de una pluralidad, una serie o masa, de títulos, como sucede con la emisión de acciones o de obligaciones. LGTV artos.4, 5, 9, 43.

C) Por la naturaleza del derecho que incorpora.

Títulos jurídicos-personales o de participación, por cuanto confieren a su titular, más que un derecho, un estatus personal dentro de una entidad social, atribuyéndole una serie de derechos y poderes de carácter corporativo. Artos. 224, 225, 231, 251, 254 CC.

Títulos jurídicos-reales, como las obligaciones hipotecarias que llevan implícito un derecho real; títulos de tradición o representativos de mercaderías que se encuentren en poder de tercero y el poseedor del documento ostenta un poder de disposición. LGTV artos. 17, 28.

Títulos jurídicos-obligacionales o cambiarios, incorporan un derecho de crédito de carácter pecuniario, son medios o instrumentos de pago (cheque, pagaré, letra de cambio). LGTV artos. 112, 114, 178, 185.

D) Por la forma de designar a su titular

Nominativos, son aquellos que designan directamente a un titular determinado. La transmisión opera por medio del endoso y la anotación en el registro del emisor. LGTV artos. 73, 74, 75, 77, 79.

A la orden, los títulos designan como titular a una persona determinada o, a la que por orden de ésta o de sucesivos titulares, en su caso resulte designada en el propio título. La transmisión opera mediante el endoso y entrega. LGTV artos.47, 52, 53, 54.

Al portador, no se designa nominalmente a su titular, el cual queda identificado en cuanto es tenedor del título, eximiendo al deudor de cualquier otra comprobación. La transmisión opera mediante la simple entrega del título. LGTV artos. 47, 48, 49, 50.

E) Títulos-valores impropios

Son aquellos documentos a los cuales hace falta los elementos esenciales establecidos por la ley, ejemplo de éstos son la carta-orden de crédito, la tarjeta de crédito. LGTV art. 3.

4. Requisitos de validez

La LGTV art. 6, determina cuáles son los requisitos de validez en general que deben expresar: nombre del título, promesa o reconocimiento unilateral del suscriptor, prestaciones y derechos que el título incorpora, lugar de cumplimiento o ejercicio de las prestaciones o derechos, fecha y lugar de emisión, firma del emisor o de su representante, indicar si es nominativo, a la orden o al portador.

Si falta alguno de estos requisitos esenciales se priva de eficacia al documento.

Pero, además la ley determina los requisitos naturales, que son aquellos cuya omisión es suplida por la propia ley, LGTV

art. 6 párrafo final. Incluso, el legislador fue amplio al considerar que las omisiones podrán ser completadas por el tenedor legítimo antes de la presentación del título, ese derecho caduca a los tres años desde la emisión del título, LGTV art. 7, 8.

Si el TV es creado en el exterior, será considerado como tal si cumple con los requisitos que la ley señala, LGTV art. 44. Basados en la autonomía como característica de los títulos, la omisión de los requisitos de validez, no afecta de manera alguna el negocio jurídico o el acto, ni el valor probatorio que en derecho corresponda al documento, LGTV art. 3. Los TV emitidos en serie llevarán 2 firmas y por lo menos una de ellas será autógrafa, LGTV art. 35. El título podrá ser firmado por el obligado o su apoderado; la representación para suscribir un TV se confiere por medio de poder notarial con facultad expresa o simple declaración escrita dirigida al tercero con quien habrá de operar el representante; en caso contrario se obliga personalmente el representante; lo anterior podría salvarse si existe la ratificación tácita o expresa por quien puede autorizarlos, LGTV artos. 22, 23, 24. Para facilitar la circulación de los títulos, el legislador estableció en la LGTV art. 10 una serie de reglas a ser aplicadas cuando la redacción del mismo sea ambigua o contiene discrepancias u omisiones.

5. Obligación del suscriptor

La suscripción de un TV obliga a quien lo hace, sin necesidad de aceptación; cuando hay la promesa o reconocimiento unilateral obliga a quien lo hace sin necesidad de aceptación, LGTV artos. 5, 9. El portador legítimo tiene derecho a exigir la prestación consignada, aún cuando no sea propietario del mismo, LGTV art. 12. Por eso, cuando el poseedor legítimo presente un TV representativo de mercaderías especificadas, tendrá derecho a pedir entrega de la cosa, posesión de las mismas, disponer de ellas, LGTV art. 17.

Si hay alteración del TV, los signatarios anteriores se obligan conforme al texto original, los signatarios posteriores se obligan en base al texto alterado, LGTV art.20. Si el deudor, sin

dolo o culpa grave, cumple al ser exigible la obligación, queda liberado; si el deudor cumple la prestación antes de que sea exigible, lo hace a su cuenta y riesgo, LGTV art. 14.

Los TV en pago se presumen recibidos “salvo buen cobro”, es decir se reciben a base de ser pagados, LGTV art. 32. El poseedor del título se presentará a ejercer el derecho consignado en el lugar de cumplimiento de la obligación o en el señalado para el ejercicio de los derechos, LGTV art. 13.

6. Aval

Define Luis Ribó Durán, que aval es la garantía personal que alguien, denominado avalista, presta en una letra de cambio comprometiéndose a cumplir por otra persona, denominada avalado, la obligación cambiaria que éste tiene.

La LGTV art. 37 señala que por medio del aval se podrá garantizar un TV; el mismo se hará constar en el título o en hoja adherida, debiendo llevar la firma del avalista, la sola firma en el título se tendrá como firma del avalista, LGTV art. 38.

Deberá indicar la persona del avalado; quedando el avalista obligado en los términos que correspondan al avalado, LGTV artos. 40, 41. Cuando no se indica la persona avalada, se entienden garantizadas las obligaciones del suscriptor que libere a la mayor cantidad de obligados, LGTV art. 41. Si no se indica la cantidad, se entiende que el aval garantiza el total del título, LGTV art. 39. El avalista que pague la obligación, adquiere los derechos derivados del TV contra la persona del avalista, LGTV art. 42.

7. Endoso

Guillermo Cabanellas, define que el endoso es: Lo que se escribe a la vuelta de una letra de cambio, cheque, vale o libranza, para ceder el crédito documental a otro.

El endoso debe constar en el título mismo o en hoja adherida, cumpliendo los requisitos de: Nombre del endosatario, clase de endoso, lugar y fecha, firma del endosante o apoderado, LGTV art. 56. Si falta el nombre del endosatario, se considera hecho en blanco; si se omite la clase de endoso, se presume que fue transmitido en propiedad; se si omite el lugar, se presume que se realizó en el domicilio del endosante; si falta la firma el endoso es inexistente; la omisión de fecha presume que se realizó el día que el endosante adquirió el título, LGTV artos. 57, 62.

El endoso debe ser puro y simple, cualquier condición se considera inexistente; el endoso parcial es nulo, pero se podrá endosar el saldo cuando el título ha sido pagado en parte, LGTV artos. 63, 64. El tenedor endosatario podrá testar cualquier endoso posterior a aquel en que él sea endosatario, o endosar el título sin testar los endosos, LGTV art. 60. Si se trata de un título a la orden, se legitima para el ejercicio del derecho en él consignado, a base de una serie no interrumpida de endosos, aun cuando el último endoso sea en blanco; se define como una serie no interrumpida de endosos aquella en la que cada endosante sea endosatario en el endoso inmediato anterior, siempre que el endosante del primer endoso sea el tenedor en cuyo favor se expide el título; en caso que alguno de los endosos esté en blanco, se considera que el firmante del endoso posterior adquirió el título por efecto del endoso en blanco, LGTV artos. 58, 59.

El endoso implica, que el endosante es garante solidario del pago de la obligación, pero puede consignar que se transmite el título sin responsabilidad; es decir que no garantiza la solvencia del emisor, LGTV art. 65. También, se puede limitar la circulación del título, insertando la cláusula no a la orden o no negociable, LGTV art. 66. El endoso en procuración confiere al endosatario las facultades de un apoderado para cobrar el título, debiendo consignar la cláusula en procuración, LGTV art. 67. El endoso es en garantía, cuando confiere al endosatario los derechos de acreedor prendario y además las facultades que confiere el endoso en procuración, LGTV art. 68. Si se otorga el endoso posterior al vencimiento no producirá más efecto que los de la cesión ordinaria, LGTV art. 69.

Cuando se presenta el tomador a exigir el cumplimiento, el obligado no podrá exigir se compruebe la autenticidad en los endosos, pero si deberá identificar al último tenedor y verificar la continuidad de los endosos, LGTV art. 70.

Cuando se trate de títulos a la orden, y existan varios obligados en distintos grados, el pago que realice el suscriptor o el obligado directo, extingue todas las obligaciones; si el pago lo realiza cualquier otro obligado extinguirá la obligación del que paga, LGTV art. 71.

8. Rein vindicación y reposición

Como una garantía de la circulación de los títulos valores, la LGTV art. 80 determina que el poseedor de un título no está sujeto a reivindicación, salvo que hubiera adquirido la posesión de mala fe, o que incurrió en culpa grave.

Pero, el poseedor de un título deteriorado que sea identificable, tiene derecho a obtener del emisor un título equivalente, mediante la restitución y el reembolso por los gastos incurridos; si el título no se puede identificar con seguridad, se aplican las disposiciones del título destruido, LGTV artos. 81, 82.

9. Cancelación

En cuanto a los títulos al portador, es importante destacar que no se admite la cancelación de los TV extraviados o sustraídos, LGTV art. 83. Es decir, si el mismo se destruye o se pierde, se pierde el derecho en el consignado.

Si el tenedor sufre extravío o sustracción de un título al portador, puede hacer denuncia al emisor y proporcionada la prueba de ello, tendrá derecho a la prestación y a los accesorios de la misma después de transcurrido el término de prescripción, que es de un año; LGTV art. 84. Si el deudor cumple la prestación a favor del poseedor del título antes del término de prescripción, queda válidamente liberado, LGTV art. 85.

Si el título corresponde a acciones de sociedades, el denunciante puede ser autorizado por el juez, previa caución, para ejercer los derechos inherentes a la acción aún antes del término de prescripción, hasta que los títulos no sean presentados, LGTV art. 86. Cuando el poseedor de un TV al portador pruebe su destrucción de manera inequívoca, tiene derecho a pedir a su propia costa al emisor el libramiento de un duplicado o título equivalente, LGTV art. 88.

Sobre los títulos a la orden, en caso de extravío, sustracción o destrucción el poseedor puede solicitar su cancelación por medio de demanda presentada ante el juez del lugar donde se cumplan las prestaciones, LGTV art. 89.

La demanda indicará el nombre del título, requisitos esenciales del título que permitan su identificación, nombre y dirección de los obligados. El juez mandará a oír por tres días a todos los obligados, abrirá a prueba por diez días y sin más trámite decretará: La cancelación del título, publicación (3 avisos) en la Gaceta, después de 60 días de la última publicación autorizará el pago del título, ordenará que el decreto se notifique, LGTV artos. 90, 91. Si el deudor cumple las prestaciones antes de la notificación, queda liberado, si la prestación se cumple después de notificado el decreto, no libera al deudor, LGTV art. 92.

Las personas indicadas en la demanda de cancelación como obligadas, expresarán su conformidad o no dentro de los 30 días posteriores a la notificación del decreto de cancelación, LGTV art. 99.

Durante el procedimiento de cancelación el reclamante puede realizar todos los actos necesarios para conservar sus derechos, si el título es exigible puede solicitar el depósito judicial de la misma, LGTV art. 93.

El poseedor del título puede presentar la oposición ante el juez que ha pronunciado la cancelación, con citación del reclamante y de los obligados; oído dentro de tres días el reclamante, la oposición será abierta a prueba por treinta días, ven-

cidos se concederá un término de diez días comunes a las partes para que aleguen conclusión, dictando sentencia dentro de un lapso de diez días; para que la oposición sea admisible deberá depositarse el título a la orden del juez; transcurrido sin oposición el término indicado el decreto de cancelación queda firme y el título perderá su eficacia, LGTV artos. 94, 95, 97.

Si la oposición es admitida, quedará de pleno derecho revocado el decreto de cancelación; si es rechazada el título se entrega al reclamante, LGTV art. 96. Quien ha obtenido la cancelación puede exigir al obligado el cumplimiento de las prestaciones, el reclamante de las prestaciones debe presentar la certificación del decreto de cancelación, en la que hará constar que no se interpuso oposición, LGTV art. 98.

En relación a la cancelación de los títulos nominativos, se puede solicitar la cancelación de conformidad con las normas relativas a los títulos a la orden, LGTV art. 102. Si el título es acción de sociedades, el reclamante puede ser autorizado por el juez para ejercer los derechos inherentes a las acciones durante el procedimiento de cancelación, LGTV art. 103.

BIBLIOGRAFÍA

1. **BROSETA**, Manuel; Manual de Derecho Mercantil; Tecnos; Madrid, 1990.
2. **JIMÉNEZ SÁNCHEZ**, Guillermo; Derecho Mercantil; Edit. Ariel S.A.; Barcelona, 1990.
3. **MOTOS GUIRAO**, Miguel; Títulos Valores: La Letra de Cambio, el Pagaré y el Cheque; Edit. Comares; Granada, 1993.
4. **SANZ DE HOYOS**, Carlos; Derecho Cambiario Análisis de la Ley Cambiaria y del Cheque; Tecnos; Madrid, 1987.

5. **RAMÍREZ VALENZUELA**, Alejandro; Derecho Mercantil y Documentación; Limusa; México, 1994.
6. **RODRÍGUEZ R.**, Joaquín; Derecho Mercantil Tomo II; Edit. Porrúa S.A.; México, 1994
7. **RIBÓ DURÁN**, Luis; Diccionario de Derecho; BOSCH, Barcelona, 1987.

LETRA DE CAMBIO

1. Generalidades

Define Juan Ramírez Gronda que la letra de cambio es: la orden escrita mercantil, revestida de las formalidades que establece la ley, por la cual una persona (librador), encarga a otra (librado) que pague una suma de dinero a un tercero (tomador).

Establece la LGTV art. 108 los requisitos de la letra de cambio; si faltan los requisitos no valdrá como letra de cambio, es decir son requisitos esenciales, pero a la vez la LGTV determina algunos requisitos naturales, que son aquellos cuya omisión es suplida por la ley: sin fecha de vencimiento, lugar de emisión, lugar de pago, art. 109. Además, señala que si se indican varios lugares de pago puede presentarse en cualquiera de ellos para aceptación y pago; puede ser pagadera en el domicilio de un tercero, el domicilio del librado, en otro lugar o domiciliada, LGTV artos.110, 112.

La letra de cambio puede librarse a la orden del librador o a cargo del mismo o por cuenta de un tercero; se afirma que el librador puede reunir en sí mismo las dobles calidades (librador-tomador), pero no puede reunir las tres calidades personales: librador, librado, tomador.

El librador responderá de la aceptación y del pago; incluso podrá liberarse de la responsabilidad en cuanto a la aceptación, pero no en cuanto al pago, LGTV art. 114. El endosante es responsable de la aceptación y del pago, LGTV art. 118.

La firma cambiaria contendrá la información que permita la identificación del librador; al insertar la cláusula documentos

contra aceptación o documentos contra pago en el documento, obliga al tomador del título a no entregar los documentos, sino es mediante la aceptación o el pago; cuando a la letra de cambio se inserte las palabras no a la orden, no será transferible por endoso; el endoso puede hacerse a favor del librado, aceptado o no, a favor del librador o cualquiera otro obligado, LGTV artos. 115, 116, 117. El endosante puede prohibir un nuevo endoso, LGTV art. 118.

2. Aceptación

Guillermo Cabanellas, establece en relación a la aceptación: Acto jurídico que consiste en poner en la letra la palabra acepto o aceptamos. La letra se presenta a la persona contra la cual se haya girado, la cual se constituye en deudora de su importe, obligándose a pagarlo vencido el plazo. Constituye, pues, la manifestación del librado de que admite el encargo de pagar la letra.

En virtud de la aceptación el librado se obliga a pagar la letra de cambio a su vencimiento, LGTV art. 126.

La letra de cambio puede presentarse hasta su vencimiento para aceptación; el librador está facultado para estipular que se presente a la aceptación, fijando o no un plazo; la misma facultad corresponde al endosante; el librador puede prohibir que la letra se presente a la aceptación, a menos que sea pagadera a un cierto plazo vista, pagadera en el domicilio de un tercero o en lugar diverso del domicilio del librado, LGTV artos. 119, 120.

La letra de cambio a un cierto plazo vista, se presentará a la aceptación dentro de un año a contar de su fecha, LGTV art. 121. El librado está facultado para solicitar se haga una segunda presentación al día siguiente de la primera, LGTV art. 122.

La aceptación se expresa en el documento con las palabras aceptado o visto con la firma del librado, la simple firma del librado vale como aceptación; la aceptación no puede ser con-

dicionada, pero el librado podrá limitarla a una parte de la suma, cualquiera modificación que se haga en la aceptación equivale a una negativa, LGTV artos.123, 124. Si la aceptación es tachada antes de restituir el título por el librado, se considera rehusada, LGTV art. 127.

3. Vencimiento

La vida de la letra de cambio conduce a un fin: el pago. Por consiguiente, para que la seguridad alcance plena efectividad se ha de conocer con exactitud la época del pago. El vencimiento indicará el día que se presentará el título para ser pagado.

La letra de cambio librada a la vista, será pagadera a su presentación, debiendo presentarse al pago dentro de un año a partir de su fecha, LGTV art. 132.

La letra librada a cierto plazo vista, en ese caso el vencimiento se determina por la fecha de su aceptación o por la de protesto; presentándose para aceptación dentro de un año a partir de su fecha, LGTV art. 133.

La letra librada a cierto plazo fecha, el vencimiento tendrá lugar en la fecha correspondiente al mes de pago, LGTV art. 134.

La letra librada a día fijo, se aplica esta modalidad si es pagadera en un lugar en que sea diferente del lugar de emisión, la fecha será en base al calendario del lugar de pago, LGTV art. 135.

El tomador de la letra pagadera a día fijo, a cierto plazo fecha, o de la vista se presentará al pago el día en que la misma es pagadera, LGTV art. 136.

El tomador no se obliga a recibir sus pagos antes del vencimiento, pero no podrá rechazar un pago parcial; si la letra no se presenta al pago el día que corresponda, el librado tiene la facultad de depositar su importe en un banco o la autoridad judicial, LGTV artos. 137, 138.

4. Acciones por falta de aceptación o pago o vencimiento

La acción cambiaria puede ser directa o de regreso; es acción cambiaria directa aquella que corresponde al titular de una letra de cambio para obtener su cobro judicial del aceptante o avalista. Es acción cambiaria de regreso, aquella que es promovida contra todo obligado, es decir endosantes, librador. LGTV artos. 139, 140.

La acción de regreso se puede ejercitar al vencimiento si no se paga, y antes del vencimiento si la aceptación es rechazada en todo o parte; en caso de quiebra del librado, suspensión de pagos, o de ejecución infructuosa sobre sus bienes; quiebra del librador de una letra no aceptable, LGTV art. 140.

La negativa de aceptación o de pago debe hacerse constar por acto notarial auténtico. El protesto por falta de aceptación debe hacerse en los plazos fijados para la presentación a la aceptación; la falta de aceptación dispensa de la presentación para el pago y del protesto por falta de pago. El protesto por falta de pago de una letra de cambio pagadera a día fijo, o a cierto plazo de su fecha o de su vista, deberá hacerse en uno de los dos días hábiles siguientes al día en que es pagadera; si es pagadera a la vista, el protesto por falta de pago deberá levantarse según normas indicadas para el protesto por falta de aceptación, LGTV art. 141. Es importante insistir, que el ejercicio de la acción cambiaria estará sometido a la formalidad especial del protesto.

Cuando, la letra se presente por medio de un banco, la anotación respecto a la negativa de aceptación o pago, vale como protesto, LGTV art. 142.

Con la negativa, el portador dará aviso al endosante y al librador dentro de los cuatro días hábiles siguientes al día del protesto. Cada endosante en los dos días hábiles al día en que recibió el aviso informará al anterior endosante, hasta remontarse al librador, si hay un avalista se dará aviso, LGTV art. 143.

Por medio de una cláusula “sin gastos”, “sin protesto”, el librador, el endosante o un avalista, escrita sobre el título, puede dispensar al portador para levantar el protesto para ejercer la acción de regreso, LGTV art. 144.

Quedarán obligados solidariamente frente al portador, los que libran, aceptan, endosan o avalan una letra de cambio; pudiendo accionar el portador contra estos sujetos de forma individual o conjuntamente, LGTV art. 145.

El portador reclamará contra quien ejerce la acción de regreso el importe de la letra, más los intereses; los intereses a partir del vencimiento; los gastos del protesto y cualquier otro gasto, LGTV art. 146. El obligado que paga la letra de cambio, puede reclamar a los que son responsables la cantidad íntegra pagada; intereses sobre la cantidad pagada; gastos incurridos, LGTV art. 147.

El obligado puede exigir, mediante su pago, la entrega de la letra y la cuenta de gastos con el recibo, LGTV art. 148.

Las acciones que nacen de la letra de cambio contra el aceptante prescriben a los tres años, contados de la fecha de vencimiento; las acciones del portador contra endosantes y contra el librador prescriben en un año, contado de la fecha de levantado el protesto en tiempo oportuno o de su vencimiento, en caso de fecha de vencimiento, en caso de la cláusula sin gastos; las acciones de unos endosantes contra otros endosantes y contra el librador prescriben en seis meses, contados desde el día en que el endosante ha pagado la letra o desde el día en que se ha ejercitado la acción de regreso contra él; en la letra de cambio librada con el vencimiento en blanco, el término de prescripción comienza a correr desde la fecha de vencimiento puesta al llenar en blanco, LGTV artos. 172, 173.

BIBLIOGRAFÍA

1. **BROSETA**, Manuel; Manual de Derecho Mercantil; Tecnos; Madrid, 1990.
2. **JIMÉNEZ SÁNCHEZ**, Guillermo; Derecho Mercantil; Edit. Ariel S.A.; Barcelona, 1990.
3. **MOTOS GUIRAO**, Miguel; Títulos Valores: La Letra de Cambio, el Pagaré y el Cheque; Edit. Comares; Granada, 1993.
4. **SANZ DE HOYOS**, Carlos; Derecho Cambiario Análisis de la Ley Cambiaria y del Cheque; Tecnos; Madrid, 1987.
5. **RAMÍREZ VALENZUELA**, Alejandro; Derecho Mercantil y Documentación; Limusa; México, 1994.
6. **RODRÍGUEZ R.**, Joaquín; Derecho Mercantil Tomo II; Edit. Porrúa S.A.; México, 1994.
7. **RIBÓ DURÁN**, Luis; Diccionario de Derecho; BOSCH, Barcelona, 1987.

PAGARÉ LA ORDEN

1. Concepto

Establece el tratadista Rodrigo Uría, que el pagaré es el título por el que una persona, denominada firmante, se obliga a pagar a otra (tenedor) o a su orden, una determinada cantidad en una fecha y lugar también determinados. Cabe destacar que el pagaré, a diferencia de la letra de cambio y el cheque no es una orden o mandato de pago dado a un tercero, sino una promesa de pago hecha por el firmante, que queda directa y personalmente obligado.

En diversas legislaciones se consideran dos figuras relacionadas al pagaré, el pagaré simple que es un reconocimiento de deuda escrito y entregado al acreedor por el obligado en cierto momento determinado; el pagaré a la orden debe proceder de operaciones de comercio sin que fueran comerciantes los sujetos involucrados. El Convenio de Ginebra sobre la letra de cambio y pagaré emplea la denominación de pagaré a la orden, incluso con la misma desaparece el pagaré al portador.

2. Requisitos

La LGTV en el art. 175 determina los requisitos del pagaré a la orden: denominación de pagaré a la orden, promesa incondicionada de pagar una cantidad determinada de dinero, indicación del vencimiento, lugar de pago, nombre de la persona a quien o la orden de quien debe hacerse el pago, fecha y lugar de suscripción del pagaré, firma del suscriptor. Estos requisitos son esenciales, es decir su ausencia conlleva que el

documento no valdrá como pagaré; determinando a la vez algunos requisitos naturales, que son suplidos por la ley: sin indicación de vencimiento se considera pagadero a la vista; a falta de indicación especial, el lugar de expedición, se considera como lugar de pago y domicilio del suscriptor; si no se indica lugar de expedición, se considera suscrito en el lugar indicado junto al suscriptor, LGTV art. 176.

3. Normas aplicables

En la mayoría de legislaciones de América Latina, encontramos que las regulaciones acerca del pagaré a la orden son pocas, remitiendo a las disposiciones de la letra de cambio, nuestra ley no es la excepción, y remite en los artos. 177, 178, y 179 a lo establecido sobre la letra de cambio.

4. Pagaré a la orden causal

La LGTV hace referencia al pagaré a la orden causal, se trata de una figura que utilizan las instituciones financieras cuando facilitan dinero por causas de contratos de avío o habilitación como comprobante de retiro de los fondos. La disposición del art. 28 LGTV no se aplica al pagaré a la orden causal, el mismo artículo establece las excepciones respectivas, LGTV artos. 28, 180.

Además, de los requisitos a cumplir del art. 175 LGTV, contendrán: la indicación del contrato por el cual se emite; la indicación genérica de las garantías del contrato, LGTV art. 181.

5. Pagaré de empresas

El proceso de modernización de los sistemas financieros tiene por efecto la introducción al mercado de activos financieros no usuales hasta el momento. Es así, que surge el pagaré de empresa, el pagaré de bancos, pagaré, del tesoro y otros, teniendo

amplia proliferación. Los pagaré de empresas, llamados pagaré financieros o papel comercial (*comercial paper*), consisten en valores que atribuyen a su titular un derecho de crédito contra la entidad emisora, emitidos a corto plazo y en los cuales el rendimiento obtenido por el inversor consiste en la diferencia entre el importe desembolsado y el que el emisor se compromete a reembolsar al vencimiento (descuento). Se trata de un documento apto para obtener financiamiento a corto plazo en el mercado de capitales.

BIBLIOGRAFÍA

1. **JIMÉNEZ SÁNCHEZ**, Guillermo; Derecho Mercantil; Edit. Ariel S.A.; Barcelona, 1990.
2. **MOTOS GUIRAO**, Miguel; Títulos Valores: La Letra de Cambio, el Pagaré y el Cheque; Edit. Comares; Granada, 1993.
3. **SANZ DE HOYOS**, Carlos; Derecho Cambiario Análisis de la Ley Cambiaria y del Cheque; Tecnos; Madrid, 1987.

LOS CHEQUES

1. Concepto

El tratadista Joaquín Rodríguez R., afirma en cuanto al cheque: Es un título valor dirigido a una institución de crédito, con el que se da orden incondicional de pagar a la vista una cantidad de dinero a cuenta de una provisión previa y en la forma convenida.

La LGTV art. 185 señala que es una orden incondicional de pago girada contra un banco y pagadera a la vista.

Se trata de un documento que incorpora una orden de pago que debe tener efectividad desde el momento de la emisión, por lo tanto sólo puede ser girado a la vista y por ello el librador debe disponer de una provisión de fondos suficiente para atender a su cumplimiento.

2. Requisitos

Entre los requisitos esenciales destacamos: debe constar por escrito, indicará el nombre del banco (girado); lugar y fecha de expedición; nombre de la persona a cuya orden se gira (beneficiario) o la mención de ser al portador; mandato de pagar una suma determinada la cual debe ser escrita en letras y cifras, o con máquina protectora; firma del girador autógrafa, LGTV art. 185. Como requisitos naturales se plantea que son: el lugar indicado junto al nombre del librado se considera como lugar de pago; a falta de indicación, será pagadero en el lugar de emisión o donde el librado tiene su establecimiento particular; sin

indicación del lugar de emisión, se considera suscrito en el lugar designado junto al nombre del librador; LGTV art. 186.

El cheque no requiere ser aceptado, cualquier mención a la aceptación se tiene como no escrita, LGTV art. 187.

3. Requisitos intrínsecos

El cheque puede extenderse a la orden del librador; si es expedido o endosado a favor del librado no será negociable; puede librarse por cuenta de un tercero, LGTV art. 189. Cualquier estipulación de intereses se reputa como no escrita; puede ser pagadero en el domicilio de un tercero, a condición de que el tercero sea un banco; responderá el librador del pago del cheque, cualquier cláusula exonerando de la responsabilidad del pago se reputa no escrita; si un cheque estuviere incompleto o mal escrito el nombre del beneficiario o del endosatario, al ser transferido lo hará con su firma usual, indicando además su nombre correcto, LGTV artos. 190, 191, 192, 193.

4. Forma de giro

LGTV art. 188 será pagadero a:

1. Una persona determinada, con o sin cláusula expresa a la orden.
2. Una persona determinada, con cláusula no a la orden.
3. Al portador.
4. Sin indicación del beneficiario vale como cheque al portador.
5. A favor de una persona determinada, con la cláusula o al portador o un término equivalente, vale como cheque al portador.

5. Convención del cheque

Del contrato de cuenta corriente surge la implementación del cheque, eso implica que el cheque se podrá emitir si el librador dispone en el banco la provisión de fondos correspondiente (LGTV art. 227), no podrá tener mercaderías o títulos, la institución bancaria deberá disponer a favor del cliente cualquier monto de dinero de la provisión antes dicha, LGTV art. 220. A través del contrato, el banco entregará al librador formularios para que expida cheques o le acredite la suma disponible, LGTV artos. 185, 221. Conviene aclarar, que la convención del cheque se basa en la existencia de los elementos previstos en los artos. 220 y 221.

Si el librador emite cheque que no se paga por falta de fondos, incurre en delito de estafa, se reputa que no tuvo intención dolosa cuando paga a más tardar 24 horas de conocer que no se efectuó el pago, LGTV art. 222.

Los bancos emitirán cuadernos, libretas o talonarios impresos de formularios debidamente enumerados, el librador podrá usar formularios especiales con logotipos alusivos a su empresa previa autorización del banco, LGTV art. 223. Como parte de las disposiciones contractuales, la institución bancaria con el fin de evitar un mal pago, el librador y demás personas autorizadas para librar cheque registrarán sus firmas, LGTV art. 224.

En caso de extravío o de sustracción de los cuadernos, libretas o talonarios de formularios, el tenedor informará de inmediato al banco a fin de que no se paguen los cheques presentados en los formularios objeto de la sustracción o extravío, LGTV art. 225. El librador conservará los talonarios, libretas o cuadernos de cheques librados, para efectos de comprobación contable, LGTV art. 226.

Responderá el librado por los daños y perjuicios que ocasione, si se efectúa un mal pago del mismo, aunque conviene aclarar que no tendrá acción contra el librado el portador, excepto, en caso de que se niegue a poner la nota de no disponibilidad en el documento, LGTV art. 228.

La ley faculta al librado para no realizar el pago en los casos siguientes: tenga conocimiento de la suspensión de pagos de quiebra o concurso del portador; si el cheque aparece falsificado, adulterado, raspado, interlineado o borrado en su fecha, número de orden, cantidad, especie de moneda, nombre del beneficiario, firma del librador o le faltase cualquiera de los requisitos esenciales; en caso de revocación u orden de no pago, si el cheque se presenta después de expirados los plazos de presentación, LGTV art. 229.

El contrato de cuenta corriente establece derechos y obligaciones, tanto para el banco, como para el librador, por consiguiente si uno de ellos no cumple con su obligación responde del daño causado. Se presume que hay culpa o negligencia del librador: si su firma es falsificada en los formularios recibidos por el banco y esta no es visiblemente manifiesta; si es alterado o firmado por dependiente o persona que use de su firma en los cheques, LGTV art. 230. Se presume responsabilidad del librado: si la alteración de la cantidad, o la firma del librador es visiblemente falsificada; si el cheque no es de los talonarios entregados al librador, o si en caso de extravío o sustracción el tenedor dio el aviso de forma oportuna, LGTV art. 231.

6. Transferencia

Cuando el cheque es pagadero a favor de persona determinada con o sin cláusula a la orden es transferible mediante endoso. Si es a favor de persona determinada con la cláusula no a la orden, será endosable para cobro a un banco. El endoso de un cheque para acreditarse en la cuenta corriente del poseedor legitimado, no requiere la firma del poseedor. El endoso también opera cuando se hace a favor del librador; El endoso realizado por el librado es nulo, LGTV artos. 194, 195.

El endoso implica que el endosante es responsable del pago, excepto que él prohíba un nuevo endoso, LGTV art. 196. Si se practica endoso en cheque al portador hace responsable al endosante en la vía de regreso, sin convertir el título en un

documento a la orden, LGTV art. 197. Cuando se trata de un cheque con la cláusula no negociable sólo será endosado a favor de un banco para su cobro, LGTV art. 198. Se establece como una excepción para aplicar el endoso en el cheque, en el caso del endoso en garantía y en procuración (LGTV artos. 67, 68), LGTV art. 199.

7. Aval

Se aplica al aval del cheque las disposiciones sobre el aval de la letra de cambio, el aval del cheque prestado por el librado equivale a un cheque certificado, LGTV art. 201.

8. Presentación y pago

El cheque es pagadero a la vista; si se presenta al pago antes del día indicado como fecha de emisión (postdatado), es pagadero el día de la presentación, LGTV art. 202.

Los cheques deben presentarse para su pago, LGTV art. 203:

1. Dentro de los ocho días, si es pagadero en el lugar de emisión.
2. Dentro del mes, si es pagadero en el país de su emisión, pero en lugar distinto de éste.
3. Dentro de los tres meses, si es librado en el exterior y pagadero en el país.
4. Dentro de los tres meses, si es librado en el país a pagarse en el extranjero.

Existe una convención entre las instituciones que conforman el sistema financiero nacional, en el sentido de que no se pague el cheque después de seis meses de emitido a partir de su fecha.

Como una garantía para la circulación del cheque, cualquier revocación u orden de no pagar un cheque no produce efecto, sino después de la expiración de los plazos determinados en el art. 203 LGTV. Asimismo, ni la muerte, ni la incapacidad del librador sobrevenida después de la emisión, producen efectos en relación con el cheque, ni autorizan al librado para dejar de pagarlo, LGTV art. 206. En caso del pago, el portador no podrá rehusar un pago parcial, en esa situación el librado puede exigir se anote el pago en el cheque y se le dé el respectivo recibo, LGTV art. 207.

9. Falta de pago

Podrá ejercer el portador la acción de regreso, contra endosantes, librador y otros obligados, si presentado el cheque a tiempo no es pagado. Se exige como requisito de formalidad para ejercer la acción de regreso, que la negativa se acredite por el banco por medio de nota colocada en el reverso del cheque indicando la negativa o por medio de la cámara de compensación. El portador conserva su acción de regreso contra el librador aún cuando el cheque no se haya presentado en tiempo, no se hubiere suscrito a tiempo la nota equivalente a protesto. La acción de regreso del portador contra endosantes y otros obligados caduca por no haberse presentado el cheque en debido tiempo o por no haberse hecho el protesto; LGTV art. 208. El cheque no pagado presta mérito ejecutivo contra el librador y endosantes, debiendo cumplirse con la formalidad de poner la nota del banco de no pago, o de una cámara de compensación, o protesto; además de la acción ejecutiva podrá ejercer la acción penal correspondiente, LGTV art. 214.

Quedan obligados solidariamente frente al portador, el librador, endosantes, avalistas, LGTV art. 210. El portador reclamará el importe no pagado del cheque, intereses legales y gastos ocasionados, LGTV art. 211. El que ha pagado el cheque puede reclamar al endosante o avalista la cantidad íntegra pagada, intereses legales y gastos incurridos, LGTV art. 212.

10. Modalidades

10.1 CHEQUE CRUZADO

El librador o tenedor podrá cruzar un cheque por medio de dos barras paralelas colocadas en el anverso. Si dentro de las barras se indica el nombre del banco, el cheque cruzado se denomina especial. Si no se indica el nombre del banco o simplemente dice “banco”, corresponde a un cheque cruzado general, únicamente el cheque cruzado general se puede transformar en especial. Una vez que el cheque se cruza no se puede cancelar el mismo, LGTV art. 203.

En cuanto a los efectos del cruzamiento, implica que no puede cobrarse en ventanilla, debiendo depositarse en la cuenta corriente.

Sobre el pago, el cruzado general no puede ser pagado por el librado más que a un banco o a un cliente del librado. El relación al pago del cruzado especial, no puede ser pagado por el librado más que al banco designado. Un banco no puede adquirir un cheque cruzado más que de uno de sus clientes o de otro banco.

10.2 CHEQUE PARA ABONAR EN CUENTA

Por esta modalidad de cheque se pretende que no sea pagado en efectivo, sino por un simple asiento contable. Para lo cual, se requiere que el librador o tenedor ponga en el anverso la expresión abono en cuenta. Para que el cheque se acredite es necesario que el tenedor disponga de una cuenta corriente, en vista de que la liquidación contable equivale al pago, LGTV art. 234. El cheque no será negociable a partir de la inserción de la cláusula abono en cuenta, LGTV art. 235.

10.3 CHEQUE NO NEGOCIABLE

La no negociabilidad se traduce en la imposibilidad de utilizar la vía expedita y llena de prerrogativas del endoso, para transferir los derechos derivados del título. La práctica demuestra la

conveniencia de que el cheque no sea negociable en determinadas circunstancias, tal y como sucede con los cheques de los retirados. La no negociabilidad proviene del mandato legal o de la inserción de la cláusula no negociable en el texto mismo. El cheque será pagado exclusivamente al beneficiario o a solicitud de el acreditado en su cuenta corriente. La cláusula será colocada por el banco a solicitud del cliente, o puesta por un endosante, LGTV art. 236. Si el banco paga un cheque no negociable a persona distinta del beneficiario o del banco endosatario para el cobro, responde del pago, LGTV art. 237.

10.4 CHEQUE CERTIFICADO

Es el cheque en el cual el banco deja expresa constancia de la existencia de fondos suficientes para su pago y se compromete a reservarlos para atender ese libramiento por el plazo que se convenga.

El banco se encargará de anotar la cláusula “cheque certificado”, verificando que existe la provisión de fondos y comprometiéndose a reservar el monto certificado como disponible, no cabe la certificación en cheque al portador, LGTV art. 238. La acción directa del portador de un cheque certificado contra el banco prescribe en seis meses, LGTV art. 240.

10.5 CHEQUE DE CAJA O DE GERENCIA (SOBRE EL LIBRADO)

La institución bancaria tiene posibilidad de librar cheques a su propio cargo, se utiliza como parte de un servicio bancario.

Se caracteriza porque librador y librado son una misma persona; estos cheques serán no negociables, deben contener la cláusula “cheque de gerencia” y sólo podrán librarse a favor de persona determinada, LGTV art. 241.

10.6 CHEQUE CIRCULAR

Es aquel que puede ser hecho efectivo en distintas plazas, el documento incorpora una promesa de pago formulada por un

banco, el cual se convierte en obligado principal y directo, una de sus modalidades es el cheque de viajero, son emitidos únicamente por bancos, LGTV art. 242. Si se omite la denominación de “cheque circular” no valdrá como cheque, LGTV art. 243. El endoso de un cheque a favor del emitente lo extingue, LGTV art. 246.

10.7. CHEQUE DE VIAJERO

Tiene su antecedente en el denominado cheque circular; es emitido por un banco a petición de su cliente, el que desea disponer de dinero en el extranjero.

Se trata de un cheque a la orden, pagadero a la vista por una sucursal del banco, LGTV art. 249. El pago del cheque estará subordinado a la presentación de dos firmas, una puesta al emitirse y la otra al presentarse a pago; las acciones contra el banco emitente son imprescriptibles, LGTV art. 250.

10.8 CHEQUES CON TALÓN DE RECIBO

Consisten en un cheque que lleva adherido un talón que será firmado por el tenedor al cobrar el título, siendo una garantía para el que cobra y seguridad para el que paga, LGTV art. 254. No son negociables, es decir se pagarán al beneficiario o se acreditan en cuenta.

10.9 CHEQUE FISCAL

Corresponde a cheque emitidos por el fisco de forma electrónica. Tendrán una validez de seis meses a partir de la emisión, LGTV art. 256.

11. Cámara de compensación

El Reglamento de la Cámara de Compensación Interbancaria señala que en la Cámara se efectuarán las operaciones de canje de los cheques recibidos por cada banco en moneda nacional y moneda extranjera girados contra bancos comerciales; lo cual

implica una compensación contable entre el valor de los cheques presentados y el valor recibidos en la Cámara, procediendo el Banco Central a liquidar el saldo resultante de la compensación mediante débitos o créditos a las cuentas que los bancos manejan en el Banco Central.

12. El protesto

Afirma Miguel Motos G., que el protesto es una institución cambiaria de antiguo abolengo, justificándose porque el tráfico cambiario ha necesitado siempre de la solemnidad en los actos decisivos para el ejercicio y la cautela del derecho.

Garrigues, define acerca del protesto: Como un acto notarial que acredita frente a todos el exacto cumplimiento de la obligación de diligencia impuesta por la ley al tenedor de la letra.

La LGTV determina que la negativa de aceptación o de pago de la letra de cambio y del pago del cheque debe hacerse constar por acto notarial auténtico.

En el caso de la no aceptación, se hará en los plazos fijados para la presentación; por falta de pago de una letra pagadera a día fijo o a cierto plazo de su fecha, se hará en uno de los dos días hábiles siguientes.

En cuanto al cheque, el protesto por medio de notario se debe realizar a más tardar dos días después de la negativa. También, puede darse el caso que la letra se presente por conducto de un banco, es ese caso la anotación a la negativa de aceptación o pago, valdrá como protesto, es decir que la atribución de los notarios se concede a los bancos autorizados por la Superintendencia de Bancos. El levantamiento del protesto se podrá dispensar, agregando la cláusula “sin gastos”, “sin protesto”. La plena eficacia de la cláusula se justifica sobre la base de que el deber del levantamiento del protesto se hace en defensa de los intereses del obligado en vía de regreso, pero si éstos renuncian a la protección, la cláusula debe estimarse lícita y producirá todos sus efectos.

El protesto debe hacerse en documento separado, o bien en el título o en hoja adherida. El notario que levante el protesto pondrá razón en su protocolo del protesto hecho, expresando el nombre y apellido del requirente y requerido, la naturaleza del título y todos los datos necesarios para la identificación del mismo; de tal razón el notario pondrá nota en el protesto. En cuanto al cheque, el banco y la Cámara de Compensación están obligados a poner la nota de negativa de fondos en el anverso del documento.

El protesto contendrá al menos, fecha y lugar en que se practica; nombre del requirente, del requerido y el requerimiento hecho; respuesta obtenida, firma del notario y del requerido; identificación completa del título.

BIBLIOGRAFÍA

1. **BROSETA**, Manuel; Manual de Derecho Mercantil; Tecnos; Madrid, 1990.
2. **GARRIGUES**, Joaquín; Curso de Derecho Mercantil; PORRUA; México 1979.
3. **JIMÉNEZ SÁNCHEZ**, Guillermo; Derecho Mercantil; Edit. Ariel S.A.; Barcelona, 1990.
4. **MOTOS GUIRAO**, Miguel; Títulos Valores: La Letra de Cambio, el Pagaré y el Cheque; Edit. Comares; Granada, 1993.
5. **SANZ DE HOYOS**, Carlos; Derecho Cambiario Análisis de la Ley Cambiaria y del Cheque; Tecnos; Madrid, 1987.
6. **SOLÓRZANO**, Aníbal; Ley General de Títulos Valores Comentada y Concordada; Imprenta Nacional; Managua, 1973.

SEXTA PARTE

SUSPENSIÓN DE PAGOS

1. Concepto

El art. 1047 CC señala que: El comerciante que poseyendo bienes suficientes para cubrir todas sus deudas prevea la posibilidad de efectuarlo a las fechas de sus respectivos vencimientos o que no haya podido hacerlo en esas fechas, en virtud de accidentes extraordinarios, imprevistos o de fuerza mayor, podrá constituirse en estado de suspensión de pagos que declarará el juez de comercio de su domicilio en vista de su manifestación.

Igualmente podrá hacerlo el mismo comerciante, por los accidentes dichos, dentro de las cuarenta y ocho horas siguientes al vencimiento de una obligación que no haya satisfecho, no obstante de habersele reclamado judicialmente.

Cabe señalar que existe un criterio uniforme por los tratadistas en cuanto a considerar que los supuestos de la quiebra y de la suspensión de pagos son comunes; veamos, cuáles son esos presupuestos:

1. Ser comerciante: incurre en suspensión de pagos el comerciante, es decir sólo el que cumple esa condición puede solicitarla al juez.
2. Cesación de pagos: consiste en la declaración judicial acerca de la situación de insolvencia del comerciante.

Por medio de la suspensión de pagos, se expresa la previsión del deudor de no poder cumplir sus obligaciones con puntua-

lidad. El deudor es el interesado en evitar la quiebra, siendo él quien mejor conoce su iliquidez.

La suspensión de pagos es un beneficio que se le concede al deudor para salvar, mediante una moratoria o determinadas condiciones, una situación de dificultad económica.

2. Petición

La petición se acompañará de los estados financieros, y el inventario de los bienes; relación exacta de los acreedores y el monto del adeudo; la proposición de la espera que se solicita a los acreedores. La solicitud se analizará por el juez, la respuesta conociendo o negando dependerá si dos tercios de los acreedores cuyos créditos que formen tres cuartas partes de la deuda, o los tres cuartos de los acreedores que representen los dos tercios de los créditos se hayan opuesto. El juez podrá conceder la solicitud si el número de acreedores no se cumple, no pudiendo exceder la concesión del término de un año, artos. 1050, 1051 CC. Dicha resolución se mandará a publicar, incluyendo el nombre de los interventores artos. 1054, 1056 CC.

3. Interventores

Concedida la espera, el juez designará a uno o más acreedores en calidad de interventores en los procedimientos del deudor; el deudor no podrá enajenar, gravar bienes muebles e inmuebles, recibir, pagar cantidades, ni ejercer acto alguno de administración, sin la asistencia o autorización de los interventores, artos. 1053, 1056 CC.

4. Efecto

El efecto de la espera es suspender cualquier clase de ejecuciones y suspender la obligación de pagar las deudas puramente personales; el curso ordinario de las causas pendientes

o que de nuevo iniciaren, sólo se suspende en cuanto a la ejecución. La espera no tendrá efecto suspensivo en la ejecución que provenga de hipoteca, prenda, otros derecho reales; arrendamiento de terrenos o fincas, alimentos, salarios; créditos que provengan de suministros al deudor para la subsistencia y la de su familia. Es importante, mencionar que mientras dure el término de espera, los créditos que existan al tiempo de solicitarla y que no correspondan a las excepciones anteriormente mencionadas, se pagarán proporcionalmente a la cuota que representa cada acreedor, artos. 1057, 1058, 1059 CC.

BIBLIOGRAFÍA

1. **JIMÉNEZ SÁNCHEZ**, Guillermo; Derecho Mercantil; Edit. Ariel S.A.; Barcelona, 1990.
2. **SOLÓRZANO**, Aníbal; Ley General de Títulos Valores Comentada y Concordada; Imprenta Nacional; Managua, 1973.
3. **RODRÍGUEZ R.**, Joaquín; Derecho Mercantil Tomo II; Edit. Porrúa S.A.; México, 1994.

Lección No. 23

QUIEBRA

1. Concepto

Establece el art. 1062 CC que se halla en estado de quiebra todo comerciante que cesa de hacer sus pagos y que no goza de los beneficios de la suspensión de pagos.

Define Luis Ribó Durán, que la quiebra es un procedimiento judicial de ejecución forzosa y universal, basado en el principio de la comunidad de pérdidas, que se sigue sobre el patrimonio de un deudor comerciante en estado de insolvencia frente a varios acreedores.

Considerando lo anteriormente enunciado, se puede afirmar que la quiebra tiene como objetivo fundamental resolver una situación de insolvencia.

2. Declaración

Procede la declaración de quiebra cuando la pida el quebrado, o a solicitud fundada del acreedor legítimo, art. 1063 CC.

Para la declaración de quiebra a instancia del acreedor, será necesario que la solicitud se funde en título por el cual se haya despachado mandamiento de ejecución o apremio y que del embargo no resulten bienes libres bastantes para el pago. O cuando acreedores que no obtuvieren mandamiento de embargo, justifiquen sus títulos de crédito y que el comerciante ha suspendido de manera general en el pago.

Si el comerciante se fuga u oculta sin dejar representante, bastará la declaración de quiebra a instancia de acreedor que justifique su título. El juez procederá de oficio en caso de fuga notoria o de que tuvieren noticia exacta, a la ocupación del establecimiento del fugado.

La declaración de quiebra puede hacerse aún después de fallecido el comerciante, dentro de seis meses de la cesación de pagos; también en el caso del comerciante retirado, siempre que no haya pasado dos años de la suspensión de pagos y mientras ejercía el comercio, artos. 1064, 1065, 1066, 1068 CC.

El comerciante que cesa en el pago de sus obligaciones producto de que el pasivo es superior al activo, tendrá la obligación de presentarse en estado de quiebra dentro de los diez días siguientes al de la suspensión, art. 1067 CC.

La calificación de quiebra para exigir el deudor la responsabilidad criminal se hará siempre en ramo separado, art. 1095 CC. En ningún caso se procederá por los delitos de quiebra culpable o fraudulenta, sin antes que el juez o tribunal haya hecho la declaración de quiebra y la de haber mérito para proceder criminalmente, art. 1096 CC.

3. Efectos

La declaración de quiebra comprende la universalidad de bienes y deudas fallido. A partir de la declaración de quiebra, el fallido queda de derecho separado de la administración de todos los bienes, la pérdida de las facultades de administración y disposición sobre los bienes comprendidos en la quiebra, se denomina desposesión. Es decir, no se pierde el dominio de los bienes, solamente la disposición. Incluso, dejará el fallido desempeñar mandatos o comisiones que le hubieren sido conferido antes de ella, artos. 1070, 1071, 1075 CC.

Todos los actos y operaciones del quebrado y todos los pagos que realice con posterioridad a la declaración de quiebra serán nulos, artos. 1082, 1084, 1085 CC.

La declaración de quiebra tiene por efecto restricciones en la libertad personal, en donde queda el arraigo determinado por dicha declaración y su infracción será motivo de sanción, art. 1072 CC.

La declaración de quiebra implica que el quebrado pierde la legitimación procesal en todo lo relacionado a los bienes comprendidos en la quiebra; el quebrado conserva una capacidad procesal plena, en relación con los acreedores hipotecarios y prendarios; también conserva la capacidad procesal en las acciones personales, art. 1077 CC.

La declaración de quiebra produce efectos sobre las relaciones jurídicas preexistentes, debido a que ellas tienen incidencia sobre el patrimonio del fallido, art. 1078 CC. La razón del vencimiento de las obligaciones a término obedece a que se pierde la confianza acerca del cumplimiento del deudor. Además, las deudas del fallido dejarán de devengar intereses, excepto los créditos hipotecarios y pignoraticios, art. 1079 CC.

4. Clases de quiebra

El código de comercio establece tres clases de quiebra: fortuita, culpable o fraudulenta.

La quiebra es fortuita, cuando no cabe en ninguno de los casos previstos entre la quiebra culpable y fraudulenta. Tomando como referencia la Ley mexicana sobre quiebra, veamos las definiciones siguientes: Considera que se entiende como quiebra fortuita, del comerciante a quien sobrevinieren infortunios que, debiendo estimarse causales en el orden regular y prudente de una buena administración mercantil, reduzcan su capital al extremo de tener que cesar en sus pagos, ver el art. 1088 CC.

La quiebra culpable es la del comerciante que con actos contrarios a las exigencias de una buena administración mercantil haya producido, facilitado o agravado el estado de cesación de pagos, ver art. 1089 CC.

Es fraudulenta, la quiebra de los comerciantes que dolosamente disminuyen el activo o aumentan su pasivo provocando o agravando la cesación de pagos, así como la de los comerciantes cuya verdadera situación no puede apreciarse, consultar el art. 1090 CC.

En cuanto a los cómplices de las quiebras fraudulentas, el art. 1093 CC determina que son los que auxilién el alzamiento de bienes del quebrado; alteren la naturaleza o fecha del crédito; auxilién, oculten o sustraen bienes o créditos del quebrado; los que son tenedores de alguna pertenencia del quebrado y se la entregan; los que negaren a los administradores de la quiebra los efectos que le pertenecieren al quebrado; los que admiten endosos del quebrado a partir de la declaración; los acreedores legítimos que realicen convenios particulares; los mediadores que intervienen en operaciones de tráfico del quebrado; los que acepten simulaciones sobre bienes del quebrado; los que alteren la naturaleza o fecha del crédito.

5. Convenio con acreedores

En cualquier estado del juicio de quiebra, el quebrado y sus acreedores podrán hacer los convenios que estimen oportunos; no gozará de este derecho el quebrado fraudulento. Los convenios entre acreedores y el quebrado serán hechos en junta de acreedores debidamente constituida; cualquier pacto entre quebrado y cualquier acreedor será nulo y por solo ese hecho será calificado culpable, artos. 1098, 1099 CC. Los acreedores hipotecarios y prendarios y demás privilegiados, podrán abstenerse de participar en la resolución de la junta sobre el convenio, si prefieren participar en el convenio serán comprendidos en las decisiones que la junta acuerde, art. 1100 CC.

La aprobación del convenio requiere el voto favorable de dos tercios de acreedores cuyos créditos forman las tres cuartas partes de la deuda o las tres cuartas partes de los acreedores que representen los dos tercios del crédito, art. 1101 CC. El convenio aprobado, será obligatorio para el fallido y los acree-

dores; los acreedores disidentes y los que no participaron en junta podrán oponerse dentro de los ocho días a la celebración de la junta, artos. 1102, 1105 CC.

6. Graduación de créditos

La graduación de los créditos se realiza dividiéndose en dos secciones: La primera, comprenderá los créditos que hayan de ser satisfechos con el productos de los bienes muebles, art. 1113 CC. La segunda, los que hayan de pagarse con el producto de los inmuebles, art. 1114 CC. El producto de la venta entre los acreedores de un grado, letra o número finaliza hasta que se encuentren saldados en su totalidad, art. 1117 CC.

7. Sociedades mercantiles

La quiebra de una sociedad en nombre colectivo o en comandita simple, lleva consigo la de los socios que tengan responsabilidad solidaria. Si los socios comanditarios o de sociedades anónimas no entregan el total de las cantidades que se obligaron a poner en la sociedad, el administrador de la quiebra tendrá derecho para reclamar los dividendos pasivos que sean necesarios dentro del límite de su responsabilidad; conviene aclarar que la quiebra de uno o más socios no producirá por si sola la de la sociedad, artos. 1120, 1121, 1122, 1123 CC. El convenio en la quiebra de las sociedades anónimas que no se hallen en liquidación podrá tener por objeto la continuación o el traspaso de la empresa con las condiciones que se fijen en lo mismo, art. 1125 CC.

8. Rehabilitación

El juez que conoce sobre el juicio de quiebra, puede conceder la rahabilitación considerando la graduación de la quiebra. El fallido fortuito, será rehabilitado, protestando en forma legal atender al pago de sus deudas tan pronto su situación lo permita, artos. 1143, 1144 CC.

Los de segunda clase, serán rehabilitados, siempre que aseguren su cumplimiento con alguna garantía aceptada por sus acreedores, art. 1145 CC.

Los fallidos de primera y segunda clase, por convenio legal con los acreedores y que deban continuar con la administración de sus bienes, por sólo ese hecho se entienden rehabilitados, art. 1146 CC.

Los fallidos fraudulentos no quedan rehabilitados a pesar de pagar todas sus obligaciones; quedarán en situación de segunda clase, luego que cumplan la pena o que sean indultados o que la hayan prescrito, art. 1148 CC. Con la rehabilitación del quebrado cesarán todas las interdicciones legales que produce la declaración de quiebra, art. 1149 CC.

BIBLIOGRAFÍA

1. **JIMÉNEZ SÁNCHEZ**, Guillermo; Derecho Mercantil; Edit. Ariel S.A.; Barcelona, 1990.
2. **SOLÓRZANO**, Aníbal; Ley General de Títulos Valores Comentada y Concordada; Imprenta Nacional; Managua, 1973.
3. **RODRÍGUEZ R.**, Joaquín; Derecho Mercantil Tomo II; Edit. Porrúa S.A.; México, 1994.

PROCESOS ALTERNOS DE SOLUCIÓN DE CONFLICTOS

1. Importancia

En diferentes culturas como la china, japonesa, africanas y en América existe, desde épocas antiguas, antecedentes acerca de la solución de controversias de forma pacífica por miembros de las diferentes comunidades, auxiliándose de un sabio o experto, o de un anciano.

La práctica de nuestros indígenas lastimosamente se perdió, y actualmente somos el único país de Centroamérica que no dispone de una ley y un sistema sobre procesos de solución o de resolución de controversias (SAC-RAC).

A partir del año 2000, autoridades del Ministerio de Fomento Industria y Comercio presentaron un primer anteproyecto de ley, el mismo no avanzó en la discusión por presentar deficiencias sobre aspectos de fondo; en el año 2001 la Corte Suprema de Justicia presenta un anteproyecto de ley, el cual se sometería a corrección por ser un instrumento deficiente, a la fecha no conocemos la nueva versión; en enero del año 2002 la bancada de Gobierno, presentó un anteproyecto de ley sobre arbitraje comercial, se trata de un documento muy deficiente y limitado en su alcance.

Actualmente el Centro Regional de Resolución Alternativa de Conflictos CRAC presentó a la Cámara de Comercio de Nicaragua un anteproyecto de ley. Esperemos a ver qué sucede, y ojalá que en el transcurso del año se apruebe por la Asamblea Nacional una Ley sobre procesos RAC con amplio alcance y no limitándose exclusivamente para la actividad mercantil.

2. Modalidades

Existen diferentes modalidades de procesos alternos de solución de controversias, veamos algunas de éstos:

Mediación, es el proceso que tiene por objeto buscar y facilitar la comunicación entre las partes en conflicto, mediante la intervención de un tercero idóneo, denominado mediador, con miras al logro de un acuerdo proveniente de las partes, que ponga fin el conflicto.

Conciliación, es un proceso a través del cual las partes gestionan la solución de sus propios conflictos con la intervención de un conciliador (facilitador), con capacidad de proponer a las partes fórmulas de avenencia. Las partes tienen derecho a elegir con libertad y de mutuo acuerdo al conciliador.

Arbitraje, es un proceso por medio del cual las partes, acuerdan que un conflicto entre ellos, será resuelto por uno o varios terceros (árbitro) y cuya decisión (laudo) se comprometen a cumplir.

Existe además el arbitraje de derecho, el cual consiste en que el tribunal arbitral dicta su laudo ajustado a las normas estrictas de un derecho determinado.

El arbitraje de equidad, se presenta cuando el árbitro arbitrador o amigable componedor resuelve *ex aequo et bono*, es decir según su leal saber y entender a verdad sabida y buena fe guardada.

Es arbitraje *ad-hoc*, el practicado según reglas de procedimientos especiales establecidos por las partes para el caso concreto.

Arbitraje institucional, es el practicado por una institución de arbitraje privada, autorizada para administrar procesos RAC por un órgano competente.

3. Principios

La conciliación o mediación se rigen por los principios de autonomía de la voluntad de las partes, acceso, eficiencia, privacidad, equidad, neutralidad, celeridad y confidencialidad.

En cuanto al arbitraje, se afirma que se rige por el principio de autonomía de la voluntad de las partes; las partes establecen el procedimiento arbitral; el laudo es de estricto cumplimiento; es irrecurrible; confidencialidad en el procedimiento, neutralidad de los árbitros y celeridad.

4. Situación en Nicaragua

Nicaragua ratificó el Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de otros Estados, el cual surge por el auspicio del Banco Internacional de Reconstrucción y Fomento; se establece el sistema para resolver las diferencias relacionadas a inversiones entre Estados contratantes y nacionales de otros Estados; crea el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones CIADI; determina un procedimiento para conciliación y otro para arbitraje.

El Convenio de Diversidad Biológica también ratificado por Nicaragua, establece un procedimiento para resolver diferencias que surjan entre los Estados partes, haciendo uso de la conciliación y el arbitraje.

El Tratado de Libre Comercio entre Nicaragua y México dispone de un capítulo para solución de controversias que resulten en la aplicación e interpretación del mismo; situación similar se presenta con el Tratado de Libre Comercio suscrito entre República Dominicana y Centroamérica.

No puedo dejar de mencionar la Convención sobre Reconocimiento y Ejecución de las sentencias Arbitrales Extranjeras, Convención de Nueva York; instrumento internacional de gran importancia que Nicaragua no ha ratificado, siendo uno de los

pocos países en el mundo. Su no ratificación coloca en desventaja al empresario nacional, ya que los laudos extranjeros no pueden ser reconocidos y ejecutados en nuestro país; dicha Convención, en cuanto al objeto, se refiere a la eficacia extraterritorial del laudo, por eso se sostiene que es la Convención para los jueces.

El Código de Comercio en los arts. 334-336 establece regulaciones sobre cómo dirimir las diferencias entre los socios, recurriendo a árbitros arbitradores, es decir amigables compondores.

El Código Procesal Civil arts. 958-990 regula los juicios por arbitramento, el nombramiento de árbitro debe realizarse por escritura pública o acta ante el juez, se establece que ante una sentencia de árbitro de derecho pueden interponer los recursos legales.

La Ley Orgánica de Tribunales art. 94 determina que en todos los casos en que se presenten demandas de familia, civiles, mercantiles, agrarias y laborales en los juzgados respectivos, previo cualquier actuación o diligencia, el juez convocará dentro de sexto día a un trámite de mediación entre las partes las que podrán ser asistidas por abogados. Esta disposición es totalmente contraria a los procesos alternos implementados en el mundo, contrario a las disposiciones de Naciones Unidas, en vista que a un juez le da la intervención para que actúe como mediador y después, si no hay acuerdo de transacción, el mediador se convierte en juez; cabría preguntarse si las partes acuden al trámite de mediación dispuestos a conversar, exponer sus criterios, escuchar, ceder y acordar en presencia de alguien que lo juzgará posteriormente si no hay acuerdo.

El nuevo Código Procesal Penal regula la mediación previa art. 57, y la mediación durante el proceso art. 58.

5. **Ámbito internacional**

A nivel de Centroamérica se cuenta con leyes que regulan los procesos alternos de solución de controversias, la ley de Guatemala, Costa Rica y Panamá disponen una amplia competencia tanto en materia comercial o no, en lo personal considero que actualmente la normativa más completa es la de Costa Rica.

Las Naciones Unidas (UNCITRAL) elaboró la denominada Ley de Modelo sobre Arbitraje Comercial; existe además una resolución aprobada por la Asamblea General de Naciones Unidas sobre el Reglamento de Conciliación (1980) y el Reglamento de Arbitraje (1976).

La organización más importante del mundo en el ámbito del arbitraje comercial internacional, el Tribunal Internacional de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional (CCI), se constituyó en 1923. Tiene su sede en París, dispone de su Reglamento de Conciliación y Arbitraje.

BIBLIOGRAFÍA

1. **ARTAVIA BARRANTES**, Sergio; Normativa sobre Arbitraje Nacional e Internacional; Edit. Porvenir; San José Costa Rica, 2001.
2. **CENTRO DE COMERCIO INTERNACIONAL** (UNCTAD-OMC); Arbitraje y Solución Alternativa de Controversias; Ginebra 2001.
3. **E. SLATE**, Stephen; Manual de Mediación “Perspectiva Transformadora”; Editado por CRAC; Managua, 2001.
4. **R. SINGER**, Linda; Mediación; Ediciones Paidós Ibérica S.A.; Barcelona, 1996.

Índice General

CONTENIDO	9
PRÓLOGO	11
Abreviaturas	15
INTRODUCCIÓN	17

PRIMERA PARTE

Lección N^o. 1

ORIGEN Y EVOLUCIÓN DEL DERECHO MERCANTIL	23
1. Antecedentes	23
2. Primer período	24
3. Segundo período	26
4. Tercer período	28
5. Situación de Nicaragua	30
BIBLIOGRAFÍA	34

Lección N^o. 2

AUTONOMÍA, CONCEPTO, FUENTES, ACTOS DE COMERCIO	35
1. Historicidad	35
2. Comercialización del Derecho civil y la unificación del Derecho privado	37
3. Disolución del Derecho Mercantil	38
4. Concepto	39
5. Fuentes	42
5.1 Código de Comercio	42
5.2 Leyes mercantiles especiales	43
5.3 El derecho común (civil)	45
5.4 Costumbres	45

6. Actos de comercio	47
6.1 Evolución del concepto acto de comercio	47
6.2 Etapas	48
6.3 Clasificación de los actos de comercio	49
6.4 Código de comercio de Nicaragua	49
6.5 Concepto	50
BIBLIOGRAFÍA	51

Lección N.º 3

EL ESTATUTO JURÍDICO DEL COMERCIANTE INDIVIDUAL Y SOCIAL	53
1. La empresa mercantil	53
1.1 Significado	53
1.2 Concepto económico de empresa	53
1.3 Concepto jurídico de empresa	54
2. Constitución del comerciante	57
2.1 Equiparación de términos comerciante y empresario	57
2.2 Clasificación de los empresarios	58
2.3 Requisitos de constitución	59
2.4 Prohibiciones	60
2.5 Comerciantes extranjeros	62
3. El registro mercantil	63
3.1 Inscripción del comerciante individual y social	63
3.2 Organización del Registro	65
4. Requisitos para iniciar operaciones	67
4.1 Registro único del contribuyente	67
4.2 Alcaldía municipal	68
4.3 Ley para el control de facturaciones	68
4.4 Ley de contrataciones del Estado	69
4.5 Ley general sobre Cámaras de Comercio	69
BIBLIOGRAFÍA	70

Lección N.º 4

EL ESTATUTO JURÍDICO DEL COMERCIANTE INDIVIDUAL Y SOCIAL	71
1. La contabilidad mercantil	71
2. El Derecho Contable	72

2.1 El Derecho de contabilidad formal	72
2.2 El Derecho de contabilidad material	73
3. Exhibición y reconocimiento	75
4. Auxiliares del comerciante y auxiliares del comercio	76
4.1 Auxiliares del comercio	77
4.2 Auxiliares del comerciante	87
BIBLIOGRAFÍA	89

SEGUNDA PARTE

Lección N^o. 5

SOCIEDADES MERCANTILES	93
1. Teoría de sociedades	93
2. Concepto	94
3. Naturaleza contractual	95
4. Personalidad jurídica	96
5. Sociedad y empresa	97
6. Clasificación	97
7. Asociaciones de comerciantes	99
8. Informe	100
BIBLIOGRAFÍA	101

Lección N^o. 6

SOCIEDAD COLECTIVA – SOCIEDAD DE RESPONSABILIDAD LIMITADA – SOCIEDAD COMANDITA SIMPLE	103
1. Antecedentes	103
2. Ordenamiento unitario	104
3. Requisitos de validez	105
4. Concepto	106
5. Nombre o razón social	107
6. Responsabilidad de los socios	108
7. Obligaciones y derechos de los socios	109
8. Administración	110
9. Prohiciones a los socios	113
10. Disolución	114
11. Liquidación	116
12. Prescripción	117

13. Sociedad en comandita simple	118
BIBLIOGRAFÍA	119

Lección N^o. 7

SOCIEDAD ANÓNIMA	121
1. Antecedentes	121
2. Concepto	122
3. Contrato social	123
4. Formas de Constitución	123
5. Estatutos	125
6. Capital social	126
7. Acciones	128
8. El órgano de representación o administración	131
9. Órgano de vigilancia	134
10. Órgano deliberante o junta general	137
11. Ciertos derechos y obligaciones de la sociedad y socios	140
12. Fusión y prórroga	141
13. Disolución	145
14. Liquidación	146
15. Conflictos sociales	148
16. Grupos societarios	149
BIBLIOGRAFÍA	150

TERCERA PARTE

Lección N^o. 8

DERECHO DE COMPETENCIA	153
1. Concepto	153
2. Normas reguladoras del mercado	154
3. Represión de prácticas restrictivas	155
3.1 Prácticas comerciales restrictivas	155
3.2 Abuso de posición de dominio	156
3.3 Concentración de poder económico	157
4. Competencia desleal	158
5. Liberalización, desregulación de monopolios y políticas de competencia	161
BIBLIOGRAFÍA	164

Lección N^o. 9

DEFENSA DEL CONSUMIDOR	165
1. Derechos del consumidor	165
2. Objeto de protección	165
3. Régimen de protección	166
4. Algunos aspecto de la Ley	166
BIBLIOGRAFÍA	169

Lección N^o. 10

PROPIEDAD INTELECTUAL	171
1. Clasificación de la propiedad intelectual	171
2. Marca y otros signos distintivos (Ley No. 380 Ley de marcas y otros signos distintivos)	172
3. Patentes, modelo de utilidad, diseños industriales (Ley No. 354 Ley de patentes de invención, modelos de utilidad y diseños industriales)	174
4. Circuitos integrados (Ley No. 324 Ley de protección a los esquemas de trazados de circuitos integrados)	176
5. Obtenciones vegetales (Ley No. 318 Ley de protección para las obtenciones vegetales)	177
6. Derecho de autor y Derechos conexos (Ley No. 312 Ley de derecho de autor y derechos conexos)	178
7. Propiedad intelectual y biotecnología	179
BIBLIOGRAFÍA	182

CUARTA PARTE

Lección N^o. 11

OBLIGACIONES Y CONTRATOS MERCANTILES	185
1. Régimen jurídico especial de las obligaciones mercantiles	185
2. Concepto de obligación	186
3. Fuentes de las obligaciones	187
4. Perfección del contrato mercantil	188
5. El finiquito	191
6. Rendición de cuenta	192
7. La prueba de las obligaciones mercantiles	193
8. Medios de prueba previstos en el código de comercio	193
BIBLIOGRAFÍA	195

Lección N^o.12

ALGUNAS CONSIDERACIONES SOBRE CONTRATOS	197
1. Contrato de consumo	197
2. Contrato de comercio internacional	198
3. Comercio electrónico	199
4. Lex mercatoria	201
5. Contratos atípicos	201
6. Prescripción	202
BIBLIOGRAFÍA	202

Lección N^o. 13

CONTRATOS DE TRANSMISIÓN DE MERCADERÍAS Y BIENES INMATERIALES	203
1. Compra venta mercantil	203
1.1 Concepto	203
1.2 Clasificación	204
1.3 Cómo opera la compraventa	204
1.4 Incoterms	207
2. Suministro	215
3. Estimatorio	216
4. Distribución	217
5. Franquicia	217
6. Licencia de patente	219
7. Trasmisión del Derecho del obtentor	220
8. Transmisión y licencia de los esquemas de trazado de circuitos integrados	220
9. Transferencia y licencia de marca	220
10. Edición	221
11. Representación	222
14. Producción audiovisual	222
15. <i>Know How</i>	223
BIBLIOGRAFÍA	225

Lección N^o. 14

CONTRATOS DE COLABORACIÓN Y DE PRESTACIÓN DE SERVICIOS	227
1. Introducción	227
2. Colaboración	227

2.1 <i>Joint Venture</i>	227
2.2 Cuenta en Participación	229
3. Prestación de servicios	229
3.1 Ingeniería	230
3.2 Contratos de Gestión	231
3.3 Depósito Mercantil	233
3.4 Publicidad	235
3.5 Transporte	237
BIBLIOGRAFÍA	249

Lección Nº. 15

CONTRATOS DE FINANCIACIÓN, BANCARIOS Y DE GARANTÍA	251
1. Contratos de financiación	251
1.1 <i>Factoring</i>	251
1.2 <i>Leasing</i>	254
1.3 <i>Forfaiting</i>	256
1.4 Préstamo Mercantil	257
1.5 Cuenta Corriente Mercantil	258
2. Contratos bancarios	259
2.1 Operaciones Pasivas	261
2.2 Operaciones Activas	266
2.3 Operaciones Neutras	274
3. Contratos de garantía	281
3.1 Prenda Mercantil	281
3.2 Prenda Agraria o Industrial.	282
3.3 Prenda Comercial	283
BIBLIOGRAFÍA	284

Lección Nº. 16

CONTRATOS ELECTRÓNICOS E INFORMÁTICOS	287
1. Compra-venta informática	287
2. Contratos sobre el <i>software</i>	288
3. Leasing informático	289
4. Contrato de mantenimiento	290
5. Auditoría informática	291
6. Outsourcing	292
7. Escrow	292

8. Llave en mano (Turn Key Package)	294
9. Otros contratos	294
BIBLIOGRAFÍA	295

Lección N°. 17

CONTRATO DE SEGURO	297
1. Generalidades	297
2. Elementos personales	299
3. Póliza	301
4. Prima	302
5. Seguro en caso de daños	303
6. Seguro de transporte terrestre	305
7. Seguro sobre la vida	306
8. Seguro agrícola	307
BIBLIOGRAFÍA	308

QUINTA PARTE

Lección N°. 18

TÍTULOS VALORES GENERALIDADES	311
1. Concepto	311
2. Características	311
3. Clasificación	312
4. Requisitos de validez	314
5. Obligación del suscriptor	315
6. Aval	316
7. Endoso	316
8. Rein vindicación y reposición	318
9. Cancelación	318
BIBLIOGRAFÍA	321

Lección No. 19

LETRA DE CAMBIO	323
1. Generalidades	323
2. Aceptación	324
3. Vencimiento	325

4. Acciones por falta de aceptación o pago o vencimiento	326
BIBLIOGRAFÍA	328

Lección N°. 20

PAGARÉ LA ORDEN	329
1. Concepto	329
2. Requisitos	329
3. Normas aplicables	330
4. Pagaré a la orden causal	330
5. Pagaré de empresas	330
BIBLIOGRAFÍA	331

Lección N°. 21

LOS CHEQUES	333
1. Concepto	333
2. Requisitos	333
3. Requisitos intrínsecos	334
4. Forma de giro	334
5. Convención del cheque	335
6. Transferencia	336
7. Aval	337
8. Presentación y pago	337
9. Falta de pago	338
10. Modalidades	339
10.1 Cheque cruzado	339
10.2 Cheque para abonar en cuenta	339
10.3 Cheque no negociable	339
10.4 Cheque certificado	340
10.5 Cheque de caja o de gerencia (sobre el librado)	340
10.6 Cheque circular	340
10.7. Cheque de viajero	341
10.8 Cheques con talón de recibo	341
10.9 Cheque fiscal	341
11. Cámara de compensación	341
12. El protesto	342
BIBLIOGRAFÍA	343

SEXTA PARTE

Lección N.º 22

SUSPENSIÓN DE PAGOS	347
1. Concepto	347
2. Petición	348
3. Interventores	348
4. Efecto	348
BIBLIOGRAFÍA	349

Lección No. 23

QUIEBRA	351
1. Concepto	351
2. Declaración	351
3. Efectos	352
4. Clases de quiebra	353
5. Convenio con acreedores	354
6. Graduación de créditos	355
7. Sociedades mercantiles	355
8. Rehabilitación	355
BIBLIOGRAFÍA	356

Lección N.º 24

PROCESOS ALTERNOS DE SOLUCIÓN DE CONFLICTOS	357
1. Importancia	357
2. Modalidades	358
3. Principios	359
4. Situación en Nicaragua	359
5. Ámbito internacional	361
BIBLIOGRAFÍA	361

PAGINA BLANCA