

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

LA PERSONALIDAD DE LA EMPRESA MERCANTIL

JOSÉ ORLANDO LÓPEZ ROJAS

GUATEMALA, NOVIEMBRE DE 2007

UNIVERSIDAD SAN CARLOS DE GUATEMALA
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES

LA PERSONALIDAD DE LA EMPRESA MERCANTIL

TESIS

Presentada a la Honorable Junta Directiva

de la

Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales

de la

Universidad de San Carlos de Guatemala

Por

JOSÉ ORLANDO LÓPEZ ROJAS

Previo a conferírsele el grado académico de

LICENCIADO EN CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES

y los títulos profesionales de

ABOGADO Y NOTARIO

Guatemala, noviembre dos mil siete

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

DECANO: Lic. Bonerge Amilcar Mejía Orellana

VOCAL I: Lic. César Landelino Franco López

VOCAL II: Lic. Gustavo Bonilla

VOCAL III: Lic. Erick Rolando Huitz Enríquez

VOCAL IV Br. Hector Mauricio Ortega Pantoja

VOCAL V: Br. Marco Vinicio Villatoro López

SECRETARIO: Lic. Avidán Ortiz Orellana

TRIBUNAL QUE PRACTICÓ
EL EXAMEN TÉCNICO PROFESIONAL

Primera Fase:

Presidenta: Licda. Silvia Marilu Solórzano Rojas de Sandoval

Vocal: Licda. Aura Marina Chan Contreras

Secretario: Lic. Ronal Manuel Colindres Roca

Segunda Fase:

Presidente: Lic. Ronal Arnoldo Roca Menéndez

Vocal: Lic. Rodrigo Enrique Franco López

Secretaria: Licda. Ángela Aída Solares

RAZÓN: Únicamente el autor es responsable de las doctrinas sustentadas en la tesis.

(Artículo 43 del normativo para la elaboración de tesis de licenciatura en

Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de San Carlos de Guatemala).

Guatemala, 25 de mayo de 2007

**Coordinador de la Unidad de Asesoría de Tesis.
Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales.
Universidad San Carlos de Guatemala.
Ciudad Universitaria.**

De mi consideración:

Conforme a la designación que se me hiciera, me es grato dirigirme a usted, en mi calidad de asesora del trabajo de investigación denominado: REPLANTEAMIENTO INSTITUCIONAL DEL COMERCIANTE EN LA EMPRESA MERCANTIL; del estudiante JOSÉ ORLANDO LÓPEZ ROJAS.

Para realizar mi labor, se considero el dictamos aprobatoria del plan; y para expeditar mi tarea, nos reunimos con el investigador para: a) desplegar su plan de investigación, aprobado oportunamente; y b) evaluar la forma y el fondo. El resultado es el siguiente

1. El plan de trabajo contiene: Introducción, desarrollo en partes capituladas, conclusión, recomendación, bibliografía notas de pie de página, anexos; y los demás elementos inherentes a su plan.
2. Desarrollo de la investigación:
 - 2.1 Introducción: La misma sintetiza su plan y se refiere al problema, hipótesis, alcance y el límite sobre la disponibilidad de elementos para investigar el problema propuesto, la metodología y el resumen.
 - 2.2 Proceso: El desarrollo está contenido en partes capituladas así:

En la primera parte, incorpora lo relativo al marco metodológico. Se describen los siguientes temas: metodología; investigación documental e investigación de campo. Técnicas empleadas: Fichas bibliográficas y técnicas de observación. En la segunda parte, describe al marco teórico; con elementos sobresalientes pertinentes. En la tercera parte, aplica el marco operativo, en donde trasciende el uso del método empírico, fortalecido con el descriptivo. Las variables evaluadas son descritas con los resultados y análisis de los cuestionarios. Singular importancia reviste el planteamiento de reformar al sistema legal guatemalteco en materia mercantil.
3. Conclusión: En ella se resume el trabajo de la investigación; y se enuncian otras pertinentes.

4. Recomendación: Congruente con el desciframiento hipotético, el investigador propone bases para reformar al sistema legal inherente a la materia; cuyo aporte dimensiona con trascendencia su cometido.
5. Bibliografía: Se clasifica con idoneidad y con suficiencia.
6. Notas de pie de página: Se enuncian como su nombre lo indica al pie de la página; y en congruencia con su bibliografía.
7. Anexos: Se incorpora la muestra que promueve la confianza y la credibilidad de la investigación.
8. Forma y fondo del trabajo de investigación: Reúnen los requisitos formales adecuados y pertinentes inherentes a la materia, en virtud de que: a) el título del trabajo es congruente con su contenido; b) el plan aprobado lo desarrolla con lógica; c) la investigación se diseña con claridad; y d) su estructura es de fácil comprensión. La introducción, desarrollo, conclusión, bibliografía y notas de pie de página, se llevan en forma satisfactoria para la investigación.

En vista de lo anterior; y en atención a sugerencias que propuse y fueron aceptadas por el investigador, me perito, en mi calidad de asesora de tesis, aprobar la investigación denominada: REPLANTEAMIENTO INSTITUCIONAL DEL COMERCIANTE EN LA EMPRESA MERCANTIL; del estudiante JOSÉ ORLANDO LÓPEZ ROJAS; pues su investigación es idónea en cuanto a sus requisitos de forma y fondo para el programa de grado de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales.

Este dictamen se fundamenta en lo regulado por las autoridades de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de nuestra Universidad, especialmente el punto 5º, numeral 5.1 del acta 11-98 del 13 de abril de 1998.

DEJO A SALVO LO RELATIVO A LA GRAMATICA Y ORTOGRAFÍA, PUES LA RESPONSABILIDAD ES EXCLUSIVA DEL ESTUDIANTE INVESTIGADOR.

♣
Dr. Mario Armando Cabrera Márquez
Abogado y Notario



Guatemala, 6 de Septiembre de 2007

Licenciado:

Marco Tulio Castillo Lutín.
Coordinador de la Unidad de Asesoría de Tesis
De la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales
Universidad San Carlos de Guatemala
Ciudad Universitaria.

Respetable Licenciado Castillo:

Me es grato dirigirme a usted, en mi calidad de Revisor del trabajo de investigación: LA PERSONALIDAD DE LA EMPRESA MERCANTIL; del estudiante JOSÉ ORLANDO LÓPEZ ROJAS. El nombre de la investigación sustituye con idoneidad al propuesto inicialmente.

Para realizar mi labor de Revisor, se consideró el dictamen aprobatorio de la Asesora; y para expedir mi tarea, nos reunimos en varias sesiones con el investigador, con el fin de: a) Desplegar su plan de investigación, aprobado oportunamente por la Unidad de Asesoría de Tesis de la Facultad; y b) Evaluar la forma y fondo.

La forma y fondo del trabajo de investigación, reúnen los requisitos adecuados y pertinentes para esta clase de investigación, en virtud de que: a) El título del trabajo es congruente con su contenido; b) El plan aprobado lo desarrolla con lógica; c) La investigación se diseña con claridad; y d) Su estructura es de fácil comprensión. La introducción, desarrollo, conclusión, recomendación, bibliografía y notas de pie de página, se llevan en forma satisfactoria para esta clase de investigación. De la misma manera, en la investigación, en que se enfatizan los métodos: empírico y mixto, se descifra apropiadamente la hipótesis derivada del problema planteado.

En vista de lo anterior; y en atención a sugerencias que propuse y aceptadas por el investigador, me permito, en mi calidad de Revisor de tesis, aprobar la investigación denominada: LA PERSONALIDAD DE LA EMPRESA MERCANTIL, del estudiante: JOSÉ ORLANDO LÓPEZ ROJAS pues su investigación es idónea en cuanto a sus requisitos de forma y fondo para el programa de grado en Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales.

“Id y enseñad a todos”

*Dr. Mario Armando Cabrera Márquez
Abogado Y Notario
Colegiado 954
7ma. Av. 8-56 Zona 1, Guatemala
TELÉFONO: 22327652 fax; 22533116
acabrera@amigonet.gt*

DEDICATORIA

A DIOS:

Por darme la inspiración diaria y sabiduría para regir mi vida.

A MIS PADRES:

Gina, Luis y Armando, personas importantes en mi vida, quienes con su ejemplo, comprensión y consejos iluminan cada segundo de mi vida, los amo.

A MIS ABUELOS:

Jaime, Eleonora, Clara Luz y Tito, con mucho cariño gracias por estar siempre pendientes de mí, gracias abuelito por ser mi ángel de la guarda siempre te recuerdo.

A TODA MI FAMILIA:

Por haberme inspirado para poder graduarme.

A MI MEJOR AMIGO:

Jorge, gracias porque en los momentos mas difíciles siempre he contado con tu ayuda y amistad.

A MIS AMIGOS:

Gracias por su amistad incondicional.

A MI COMUNIDAD:

Donde hay gente en la que puedo confiar mi vida, Dios me los bendiga.

EN ESPECIAL A:

La Universidad de San Carlos de Guatemala sobre todo a la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales y sus catedráticos por darme el conocimiento para ejercer dignamente tan prestigiosa profesión.

ÍNDICE

	Pág.
Introducción	i
Capítulo I	
1. Marco Teórico.....	1
1.1 Personalidad jurídica.....	2
1.2 Concepto jurídico de persona.....	2
1.3 Definiciones.....	3
1.4 Principales vocablos de “persona”.....	5
1.5 Teorías acerca de la personalidad jurídica de los entes colectivos.....	7
1.5.1 Teoría de la ficción.....	7
1.5.2 Teorías realistas.....	9
1.5.3 Tesis de Francisco Ferrara.....	10
1.6 Elementos de la persona jurídica.....	12
1.7 Tesis de la tridimensionalidad de la persona.....	15
Capítulo II	
2. Empresa mercantil.....	19
2.1 El fenómeno de empresa.....	19
2.2 Noción de empresa.....	20
2.3 Principios mercantiles que se relacionan con la empresa mercantil....	23
2.3.1 Principio de tracto sucesivo.....	23
2.3.2 Principio de rogación.....	23
2.4 Distintos enfoques de la noción empresa.....	23
2.4.1 La empresa como patrimonio autónomo.....	23
2.4.2 La empresa como objeto.....	24

	Pág.
2.4.3 La empresa como actividad económica.....	24
2.5 Teorías que explican la naturaleza de la empresa mercantil.....	25
2.5.1 Teoría de la cosa mueble.....	25
2.5.2 Teoría de la empresa mercantil como patrimonio afectación...	25
2.5.3 La empresa mercantil como una universalidad jurídica.....	26
2.5.4 La empresa mercantil como universalidad de hecho.....	26
2.6 La empresa como objeto, sujeto, persona o “tertium genus”.....	27
2.7 La empresa y su régimen constitucional.....	30
2.8 Origen histórico.....	32
2.9 Elementos que lo forman.....	34
2.10 Elementos de la empresa mercantil de conformidad con el ordenamiento jurídico guatemalteco.....	34
2.10.1 Bienes corporales.....	34
2.10.1.1 El establecimiento.....	34
2.10.1.2 Mobiliario y equipo.....	35
2.10.1.3 Las mercancías y las relaciones de crédito.....	35
2.10.1.4 Criterios de clasificación empresarial.....	36
2.10.2 Bienes incorporeales.....	36
2.10.2.1 La clientela y la fama mercantil.....	36
2.10.2.2 El nombre comercial.....	37
2.10.2.3 La marca.....	37
2.11 Criterios económicos.....	39
2.12 Definiciones.....	40
2.13 Funciones y fines particulares de la empresa.....	42

	Pág.
2.14 Factores de producción.....	44
2.15 Libertad económica.....	48
2.16 Libertad de contratación / libertad de empresa.....	49
2.17 Libertad económica y libertad de contratación.....	49
2.18 Quienes son los sujetos del derecho mercantil.....	50
2.19 ¿Como crear una empresa?.....	51
2.20 Elección de la forma jurídica.....	51
2.20.1 La persona natural.....	52
2.20.2 La persona jurídica.....	53
2.21 ¿Que es una escritura pública?.....	54
2.22 ¿Qué son los estatutos?.....	54
2.23 Forma jurídica.....	55
2.24 Tipo de empresa.....	57
2.25 Formas que puede adoptar una empresa.....	57

Capítulo III

3. Personalidad jurídica.....	59
3.1 Problema de la personalidad jurídica de la sociedad anónima.....	59
3.1.1 Planteamiento del problema.....	60
3.1.2 Ofensiva contra el reconocimiento de personalidad jurídica....	62

Capítulo IV

4. La empresa mercantil individual.....	67
4.1 Definición de empresa.....	67
4.2 Empresario.....	67
4.3 Empresa individual.....	67

	Pág.
.4.4 Empresa mercantil.....	69
4.5 Actividades de la empresa mercantil de conformidad con la doctrina mexicana.....	72
4.6 Causas de disolución de la empresa individual.....	74
4.7 Relación existente entre el patrimonio personal y la empresa.....	75
4.7.1. Disminución de capital.....	75
4.7.2. Aumentos de capital.....	75
4.8 Tratamiento contable de los resultados de la gestión empresarial.....	76
4.9 Tipos de empresas de conformidad con la doctrina ecuatoriana.....	77
4.10 Diversos tipos de empresa de conformidad con la doctrina mexicana.....	79
4.11 Empresario.....	82
4.12 Ventajas y desventajas de la empresa mercantil.....	84
4.13 Nombre comercial.....	84

Capítulo V

5. Marco metodológico.....	87
5.1 Sistema en que serán medidos los cuestionarios.....	87
5.2 Objetivos: General y específico.....	88
5.3 Población.....	88

Capítulo VI

6. Marco Operativo.....	89
6.1 Presentación de los datos derivados de la técnica investigativa.....	89
6.2 Interpretación e inferencia de los datos, conceptos y definiciones Inherentes a la técnica investigativa.....	111

	Pág.
Conclusiones	117
Recomendaciones	119
Anexos	127
Bibliografía	135

INTRODUCCIÓN

La empresa mercantil realiza actos de comercio sin ser un ente que posea la capacidad de contraer derechos y obligaciones. Por tal motivo, es necesaria una reestructuración legislativa que considere a la empresa como sujeto de derecho. Esta es una “**teoría en tránsito**”, mientras madura y se consolida la teoría de la personalidad jurídica de la empresa; la que toma en cuenta los siguientes aspectos:

1. La empresa como sujeto de derecho ocupa el lugar central en las preocupaciones del derecho contemporáneo en virtud de su importancia social, económica y política.
2. La empresa en cuanto sujeto de derecho, no puede reducirse al patrimonio o a los medios de producción de los cuales se vale para cumplir con su función social. El patrimonio es un objeto mientras que la empresa debe ser un “**sujeto**”.
3. La empresa como institución jurídica, tiene una estructura tridimensional compuesta por la organización de personas que constituye su dimensión sociológica existencial, por los valores jurídicos que realiza, presididos por el valor utilidad y por el conjunto de normas que a ella se refieren como centro de imputación de derechos y obligaciones.

Investigar sobre la empresa mercantil es importante, porque la misma es considerada como bien mueble. Ello impide una relación jurídica directa entre los comerciantes y la misma empresa mercantil, entre los acreedores, los proveedores y el público en general.

Como consecuencia, existe falta de confianza en las relaciones mercantiles. Asimismo, es imposible demandar a la empresa mercantil, en virtud que es un bien mueble mercantil sin derechos ni obligaciones. Por tal motivo, la confianza se ve afectada.

El propósito de la investigación, es darle personalidad jurídica a la empresa mercantil, para que sea considerada como un ente que posea relaciones jurídicas en el ámbito mercantil.

El problema consiste en considerar la empresa mercantil como bien mueble, sin personalidad jurídica. Tomando en cuenta que la empresa mercantil genera relaciones jurídicas mercantiles, las cuales no están reguladas, es necesario investir la empresa mercantil de personalidad jurídica ajena a la de sus propietarios, sean éstos una sociedad mercantil o una persona individual.

El reconocimiento de la personalidad jurídica de las sociedades trae consecuencias, tales como: El tipo de responsabilidad es diferente cuando es una empresa, y ya convertida en cosa mercantil dentro de la sociedad anónima, cae en abusos como por ejemplo evasión fiscal.

La investigación busca una solución a la precariedad institucional que conlleva a la falta de seguridad que se da en las relaciones comerciales entre acreedores, proveedores, y

el público en general con la empresa. Para lograrlo, es necesario que la empresa mercantil tenga vida jurídica por medio de la personalidad jurídica.

El trabajo se sustenta sobre varias suposiciones y, forman un todo sistemático. La hipótesis propone una explicación de los hechos que no se encuentra en las teorías existentes. Los métodos utilizados para elaborar dicha explicación son: **LA ANALOGÍA, LA INDUCCIÓN INCOMPLETA POR SIMPLE ENUMERACIÓN Y LA DEDUCCIÓN.**

Dicha metodología servirá como punto de partida para elaborar deducciones teóricas intermedias. La hipótesis llena los siguientes requisitos científicos: **NO SE HALLA EN CONTRADICCIÓN CON LA CONCEPCIÓN CIENTÍFICA DEL MUNDO, NO ES AUTOCONTRADICTORIA, SE FUNDAMENTA EN CONOCIMIENTOS CIERTOS, EXPLICA LOS HECHOS QUE PRETENDE ABARCAR, ESTÁ ARTICULADA CON EL SISTEMA DE CONOCIMIENTOS Y TEORÍAS CIENTÍFICAS EXISTENTES CON RELACIÓN A LOS HECHOS O FENÓMENOS QUE SE TRATA DE EXPLICAR Y CONDUCE A LA PREVISIÓN LÓGICA DE ALGUNOS HECHOS REALES QUE PUEDEN PERMITIR SU COMPROBACIÓN.**

En este trabajo se plantea la hipótesis por un lado, porque es una forma universal de desarrollo del conocimiento científico, cuya finalidad principal consiste en explicar la realidad objetiva. Por otro, los procesos arriba mencionados deben realizarse en forma sistemática, para llegar a determinar las interacciones entre ellos, las leyes que los rigen y su esencia, para concluir en nuevos conocimientos o nuevas teorías.

La hipótesis que guía este trabajo es:

Para que el comerciante de la empresa mercantil acreciente su confiabilidad, es recomendable establecer bases jurídicas sólidas, por medio de una nueva normativa legal, que permita sugerir preceptos inherentes a la reconceptualización institucional de su personalidad en el marco del derecho positivo, para generar confianza, seguridad y responsabilidad en el tráfico mercantil.

Y su objetivo es el siguiente:

Demostrar la necesidad de reconceptualizar institucionalmente a la empresa mercantil como persona jurídica en el marco del derecho positivo, para dar mayor seguridad jurídica en las relaciones de tipo comercial.

Asimismo se evidenciará la carencia de la seguridad jurídica en el ámbito mercantil; lo que debe superarse y dar como resultado una nueva normativa que conlleve a un nuevo y mejor ordenamiento jurídico, estando así a la vanguardia de la normativa a nivel global.

CAPÍTULO I

1. Marco Teórico:

Para encontrar la respuesta al planteamiento realizado, es necesario encontrar su naturaleza histórica y jurídica. Para ello se estudia sistemáticamente a la empresa mercantil a través del tiempo, prestando atención a las distintas teorías que explican su naturaleza. Los siguientes son los principales referentes.

El derecho comercial, desde su nacimiento en la Edad Media, implicó la simplificación y adaptación de las soluciones dadas hasta entonces por el Derecho Civil a las exigencias del comercio procurando dar mayor celeridad a los negocios, reducir riesgos, captar capitales para grandes emprendimientos y hacer circular el crédito y la riqueza. Pero junto con dichas normas se fueron acuñando otras, de diversas jerarquías, cuyo objetivo fue la de jugar como contrapesos de los privilegios concedidos a los empresarios, limitando el poder económico y protegiendo a los débiles, a los no empresarios y a los terceros.

Dichas normas forman parte del derecho comercial, del denominado "derecho económico". Esta es *la rama del derecho que estudia las normas jurídicas de derecho público y privado que derivan del intervencionismo estatal en la economía y que, cualesquiera sea la posición doctrinaria respecto de su contenido, naturaleza o autonomía, atiende a la irrenunciable función del derecho de ordenar la vida económica con criterios de seguridad y de justicia.*

El “derecho económico” funciona, en el ámbito del derecho societario, como un límite a la autonomía privada derivado de normas imperativas (que tutelan a los terceros y también a los socios) de los principios sociales, morales y del orden público general. Comprende las normas que tutelan el interés público fundado en el interés general como son: el régimen de tipicidad, la conservación de la empresa, la contabilidad legal, la fiscalización estatal, el régimen de control, la nulidad por objeto y por actividad, el régimen del capital, la registración mercantil y los regímenes de responsabilidades, entre otros institutos, incluyendo cuestiones patrimoniales, e importando un sistema de contrapesos respecto de las normas que facilitan los negocios.

1.1 Personalidad jurídica

1.2 El concepto jurídico de persona:

Las personas jurídicas son centros de imputaciones normativas, creaciones del derecho para que los seres humanos organicen sus actividades en la búsqueda de realizar fines que el orden jurídico estima amparables. Desde el punto de vista jurídico, son abstracciones, son reducciones a la unidad. Más allá de la discusión doctrinaria que ha durado décadas, podemos afirmar que las personas jurídicas son un instrumento de organización de la sociedad. En todos los ámbitos de la vida social las encontramos como instrumentos eficaces para que los particulares organicen sus actividades.

Para encuadrar debidamente las propuestas para enmendar algunos errores o imperfecciones y para introducir algunas regulaciones que tienen que ver con aspectos de cambio de la realidad social, es preciso puntualizar algunas definiciones.

1.3 Definiciones:

Se da el nombre de **sujeto** a toda persona o todo ente capaz de tener facultades y deberes.

La persona jurídica, se refiere a los asociados dotados de personalidad (una sociedad mercantil).

Otras perspectivas se refieren a la existencia de cuatro diferentes sujetos de derecho en vez de los dos sujetos de derecho referidos en la dogmática jurídica tradicional (la persona natural y la persona jurídica). Esta nueva categorización fue incorporada por primera vez al Código Civil Peruano de 1984, la misma que es de constante aplicación jurisprudencial. Los sujetos de derecho referidos en el Código Civil Peruano son: dos de carácter individual (*concebido* y *persona natural*) y dos colectivos (organización de personas “no inscritas” y organización de personas “inscritas” o “personas jurídicas”).

Con relación a los alcances de la protección de la persona, ésta debe ser preventiva, unitaria e integral. Esta visión se concretó normativamente en el Código Civil Peruano de 1984.

La materia a la que nos referimos es, incuestionablemente, una de las más arduas de la ciencia jurídica. Una de las principales causas de que en este punto no haya sido posible encontrar soluciones que gocen de una aceptación más o menos general, debe verse en la gran diversidad de puntos de vista en que los autores se han colocado al abordar el problema. Tomando en cuenta esta circunstancia, nuestra primera

preocupación consistirá en distinguir las diversas cuestiones que pueden darse acerca de la personalidad jurídica.

Eduardo García Maynez, filósofo del derecho, indica que: “Debemos encontrar la esencia de la persona jurídica, ya que la noción de persona es uno de los conceptos jurídicos fundamentales y su definición incumbe a la filosofía jurídica. Otra cuestión que cabe mencionar consiste en establecer quienes son considerados como sujetos en un determinado ordenamiento positivo. Por ejemplo, ¿a qué entes reconocen personalidad jurídica el derecho alemán o el mexicano?. Este problema tiene que ver con la necesidad de determinar a qué individuo o asociaciones considera la ley como sujetos de derecho.”¹

El problema de establecer qué entes tienen personalidad en determinado orden jurídico, pertenece a la Jurisprudencia Técnica. Su solución incumbe a la sistemática del orden positivo que trate.

Otra cuestión que cabe distinguir de las precedentes, es investigar a qué individuos o grupos de individuos, y bajo qué condiciones, debe otorgársele o reconocérseles personalidad jurídica. Esta interrogante es de índole legislativa, cuya actividad es la del legislador. Como dice el tratadista García Maynez: **“Lo que interesa saber no es qué entes sean en realidad personas jurídicas, sino a cuáles convenga reconocerlas con tal carácter.”**²

¹ Cf. García Maynez, Eduardo, *Introducción al Estudio del Derecho*, Edit. Porrúa, México, 2004, pág. 272.

² García Maynez, Eduardo, *Obra Citada*, pág. 273

La declaración legal de que tales o cuales entes son personas es un mero acto de creación. Al discutir el problema de la personalidad no hay que olvidar, por consiguiente, la posibilidad de esta doble interpretación del concepto de sujeto de derecho, análoga a la que existe con relación a las nociones de deber jurídico y derecho subjetivo.

1.4 Principales acepciones del vocablo “persona”

Entre los latinos, el sentido originario del vocablo “persona” fue el de “máscara”, una careta que cubría la faz del actor cuando recitaba en escena, con el fin de hacer su voz vibrante y sonora; poco después, la palabra pasó a significar al mismo actor enmascarado como personaje.

Por un ulterior desarrollo lingüístico pasó a denotar al ser humano mismo, en cuanto reviste aquel estatus, aquella determinada cualidad. Así se habla de persona *consulis*, de persona *sociis*, en vez de *socius*; tal como indica el autor Francesco Ferrara: **“Estas formas de conformación de la palabra *persona* va perdiendo gradualmente todo significado, y se reduce a un simple sufijo estilístico, un rudimento sin contenido. Se llega a ver en el término *persona* la indicación genérica de ser humano. De este modo “persona” termina por indicar independientemente al individuo humano y este es el significado más común que persiste hasta hoy”**.³

Desde el punto de vista ético, **“persona”** es el sujeto dotado de voluntad y razón; es decir, un ser capaz de proponerse fines libremente y encontrar medios para realizarlos.

³ Ferrara, Francesco, Teoría de las Personas Jurídicas, Edit. Cames, España, 2006, pág. 274.

Las principales doctrinas acerca de la personalidad han sido elaboradas desde los remotos tiempos de la filosofía griega hasta nuestros días. Pero conviene distinguir sus acepciones moral y jurídica. A la primera, hace alusión el profesor alemán Nicolai Hartmann en el sentido que es: **“El sujeto cuya conducta es susceptible de realizar valores morales”**.⁴

El sujeto humano aparece de este modo como intermediario entre dos distintas regiones de lo existente: el mundo ideal de los valores éticos y el mundo de las realidades. Si es capaz de intuir y realizar los valores, tal capacidad se explica por que participa de ambas regiones. Esto quiere decir que no es mera criatura sujeta a la legalidad de la naturaleza, sino un ser que puede imprimir un sentido a su actividad o, lo que es igual, que es capaz de proceder axiologicamente. Se ciñe al hábito, a determinadas reglas y normas.

La persona, en este sentido, ya sea individual o jurídica, es un ser sujeto a derechos y obligaciones.

La distinción entre personas físicas y personas jurídicas, consiste en que las personas físicas son los individuos y las personas jurídicas todos aquellos sujetos de derecho que no son individuos. “Si el hombre ha de ser objeto del conocimiento jurídico, tiene que diluirse en el derecho. Pero lo que el orden jurídico se apropia, no es todo el hombre, no es el hombre en cuanto tal, es decir, la unidad específica de la biología y de la

⁴ Hartmann Nicolai, Ethik 2 Auflage, Walter de Gruyter, Alemania, 1965, pág. 167.

psicología con todas sus funciones, solo algunas acciones humanas particulares son las que hallan entrada en la legislación jurídica como condiciones o consecuencias.⁵

1.5 Teorías acerca de la personalidad jurídica de los entes colectivos

Las teorías mas importantes que tratan de explicar la naturaleza de los entes colectivos son:

1.5.1 La teoría de la ficción:

La más difundida de las teorías acerca de las personas jurídicas es esta teoría, cuyo representante mas ilustre es el jurista alemán Savigny su creador; llega a la conclusión de que las llamadas personas morales son seres creados artificialmente capaces de tener un patrimonio. La idea de Savigny su creador radica en que la persona es todo ente capaz de obligaciones y derechos; por lo tanto la objetividad de las personas jurídicas es resultado de una ficción.

La existencia de las personas jurídicas no representa la única excepción al principio de que sólo los seres dotados de voluntad son sujetos de derecho.

La afirmación de que las personas jurídicas son seres ficticios no significa que carezcan de realidad. Quiere decir simplemente que dicho substrato no es un sujeto dotado de voluntad y que, a pesar de ello la, ley lo considera como tal al atribuirle personalidad jurídica.

⁵ Kelsen Hans, Teoría General del Estado, Edit. Comares, España, 2002, pág. 82 traducción castellana.

Advierte Savigny que su teoría se refiere exclusivamente a que el elemento necesario de la personalidad jurídica, es la capacidad de tener un patrimonio. Al tratar diversas especies de personas jurídicas, dice que algunas tienen existencia natural y necesaria, en tanto que la de otras es artificial y contingente, lo que no excluye, por supuesto la posibilidad de formas intermedias; tal es el caso de la empresa mercantil.

Dice Savigny, que: **“Unas tienen una existencia natural o necesaria; otras artificial o contingente. Existen naturalmente comunidades en su mayor parte del Estado, al menos bajo su forma actual, siendo sus elementos constitutivos, y su cualidad como personas jurídicas innegables”**.⁶ Tienen una existencia artificial o contingente todas las fundaciones, asociaciones a las cuales se da el carácter de personas jurídicas, y en verdad que no vivirán sino por la voluntad de uno o de muchos individuos. Por lo demás, estas distinciones no son absolutas, y hay personas jurídicas que guardan una condición intermedia entre ambas especies, tal es el caso de la empresa mercantil.

Los actos de las personas físicas que desempeñan la función orgánica en las personas individuales, no valen como actos de las primeras, sino de la persona jurídica. La persona jurídica, como ente ficticio, se halla completamente fuera del terreno de la imputabilidad. Los actos ilícitos solo pueden ser cometidos por los individuos que forman parte de ella. La creación de una persona jurídica es creación de la nada. La ley hace surgir a un sujeto ideal invisible.

⁶ Federico Carlos de Savigny, Sistema del Derecho Privado Romano, traducción de J. Mesia y Manuel Poley, Madrid, 1879, Tomo II, pág. 63.

1.5.2 Teorías realistas:

Se da este nombre a las diversas doctrinas que, declaran que las personas jurídicas, tanto privadas como públicas, son realidades. Los partidarios de tales doctrinas afirman que el concepto de sujeto de derecho no coincide con el del hombre, ni se halla referido exclusivamente a los seres dotados de voluntad. De aquí que puedan existir y de hecho existen múltiples sujetos de derechos diversos de las llamadas personas físicas.

Las teorías realistas son numerosas. Como ejemplos podemos citar el organicismo, en sus distintas manifestaciones y la tesis del organismo social; y varias doctrinas que atienden esencialmente al aspecto jurídico del problema, como las de Ferrara y Kelsen.

De acuerdo con la tesis organicista, las personas jurídicas son verdaderos organismos comparables al humano individual. Organismo es un todo viviente formado por partes vivientes. Desarrollando esta idea, establecen un curioso paralelismo entre el individuo y persona jurídica y descubren numerosas analogías con los organismos individuales.

Entre las teorías de tipo realista destaca la teoría del organismo social. De acuerdo con ella, la persona jurídica no se contrapone a los miembros como un tercero, sino que está en ligazón orgánica con ellos; de aquí la posibilidad de una conexión de los derechos a la unidad y la pluralidad. Constituye una inmanente unidad con él. Esta asociación tiene una voluntad general propia, que no es la

simple suma de varias voluntades autónomas, una voluntad de unidad ideal separada de los particulares, una voluntad plural y única.

Las personas jurídicas tienen capacidad volitiva, lo mismo que las personas físicas. Precisamente porque pueden ser portadoras de una voluntad unitaria, el derecho objetivo las considera como sujetos de obligaciones y facultades. Así pues, subsiste aquí la idea de que la voluntad constituye el núcleo de la personalidad jurídica. Es cierto que las personas jurídicas quieren y actúan por medio de sus órganos; pero lo propio ocurre en el caso de las físicas, ya que estas sólo pueden manifestar su actividad a través de los suyos. No se trata de una simple relación de representación, porque la persona jurídica expresa su voluntad valiéndose de órganos que le son propios. Y la voluntad expresada no es del órgano, sino de la persona jurídica.

Postulada la tesis de que el ente jurídico tiene voluntad, no hay dificultad ninguna en admitir que puede ejecutar actos ilícitos, de los que debe responder. El paralelismo entre personas individuales y jurídicas es constante en la teoría que analizamos. Así como la persona física se extingue por la muerte, la jurídica por la destrucción o desaparición del organismo social.

1.5.3 Tesis de Francisco Ferrara:

La palabra persona posee, según el maestro italiano, tres acepciones principales, a saber: **“1.- Biológica = hombre; 2.- Filosófica, es decir la persona como ser racional capaz de proponerse fines y realizarlos; 3.- Jurídica = sujeto de**

obligaciones y derechos”.⁷ Estos tres sentidos del vocablo deber ser cuidadosamente distinguidos, si se quiere obtener una clara visión acerca del problema y evitar lamentables confusiones.

En la tercera acepción, la personalidad es un producto del orden jurídico; que surge gracias al reconocimiento del derecho objetivo. La llamada persona individual no es persona por naturaleza, sino por obra de la ley. Fuera de una organización estatal, el individuo humano no es sujeto de derecho. Y aun en ciertos sistemas jurídicos de épocas pasadas, han existido hombres sin personalidad jurídica, como los esclavos, también hay otras formas en que podría perderse la personalidad; como por ejemplo: por una condena penal (muerte civil) o por la adopción del estado religioso (vida claustral).

En la atribución de la capacidad jurídica es árbitro el orden jurídico: así como le concede al hombre desarrollado orgánica y psíquicamente, le concede también al niño y también en ciertos aspectos al embrión, y más allá aún a la mera esperanza de hombre, al que ha de nacer.

Nada impide admitir que las asociaciones humanas sean consideradas como sujetos de derecho, ya se trate de colectividades puramente naturales, ya de sociedades establecidas voluntariamente para el logro de tales o cuales fines; pueden tener derechos y obligaciones distintos de los derechos y obligaciones de

⁷ Ferrara Francesco, obra citada, Pág. 331.

sus miembros, un alma jurídica diversa de los individuos a los que a ellas pertenecen.

Las personas jurídicas, ya sean histórico-naturales o voluntarias, no son otra cosa que la búsqueda de un interés común, del que las creó. Es decir, una voluntad similar a la voluntad del que las creó.

Una persona o un ente ordena la consecución de un fin, para el cual suministra los medios patrimoniales necesarios, y establece que varios individuos, nombrados según definidos criterios, deben conjunta o sucesivamente obrar para su realización. Así se provoca una combinación artificial de hombres que contribuyen con su actividad para la consecución de aquel intento y gobiernan los bienes a tal fin asignados. Se constituye una administración para un fin.

1.6 Elementos de las personas jurídicas, de acuerdo con la tesis de Francesco Ferrara:

La persona jurídica se define como: **“Institución formada para la consecución de un fin y reconocida por la ordenación jurídica como sujeto de derecho.”**⁸ En toda persona jurídica existe una asociación más o menos numerosa de individuos, que tienden a la consecución de un fin. La forma más sencilla de asociación es la que determinadas personas forman voluntariamente para la realización de un fin, o sea, la de tipo contractual.

⁸ Ferrara Francesco, obra citada, Pág. 339.

Otro elemento esencial de la persona jurídica es el fin a cuyo logro se encuentra destinada. La existencia de una finalidad hace posible; de acuerdo con la índole del fin, que las corporaciones puedan ser clasificadas en personas jurídicas de interés privado y personas jurídicas de interés público. Los fines de las personas jurídicas se clasifican en generales y especiales. Tienen una finalidad general (bienestar común) por ejemplo los estados y los municipios. Las demás persiguen fines especiales definidos.

Los fines singulares se subdividen en fines típicos fijados por la ley y finalidades no establecidas por los estatutos siempre con arreglo a la ley. Las personas jurídicas pueden perseguir uno o varios fines, y lo último ocurre con las de carácter mixto, que tratan de realizar finalidades de diversa índole. Los fines que deben reunir las personas jurídicas son:

Determinación, posibilidad, vicisitud. **“Una absoluta vaguedad de fines no sería compatible con el surgir de una institución, que en su fin encuentra su individualidad, quedando en la incertidumbre su campo de acción, y dejando sin freno la potestad de los que la representan y administran. Del mismo modo el fin no debe ser objetivo y permanente imposible, por razones naturales o jurídicas, porque en tal caso la persona jurídica vería desde su origen, interdicta su actividad. Por último, debe exigirse la licitud del fin, esto es, el objeto que se proponen las asociaciones no debe ir contra la ley, la moral social y el orden público”.**⁹

⁹ Ferrara Francesco, obra citada, pág. 372.

La persona jurídica en que concurren los elementos que acabamos de examinar tiene la aptitud para convertirse en persona de derecho. Lo que hace que llegue a ser tal es un tercer elemento, a saber: su reconocimiento por el derecho objetivo. Gracias al reconocimiento la pluralidad de individuos consagrados a la consecución de un fin, se transforman en un sujeto único diverso de las personas físicas que la integran. **“La personalidad únicamente puede emanar del orden jurídico. Por tanto, es inexacto el pensamiento de los que consideran la capacidad de las personas jurídicas como un efecto de la voluntad del fundador o socios, porque la voluntad humana no tiene el poder de producir sujetos de derecho”**.¹⁰

Largamente se ha discutido el valor y alcance del tercero de los mencionados elementos. El reconocimiento valdría para la seguridad del comercio en interés de los terceros, que verían en el acto político un testimonio del nacimiento del nuevo ente, ya que todo ente capaz de tener derechos y obligaciones es persona jurídica, a través del reconocimiento que tiene carácter confirmativo. De acuerdo con esta teoría, cuando el derecho reconoce a una persona no hace sino confirmar la existencia de una realidad jurídica anterior, por lo cual, efectuada la confirmación, los actos ejecutados anteriormente por el ente o persona jurídica resultan convalidados.

Son pluralidades que sólo adquieren unidad jurídica al ser reconocidas. Ferrara señala que: **“La elevación a sujeto de derecho no es comprobación de lo que ya existe, no es perfeccionamiento o confirmación de lo que está en vías de formarse, sino creación y atribución de una cualidad jurídica que deriva del derecho objetivo y**

¹⁰ Ferrara Francesco, obra citada, Pág. 375.

tiene el carácter técnico de una concesión administrativa; el estado obra como órgano del derecho concediendo la personalidad, y obra constitutivamente.¹¹

1.7 Tesis de la tridimensionalidad de la persona jurídica

Otra teoría sobre la **naturaleza de la persona jurídica**, es la llamada tesis de la **tridimensionalidad de la persona jurídica**. Esta teoría que supera la tradicional concepción formalista, es insuficiente para su cabal comprensión por ser incompleta en tanto unidimensional admitida internacionalmente una nueva concepción del derecho en la cual interactúan dinámicamente tres dimensiones: la existencial-sociológica, la axiológica y la normativa. La que se concibió, en la segunda mitad de los años cuarenta.

Fernández Sessarego manifiesta: **"Expresar que la persona jurídica es distinta de sus miembros o personas naturales que realmente la integran, no significa la creación de un ente específico distinto, diferente a tales personas o miembros. Aludir al concepto de persona jurídica no supone encontrar un "algo" diverso a aquellas personas naturales. Decir "Persona Jurídica" no conduce a ningún ente o cosa u organismo alguno, a ningún ente real o abstracto, sino sólo a una organización de personas que realizan fines valiosos".**¹²

¹¹ Ferrara Francesco, obra citada, Pág. 379.

¹² www.asesor.com.pe/teleley/311c.htm

Fernández Sesarrego, Carlos, Subjetividad de la Empresa, Revista Peruana de Derecho de la Empresa, Perú 1981.

Como queda afirmado, las personas jurídicas son instrumentos de organización social, y como tales están en manos del legislador, por ello constituyen instrumentos de política jurídica para organizar la sociedad. Debe llamarse la atención sobre el hecho de que para que una persona jurídica en concreto exista, por ejemplo, la empresa mercantil «DON PEDRO», o la que fuere, hacen falta dos supuestos.

De un lado, un conjunto de actos que concluyan con un acto formal que da nacimiento a una persona jurídica en concreto. Pero, de otro, debemos ser conscientes que ello supone previamente que el legislador haya optado por la predeterminación de una figura de persona jurídica en la legislación. Si antes del año 1984 se hubiera querido constituir como persona jurídica un comité en el Perú, probablemente el registrador público hubiera felicitado por tal idea producto de la imaginación, pero no se hubiera podido constituir un comité, porque no estaba en la legislación. En el caso del Perú, si no hubieran motivado los cambios en su legislación no pudieran darse cambios; si antes del año 1974 se hubiera querido constituir una empresa de propiedad social probablemente se hubiera recibido la misma felicitación por parte del registrador pero tampoco se hubiera podido constituir porque no preexistía en la legislación.

Con esto, simplemente se quiere ilustrar que detrás de la incorporación de figuras de personas jurídicas a la legislación, siempre hay una opción política del legislador, el cual quiere hacer posible la organización de determinado tipo de actividades económicas o no, a través de personas jurídicas, para ello las configura y define sus características. Si se revisa lo que ha ocurrido en el Perú en los últimos 25 años, se verá que todas las

reformas que se han dado en uno u otro sentido, han tenido como protagonistas siempre a personas jurídicas.

En cualquier sector que hagamos esta revisión, encontramos a las personas jurídicas como instrumentos de opciones de organización social. De allí su enorme importancia, su directa conexión con la vida social y la necesidad de estar atentos a los cambios y a las exigencias de esta vida social que permanentemente plantean al derecho nuevas exigencias de organización. Tal es el caso de la empresa mercantil.

CAPÍTULO II

2. Empresa mercantil.

2.1 El fenómeno de la empresa:

Hablar de empresa mercantil, implica reconocer que existe la posibilidad de que las consecuencias del otorgamiento de personalidad sean desconocidas.

Hay una vinculación entre el objeto social de la sociedad anónima y la capacidad jurídica de la empresa mercantil. Es así que una sociedad constituida con un objeto social centrado en la minería, no puede dedicarse a la prestación de servicios aeronáuticos.

Al hablar de empresa mercantil se hace referencia a un universo extremadamente heterogéneo desde la micro y pequeña empresa, hasta las grandes corporaciones y sus redes transnacionales.

La empresa constituye un actor central en la sociedad moderna. Se considera la piedra angular de la economía, el principal agente de la producción y de la creación de fuerza, un protagonista estratégico del desarrollo local y de la producción y de la creación de fuerza. Un protagonista estratégico del desarrollo local y de la competencia internacional. Lugar de encuentro entre capital y trabajo.

En su libro ***“El concepto de estrategia de la empresa”***, Keneth Andrews escribe: **“La empresa es la mayor y mas heterogénea de todas las actividades humanas. Tiene**

aún más que otras áreas de la actividad humana, pasadizos secretos y de encubrir, tanto como sea posible, los costes sociales de una actividad económica descuidada y otros perjuicios al público”.¹³

¿Puede considerarse a la empresa como un sujeto socialmente responsable?

El tema que nos convoca es de una importancia y actualidad máxima. Empero, es preciso dejar bien delineado su contorno, su alcance. Ocuparse de su naturaleza jurídica, la carencia de la personalidad jurídica que debe de conllevar al tener vida jurídica, y sus relaciones con los comerciantes que una empresa celebra para posibilitar e intensificar sus objetivos. De ahí que sólo superficialmente, y en la medida de la utilidad para el logro de nuestro propósito, se hará referencia a otras cuestiones tales como: la noción de empresa; la empresa como objeto, sujeto, persona o tertium genus; el derecho comercial como derecho de la empresa; relaciones entre los comerciantes y público en general con la empresa misma; grupo de intereses que trasciende el interno de la empresa; la protección de la concurrencia; y tantas otras que brotan o confluyen al conjuro de esa idea casi mágica que es la empresa.

2.2 Noción de empresa:

Hay tantas nociones como autores se han ocupado del tema. Ocurre que en las discusiones sobre esta noción han encontrado campo propicio quienes se solazan, al de exégesis profundizada sobre el tema revesado e intrascendente, para el bienestar

¹³ Andrews Keneth, Concepto de Estrategia de la Empresa, Jhon Wiley, Estados Unidos de Norteamérica, 1962, pág. 131.

material del hombre de carne y hueso. También es verdad que el debate proviene de la consideración de la cuestión en distintos niveles, dado que al menos pueden señalarse tres diferentes: el sociólogo-económico, el jurídico (que es el tema que se está tratando), y el valorativo o axiólogo. La mayoría de las posturas en divergencia se derivan del trastrocamiento o confusión de los niveles en discusión.

El 22 de abril del año 1997, la Comisión Europea presentó una recomendación sobre la mejora y simplificación de las condiciones para la creación de empresas (97/344/CEE). La recomendación supuso un importante punto de inflexión, al insistir a los estados miembros sobre la necesidad de simplificar los trámites para la creación de empresas, y dio lugar a otras iniciativas posteriores como la creación por parte de la Comisión Europea, por mandato del Consejo Europeo de Amsterdam de 1997, del grupo operativo para la simplificación del entorno empresarial. Los trabajos del grupo se materializaron en la aprobación en abril de 1999 del "Plan de acción para promover el espíritu empresarial y la competitividad" (Plan de acción BEST), que reiteró las sugerencias incluidas en la recomendación de 1997.

Posteriormente, en marzo de 2000, el Consejo Europeo de Lisboa identificó como una de las tareas a llevar a cabo la formación de un entorno que facilite la creación y desarrollo de empresas innovadoras. En la "Carta Europea de la Pequeña Empresa" (Carta de Feira), adoptada en junio de 2000 por mandato del Consejo Europeo de Lisboa, los estados miembros se comprometieron a forjar un marco jurídico y administrativo que propicie la actividad empresarial a través de una puesta en marcha

menos costosa y más rápida, ampliándose las posibilidades de inscripción, en línea, en los registros.

Uno de los objetivos del programa es simplificar y mejorar el marco administrativo y reglamentario de las empresas para favorecer su creación. La Conferencia de Ministros Europeos, celebrada en Aranjuez, insistió en la necesidad de establecer fórmulas societarias sencillas y mejor adaptadas a la realidad de las empresas más pequeñas.

Asimismo, se incidió en la necesidad de hacer un mayor uso de las tecnologías de la información y de las comunicaciones. Finalmente, el Consejo Europeo de Barcelona renovó y reforzó estos compromisos, insistiendo en la necesidad de crear un entorno favorable, mejor y más adaptado a la realidad.

El impulso a la creación de empresas tiene que basarse en la resolución de todos aquellos problemas que suponen una importante barrera para los emprendedores que deciden iniciar una actividad empresarial. Con este fin, el proyecto Nueva Empresa se fundamenta en tres elementos esenciales: el Centro de Información y Red de Creación de Empresas (CIRCE), el régimen jurídico de la Nueva Empresa y el sistema de contabilidad simplificada. El Centro de Información y Red de Creación de Empresas (CIRCE) se concibe como una red de puntos de asesoramiento e inicio de tramitación.

2.3 Principios mercantiles que se relacionan con la Empresa Mercantil

2.3.1 Principio de tracto sucesivo:

Llamado también de tracto continuo, porque es un principio de sucesión, ordenación, es indispensable que haya una continuidad perfecta de todas las inscripciones dándonos como consecuencia, no sólo la situación real del objeto investigado así como su historia completa. Con base al principio que se analiza, se considera importante señalar que la empresa mercantil se perfecciona durante el transcurso del tiempo, lo cual crea la necesidad de dotarle de personalidad jurídica.

2.3.2 Principio de rogación:

Este principio significa que toda empresa mercantil, para ser como tal, debe ser solicitada, lo cual permite que la empresa mercantil por solicitud de parte presentada en el registro mercantil, pueda inscribirse.

2.4 Distintos enfoques de la noción de empresa:

En este apartado, se hará referencia únicamente a los distintos enfoques de los cuales se pueden partir para concluir en la noción de empresa:

2.4.1 La empresa como patrimonio autónomo:

Se concibe a la empresa como un patrimonio separado del civil, afectado a la actividad del empresario; se le critica que sólo aprehende el aspecto estático de

la empresa y no la subjetividad que imprimen el empresario y los trabajadores, que olvida el aspecto dinámico: la actividad. El patrimonio es uno de los aspectos y corresponde a lo que en la doctrina se ha denominado “hacienda”, “fondo de comercio” o “establecimiento”.

2.4.2 La empresa como objeto:

El concepto de empresa como objeto consiste en que toda empresa en funcionamiento es un conjunto dinámico de elementos heterogéneos integrado por cosas corporales, derechos y relaciones materiales de puro hecho.

2.4.3 La empresa como actividad económica del empresario:

Se encuentra plasmada en el artículo 2082 del código civil de Italia (1942) dentro del Libro V, del trabajo, Título II, del trabajo en la empresa, Capítulo I, de la empresa en general; “El empresario. Es empresario quien ejercita profesionalmente una actividad económica organizada con la finalidad de producción o de intercambio de bienes o de servicios”. Y en el artículo 969 del proyecto de código civil de Brasil, Libro II, Derecho de la empresa, Título, del Empresario, capítulo I, de la caracterización y de la inscripción: “... **se considera empresario a quien ejerce profesionalmente una actividad económica organizada para la producción o circulación de bienes o servicios**”. Cae en el error de no separar la EMPRESA del EMPRESARIO. Ya que la empresa

es la creación del empresario, PERO UNA CREACIÓN QUE COBRA AUTONOMÍA FRENTE A ÉL.¹⁴

2.5 Teorías que explican la naturaleza de la empresa mercantil

2.5.1 Teoría de la cosa mueble:

Conforme a esta teoría la empresa, en principio, es una unidad; pero, también puede ser considerada en sus elementos. En Guatemala, la empresa mercantil tiene la naturaleza de “**Bien Mueble**”, reiterándose tal calidad en el artículo 655 decreto 2-70 emitido por el congreso de la república (Código de Comercio), en su ultimo párrafo estipula que: “**La empresa mercantil será reputada como un bien mueble**”.

2.5.2 Teoría de la empresa mercantil como un patrimonio afectación:

Esta teoría se basa en que la empresa mercantil es como un patrimonio autónomo, distinto del patrimonio civil del comerciante. Siendo del caso mencionar que el propietario de la empresa mercantil aparece con una doble personalidad, la de comerciante y la de no comerciante, en consecuencia deviene entonces decir que es titular de dos patrimonios distintos. Esta teoría ha sufrido entre otras las siguientes críticas.

- Falta de patrimonio mercantil, nota esencial del patrimonio autónomo que

¹⁴ Código civil italiano, Artículo 2082 Libro V, del trabajo, Titulo II, Trabajo en la empresa, Capitulo I, año 1942.

es la superación.

- Los acreedores mercantiles no pueden exigir una satisfacción privilegiada y preferente a ese patrimonio;
- La quiebra del comerciante individual o jurídico que puede ser provocada por deudas civiles, afecta todo el patrimonio del deudor.

2.5.3 La empresa mercantil como una universalidad jurídica:

Esta teoría sostiene y considera a la empresa mercantil como un ente de derecho con su autonomía y vida propia, con relaciones jurídicas y económicas armónicamente desenvueltas para el fin común; tiene un activo y un pasivo, tiene la característica que goza de una administración y tiene sus representantes, los autores no lo conocen como un ente autónomo.

2.5.4 La empresa mercantil como una universalidad de hecho:

Esta teoría nos indica que la constitución de la empresa mercantil es voluntaria, y que de la voluntad humana depende la existencia de la misma. También indica que la empresa mercantil forma un todo o conjunto que se distingue de la universalidad jurídica en dos puntos a saber:

- Que el carácter de la universalidad depende no de la ley sino de la voluntad del dueño; de aquí que no tenga consecuencias jurídicas;
- La universalidad jurídica del patrimonio es permanente e indestructible; las universalidades de hecho, por lo mismo que son creadas por la

voluntad de las personas pueden, las mismas ser destruidas en cualquier momento por esa misma voluntad (aquí se aplica lo que en nuestra ley vigente se conoce como el simple cierre del establecimiento).

2.6 La empresa como objeto, sujeto, persona o “tertium genus”

La Escuela de Tubingen se orientan en el sentido de la personificación de la empresa: **“La empresa aparece configurada como una categoría jurídica independiente, dotada de personalidad jurídica propia, cuyos miembros integrantes serian los propietarios del capital, el personal, directivos y trabajadores. El patrimonio social debe estar subordinado al fin y funciones de esta unidad económica y social, así también adecuarse a los intereses de los miembros de la organización que no sean titulares de los alcances patrimoniales”**.¹⁵

En los Estados Unidos cabe la teoría institucional americana, basada en el concepto y el fenómeno de la **big corporation**. Busca la política del **“buen ciudadano”** otorgando a la empresa un objetivo suprasocietario. El fin no es obtener muchas ganancias, sino crecer para servir mejor, lo que hace que el fenómeno se oriente a la actividad misma y no a la empresa como tal, por lo cual se viene estructurando el Derecho de Empresa como Derecho de Actividad.

En Italia, la empresa, a diferencia de la sociedad titular, es concebida como una comunidad o como una institución, en la cual capital y trabajo deben de cooperar. Es

¹⁵ <http://hechosdelajusticia.org/cuarta/.13.rtf>

obligación del empresario confrontar sus propios intereses con los de los diversos grupos en juego al interior de la empresa e incluso de la comunidad.

En Argentina la Ley de Concursos N° 19,551 hace clara mención a la empresa como sujeto al disponerse la continuación de la actividad de la empresa en el caso de declaración de quiebra de la persona dueña del capital (Arts. 183 a 186), prescribe que los contratos de trabajo no se disuelven con la falencia. En el Perú se ha defendido, desde tiempo atrás, la posibilidad de otorgar “PERSONALIDAD JURIDICA a la EMPRESA, independientemente de la personalidad que se le atribuya a la sociedad o al titular de ella, la sociedad. Fue la tesis de Carlos Fernández Sessarego, defendida en distintas publicaciones y ponencias desde 1960. Se adhiere Carlos Torres y Torres Lara, quien considera: “La tesis de la empresa como sujeto de derecho **“Teoría en Tránsito”**, mientras madura y se consolida la teoría de la personalidad jurídica de la empresa.¹⁶, con las siguientes cualidades:

- La empresa como sujeto de derecho ocupa el lugar central en las preocupaciones del derecho contemporáneo en virtud de su importancia social económica y política.
- La empresa es un sujeto de derecho en cuanto está regulada como centro unitario de referencias jurídicas.
- La empresa se distingue, en cuanto sujeto de derecho, de los elementos o factores que la integran en tanto unidad de producción de bienes y servicios a favor de la comunidad de personas.

¹⁶ <http://hechosdelajusticia.org/cuarta/.13.rtf>

- La empresa no se identifica o confunde con la sociedad que generalmente la integra como detentora del capital.
- La sociedad tiene como finalidad primaria hacer lucro mientras que la función primordial de la empresa es el bien común.
- La empresa en cuanto sujeto de derecho, no puede reducirse al patrimonio o medios de producción de los cuales se vale para cumplir con su función social. El patrimonio es un objeto mientras que la empresa es un "sujeto".
- La empresa como institución jurídica, tiene una estructura tridimensional compuesta por la organización de personas que constituye su dimensión sociológica existencial, por los valores jurídicos que realiza, presididos por el valor utilidad y por el conjunto de normas que a ella se refieren como centro de imputación de derechos y obligaciones.
- La empresa es un sujeto de derecho en un sentido técnico-formal.
- La empresa en cuanto sujeto de derecho está integrada a su vez por otros sujetos de derecho como serían las organizaciones de personas que detentan el capital o que aportan trabajo.
- La empresa, en cuanto sujeto de derecho, no se confunde con ninguno de los otros sujetos individuales o colectivos que la integran. Tampoco puede deducirse a un inanimado patrimonio que es solo el necesario instrumental del cual se vale la empresa para operar.
- La empresa puede adquirir la categoría formal de "**DE PERSONA JURÍDICA**".
- La empresa cumple una función social. Su eficiencia y contribución al bien común son exigibles por el estado de acuerdo a la ley. De ahí que en la

estructura de la empresa estén presentes intereses tanto de los consumidores como del propio Estado en cuanto garante del bien común receptor del impuesto”.¹⁷

2.7 La empresa y su régimen constitucional:

La empresa ha llegado a ser de gran importancia en diversos países, a tal magnitud de enmarcarse en el ámbito constitucional. Un ejemplo lúcido es el que nos brinda la Constitución del Perú del año 1979. En ella la empresa se institucionaliza, al decir de Torres y Torres Lara. En el título III, del régimen económico, el Capítulo IV se ocupa de la empresa, a partir del artículo 133 hasta el artículo 137: “artículo 130: Las empresas, cualquiera sea su modalidad, son unidades de producción cuya eficiencia y contribución al bien común son exigibles por el Estado de acuerdo con la ley”.¹⁸

El artículo 131 estipula que “El estado reconoce la libertad de comercio e industria. La ley determina sus requisitos, garantías, obligaciones y límites, su ejercicio no puede ser contrario al interés social ni lesivo a la moral, la salud o la seguridad pública”.¹⁹

La empresa ha evolucionado de modo que muchas veces se le denomina al Derecho Mercantil como “**Derecho de la Empresa**”, puesto que el objeto empresarial y la actividad de las empresas no sólo se relaciona con el mundo del derecho, en el plano

¹⁷ Fernández Sesarregó, Carlos, Subjetividad de la Empresa, Revista Peruana de Derecho de la Empresa, Perú, 1981.

¹⁸ Constitución del Perú del año 1979. título III, del régimen económico, el Capítulo IV, artículo 130.

¹⁹ Constitución del Perú del año 1979. título III, del régimen económico, el Capítulo IV, artículo 130.

de las clases y tipologías de empresa. También nos lleva a los contratos de empresas, y, en general, al derecho contractual y de obligaciones mercantiles, por tal razón es necesario darle vida jurídica a la empresa mercantil por medio de la personalidad jurídica.

Por todo ello, llama la atención que la doctrina moderna se haya ocupado con insistencia de la empresa. La italiana, a través de Ascarelli, De Gregorio, Feri, Messino y, mas recientemente, Mossa y Francesco Galgano. La española, con las investigaciones de Garrigues y Brosseta Pont. La francesa, con los estudios siempre recordados de Champaud y Guyenot. La alemana con Hadding, y en América, los importantes trabajos de Torres y Torres Lara, Fernández Sessarego, Stewart Balbuena, Morales Acosta, entre otros. De la doctrina argentina, destacan Zavala Rodríguez, Colombre, Anaya, Romero, Alegría, Fargosi, LePera, Etcheverry, Palmero, Otaegui, entre otros.

Se desarrolla una investigación sobre la naturaleza jurídica de la empresa, que se concreta con la elaboración de una ponencia presentada en las “Primeras Jornadas Latinoamericanas de Derecho Privado”, celebradas en Buenos Aires en homenaje de los 150 años de la Revolución de Mayo en noviembre 1960. La investigación muestra como conclusión, que la empresa “es un sujeto de derecho” y no sólo, como se afirmaba hasta entonces, como una mera “realidad económica”. La investigación sobre la **naturaleza de la persona jurídica**, concluye con la tesis de la tridimensionalidad de la misma, teoría que supera la tradicional concepción formalista, la misma que es insuficiente para su cabal comprensión por ser incompleta en tanto unidimensional,

alejada de las dimensiones existencial y axiológica que están presentes en toda la institucionalidad jurídica y, por lo tanto, en la propia naturaleza de la persona jurídica.²⁰

2.8 Origen histórico:

Las primeras operaciones de comercio surgen con el trueque, calificado de mercantil y tiene como consecuencia el comercio. El trueque supone que cada unidad económica produce demasiados satisfactores y carece de otros que son producidos por distintas células económicas. Esto quiere decir, que ya existe una división del trabajo, por lo tanto se hace necesario realizar cambios entre las distintas células económicas, y estos serán asumidos de manera especializada por una persona o grupo determinado de personas, cuya actividad económica consista en efectuar trueques, no para consumir objetos adquiridos, sino para destinatarios a nuevos trueques. Así surge el comercio, el cambio para el cambio, y junto a la figura del labrador, del herrero, del carpintero y el tema que nos interesa, el comerciante.

Como hemos dicho en el párrafo anterior, no se puede hablar de empresa en un primer momento histórico en que cada familia producía lo indispensable para satisfacer sus necesidades. Antes bien, hay que esperar a que se produzcan los siguientes hechos:

- Los particulares o grupos no producen ya para sus necesidades, sino para la venta en el mercado.

²⁰ Varios Autores, Naturaleza Tridimensional de la Persona Jurídica, Revista Jurídica del Perú, Perú, Numero 52, Dic 1998-abril de 1999.

- Como se trata de vender la mayor cantidad posible al mejor precio, eso sólo se consigue mediante la especialización. Así, la empresa acaba por producir uno o pocos artículos.

La experiencia enseña, en efecto, que casi todas las grandes casas de comercio tienen su origen en modestos negocios fundados por una sola persona. Las empresas fundadas en el siglo XVII para el comercio ultramarino. Pero eran al mismo tiempo empresas colonizadoras y armadas con grandes privilegios y prerrogativas políticas, que les daban carácter muy diferente al de las empresas comerciales de la actualidad.

Al lado de la empresa individual encontramos la sociedad colectiva, con pocos socios; cada uno de los cuales responde con todos sus bienes de las resultas de las operaciones de la sociedad. Frecuentemente la sociedad colectiva al fallecer el propietario de un negocio individual y al ser continuado el negocio por los herederos da como resultado la sociedad colectiva. Otras veces se produce por la asociación de dos o más comerciantes, cada uno de los cuales carece por sí mismo del capital necesario par dar al negocio la conveniente extensión. El reducido número de participantes y la división del trabajo permite entre ellos dar al negocio la unidad y flexibilidad necesarias ante las condiciones del mercado.

En la sociedad anónima los socios sólo responden por la cantidad por ellos suscrita en forma de acciones; su número acostumbra a ser considerable las acciones, tanto nominativas como al portador, son fácilmente transferibles. Los directores o gerentes acostumbran a ser empleados ajenos al capital social.

2.9 Elementos que lo forman:

En la empresa mercantil pueden distinguirse tres elementos: actividades industriales, bienes patrimoniales, y relaciones de valor económico.

- **Actividades industriales:** caracterizado por el esfuerzo personal del comerciante y sus auxiliares para la obtención de una ganancia. La empresa es ante todo un círculo de actividades, de trabajo, que le da vida.
- **Bienes patrimoniales:** cosas, derechos por un lado y obligaciones mercantiles por otro.
- **Relaciones de hecho:** clientela, las expectativas, que son consecuencia directa de la organización, ya que según sea esta buena o mala, se creará o no en mayor o menor grado una posibilidad potencial de éxito.

La empresa es el principal agente de la economía del mercado.

2.10 Elementos de la empresa mercantil de conformidad con el ordenamiento jurídico guatemalteco

2.10.1 Bienes Corporales.

2.10.1.1 El Establecimiento:

Es el asiento material de la Empresa, el lugar geográfico donde en forma permanente se desenvuelven sus negocios.

El asiento de la empresa es el punto geográfico con carácter permanente, desde donde se dirige el negocio y en el que se cierran las operaciones que constituyen el objeto de la empresa.

Establecimiento mercantil, en el derecho francés se le conoce con el nombre de fondo de comercio, en el Derecho Italiano con el de Hacienda Comercial, en el Derecho Mexicano Establecimiento Comercial.

2.10.1.2 Mobiliario o equipo:

El mobiliario esta compuesto por todos lo muebles que le sirven a la empresa, tales como escritorios, sillas, y otros.

La maquinaria está integrada por todas aquellas que utiliza la empresa mercantil. Es decir, aquellas máquinas que se utilizan dentro de la empresa para poder transformar las materias primas en un producto terminado.

2.10.1.3 Las mercaderías y las relaciones de crédito:

Las cosas toman el carácter de mercaderías en un determinado momento en la función de satisfacer las necesidades humanas. De ahí se toma dicho nombre, en cuanto pertenecen a la circulación o al tráfico mercantil propiamente dicho, pues todo aquello que no sea susceptible de tráfico mercantil no se puede considerar como mercancía.

Los créditos son:

- a) Aquellos que están a favor de la empresa mercantil, es decir; el dinero que le deben los clientes con relación a los bienes y servicios que la misma proporciona;
- b) Créditos que la empresa mercantil tiene en su contra, es decir; los que la misma empresa debe. Estos pueden originarse por diferentes razones.

2.10.1.4 Criterios de clasificación empresarial:

Las empresas suelen clasificarse siguiendo criterios económicos, jurídicos u organizativos.

2.10.2 Bienes incorporeales.

2.10.2.1 La clientela y la fama mercantil:

Ninguna empresa mercantil puede subsistir sin establecer relaciones con sujetos que estén fuera de su organismo. Entre estas relaciones pueden mencionarse las que se establecen con la clientela, esto es, con el público al que la empresa mercantil le proporciona sus bienes y servicios.

Por otro lado: la buena organización, el conocimiento de los hábitos y el gusto al público, las listas de nombres y dirección de los consumidores, el buen servicio suministrado y el personal; son los factores que vienen a integrar esa peculiar aptitud para producir utilidades que constituye la

fama mercantil de una empresa; en consecuencia, esos factores mismos son los que determinan la formación y mantenimiento de una clientela, la cual será mayor, si la fama mercantil aumenta y la conserva.

La clientela y la fama mercantil, son cualidades y no elementos de la negociación, es decir, que aquellos no pueden existir ni ser concebidos sin esta.

2.10.2.2 El nombre comercial:

El nombre comercial, es aquel significado bajo el cual una persona ejerce el comercio, o bien el nombre de la empresa mercantil. También se dice que el nombre comercial en ocasiones alude, mas o menos al tráfico propio de la negociación, sin que sea raro que incluyan el apellido o el nombre propio.

El nombre comercial, es el empleado por el empresario en las operaciones de su giro o tráfico. O también para identificar a la empresa mercantil de los demás que se encuentran en el tráfico mercantil.

2.10.2.3 La marca:

Es todo signo o medio material, cualquiera que sea su clase o forma, que sirva para señalar y distinguir de los similares, los productos de la industria, el comercio o el trabajo. Es decir, que son signos distintivos de los productos puestos por los empresarios en el mercado. El uso de las

marcas persigue la finalidad de crear una clientela para el producto proporcionando a los consumidores, el medio fácil y cómodo de identificar la mercancía que se propone adquirir y un signo de distinción.

La marca es el signo distintivo por excelencia que los comerciantes, fabricantes o prestadores de servicios utilizan para distinguir un producto o servicio de otros de su misma clase o especie, para atraer la preferencia de la clientela en el mercado. Es decir, con una marca se puede proteger cualquier producto o servicio que exista en el mercado o en la naturaleza, basándose en una clasificación de productos o servicios que establece el reglamento de la Ley de la Propiedad Industrial. Una marca registrada se identifica porque tiene un pequeño símbolo que consiste en una letra "R" encerrada en un círculo.

Una marca en sí, no puede registrarse para proteger todos los productos o servicios que existen en la naturaleza o en el mercado. Por ello, para poder brindar una asesoría adecuada en cuanto a la protección legal que se requiere, es necesario que se haga una descripción amplia de los productos que la empresa elabora, los mercados a los que se destinan o bien los servicios que se relacionan con su objeto social, a fin de poderlos clasificar en forma debida.

Para garantizar la propiedad sobre la marca debe de registrarse, dando derecho a utilizarla de manera exclusiva.

Sin embargo, la única forma de obtener el derecho al uso exclusivo sobre un nombre o un slogan publicitario, es mediante el registro, de forma que si no se tiene la marca registrada y un competidor comienza a hacer uso de ella sin permiso, no se puede llevar a cabo ninguna acción legal en su contra y se corre el riesgo de perder a la clientela conseguida y las inversiones efectuadas. Por lo que es necesario registrar todos los signos distintivos que se utilicen.

El Registro Mercantil de Guatemala es el ente el que inscribe las sociedades mercantiles.

El nombre comercial, al ser registrado en el Registro de la Propiedad Industrial, le otorga un derecho exclusivo de uso a nivel nacional a su titular de utilizar la marca en forma exclusiva en el ámbito comercial.

2.11 Atendiendo a los criterios económicos:

La estructura económica se suele dividir en tres grandes sectores:

Sector primario: en donde se encuadran las empresas agropecuarias y forestales.

Sector secundario o industrial: en donde se integran las empresas industriales.

Sector terciario: que incluye las empresas de servicios (personales, enseñanza, y otras)

Existen otros criterios económicos de clasificación, destacando el tamaño, clasificándolas en grandes, medianas y pequeñas.

2.12 Definiciones:

¿Qué es una empresa?. Quien quiera que intente formular una definición, se da cuenta de la complejidad de este fenómeno y de la variedad de puntos de vista a los cuales se presta.

Llama también la atención, que las disciplinas académicas que tratan el tema (el derecho, la economía, la sociología y las ciencias administrativas), enfrentan serias dificultades al momento de caracterizar a la empresa como conjunto. Los juristas tratan generalmente a la empresa como un nudo de contratos y como una institución, los economistas como un “**agente económico**”, o una caja negra que recibe favores y de la cual salen productos; los sociólogos “**como un espacio de relaciones de trabajo**”, de socialización y cultura, de conflicto y de negociación social.

Si preguntamos a distintas personas que forman parte de una empresa, que es para ellas la empresa, seguramente nos darán diferentes respuestas. Un obrero podrá decirnos que la empresa es el lugar de trabajo donde obtiene los medios necesarios para subsistir, como pago de una determinada cantidad de trabajo que ha realizado en ella. Un accionista de la sociedad anónima, nos dirá que la empresa es la unidad económica donde ha invertido su capital, sobre el cual espera una rentabilidad variable. El gerente dirá que la empresa es una organización que debe dirigir y administrar con eficiencia, para cumplir determinados objetivos económicos. Un abogado dirá que la

empresa es un bien mueble producto de la inscripción de la sociedad mercantil, y así podríamos continuar sin llegar a dar una definición que complete nuestras interrogantes, pero se darán algunas de las más importantes definiciones que contemplan en gran parte qué es una empresa mercantil.

En Perú se ha hecho una definición jurídica de la sociedad mercantil a través de la Ley General de Sociedades (Ley Peruana). Esta ley precisa el concepto de sociedad como entidad constituida por quienes convienen aportar bienes o servicios para el ejercicio en común de actividades económicas, pero no se pronuncia sobre la naturaleza institucional del fenómeno empresarial en su conjunto.²¹

Es necesario reconocer que la empresa no es un concepto definido de antemano sino, una realidad empírica, socialmente constituida, multidimensional, polémica y compleja. Una realidad cruzada por la relación entre el capital y el trabajo, que combina diversos actores y nacionalidad y que involucra una serie de derechos e intereses. Para entenderla hay que pensar simultáneamente en su unidad como proyecto estratégico, personería jurídica, centro de decisión, organización productiva y agente económico, y su pluralidad (como confluencia de diferentes actores vinculantes mediante relaciones contractuales distintas que conjugan varios fines y modalidades de racionalización).

Es necesario detenerse un momento para juntar las piezas de aquel rompecabezas y organizar un marco analítico que nos permita abordar en mejores condiciones la cuestión de la responsabilidad empresarial.

²¹ Elias Laroza, Enrique. **Ley general de sociedades comentada (Ley Peruana Nº 26887)**, 1er. Y 2do. Vol. 1ra. ed., Ed. Norma legales, Trujillo 1999, pag. 99.

De conformidad con la Ley Peruana la podemos definir de la siguiente manera citando a Enrique Elias Laroza:

“Un tipo de organización y de institución social dirigida por un núcleo estratégico relativamente autónomo, que reúne capitales y trabajadores, cuyo objeto es realizar una actividad económica durable y rentable”.²²

Se puede definir a la empresa como: “Una asociación de personas; teniendo personalidad jurídica distinta a la sociedad, con un establecimiento en el cual prestan sus servicios y reunidas para el servicio de ésta”.

2.13 Función y fines de la empresa:

Se caracteriza a la empresa como una institución con fines de lucro. El término lucro tiene una connotación un tanto negativa, en cuanto se lo relaciona con la especulación, el aprovechamiento de otro. Sin embargo, el lucro es también considerado como legítima aspiración a beneficiarse del esfuerzo propio. El liberalismo económico lo señala como uno de los principales incentivos de la iniciativa privada, y del desarrollo capitalista. En todo caso, el concepto de fin de lucro nos remite a un aspecto fundamental del fenómeno empresarial, cual es la producción de una ganancia. Este puede estar al servicio del lucro individual y/o otras causas.

Como institución constituida y estratégicamente orientada, la empresa responde a los fines y motivaciones de sus principales promotores, dueños y directores. Para los

²² Elias Laroza, Enrique. **Ley general de sociedades comentada (Ley Peruana N° 26887)**, 1er. Y 2do. Vol. 1ra. ed., Ed. Norma Legales, Trujillo 1999.

accionistas ajenos al proyecto empresarial, el objeto es simplemente rentabilizar su capital. Para los promotores, directivos, accionistas y los mas involucrados en el proyecto empresarial: obtener una ganancia o el fin público que puede desempeñar. Los empleados juegan un papel importante como representantes de la empresa al prestar el servicio a los clientes y a los usuarios.

El fin que legitima la empresa ante la sociedad, es su contribución al bien común, a través de la prestación de servicio de ésta como ente jurídico con capacidad de contraer obligaciones y derechos. En ello reside el aporte insustituible de la empresa, su principal responsable ante los clientes, usuarios y la sociedad misma. A esta función central se agregan otros aportes como el pago de impuestos al estado, así como la generación de ingresos.

El propio fin de la ganancia se legitima socialmente si la empresa cumple con su función y su responsabilidad social, si cumple con sus clientes, sus trabajadores, y sobre todo si contribuye al desarrollo de su entorno en general. En este caso, la ganancia es considerada como algo merecido, se justifica como incentivo para desarrollar nuevas iniciativas económicas, producir y difundir innovaciones tecnológicas y responder a nuevas necesidades de manera más eficiente. En ello reside la revaloración de la empresa. La empresa es aquella que sin desatender la rentabilidad del capital y la producción de utilidades para los accionistas, se programa en la actividad productiva que la legitima socialmente.

Considerando el sistema empresarial en su conjunto, podemos decir que la empresa se caracteriza por ser un tipo de institución autónoma que se propone alcanzar fines

particulares mediante una actividad económica que ha de cumplir necesariamente una función social. Su fin es cumplir las expectativas de la ganancia.

Las empresas comerciales y financieras son fundamentales para el desarrollo de las actividades de producción y de consumo. Dichas empresas, sin embargo, suelen producir también algún valor agregado para sus **clientes**. En el caso de las empresas comerciales, el valor agregado producido reside en los servicios de distribución, de información al cliente y de post-venta. La empresa no puede cumplir una función social sin asegurar la reposición y la valoración del capital invertido. Esto significa, en primer lugar; que la actividad empresarial tiene que dirigirse hacia una demanda solvente atendiendo a clientes que tienen capacidad de pago, (razón por la cual la empresa se diferencia de una institución de beneficencia, que atiende necesidades mediante donaciones o transferencias de recursos públicos). En segundo lugar, la actividad ha de ser competitiva, ofreciendo sus productos con una ventaja de precio-calidad respecto a otras ofertas. En tercer lugar, la actividad debe resultar rentable económicamente, es decir, cubrir sus gastos y generar un excedente sobre el capital invertido y estar en situación de proporcionar una ganancia satisfaciendo sus expectativas de corto plazo.

2.14 Factores de producción:

Para realizar su actividad la empresa necesita movilizar y combinar un conjunto de recursos materiales y/o humanos, que sirvan de insumos o medios para producir un valor agregado. Estos recursos constituyen factores de producción.

Los economistas clásicos resumían los factores de producción en tres: Las tierras, el trabajo y el capital. Este último engloba a los demás medios no naturales y no humanos (instalaciones, herramientas, máquinas y equipos.), así como al dinero convertido en bienes aplicables a la producción.

En la sociedad post-industrial y la economía globalizada actual, los conocimientos y la información se han convertido en recursos claves. Como dice, Peter Drucker: **“El recurso económico básico, el medio de producción para usar el término de los economistas, ya no es el capital ni los recursos naturales, ni la mano de obra. Será el valor que se crea mediante la productividad y la innovación ambas aplicaciones del saber al trabajo”**.²³

Podemos distinguir los recursos de la manera siguiente:

Los activos sociales: Reputación de la empresa, imagen de una marca, prestigio, disposición de las personas para cooperar, comunicar, negociar, existencia de lazos de confianza y lealtad; así como la transmisión de valores culturales y étnicos.

Los recursos naturales: Espacios ecológicos, materia prima, fuentes de energía, procesos bio-genéticos.

Los artefactos materiales: Instalaciones, instrumentales, máquinas, equipos que incorporan ingenio humano y la tecnología.

²³ Drucker Peter, La gerencia de la empresa, Harper Collins, Estados Unidos de Norteamérica, 1993, pág. 120.

Las capacidades humanas: Implican la actividad del trabajo bajo todas sus formas: energía física y atención mental, aplicación de habilidades y conocimientos.

Los recursos financieros: Confianza de los inversionistas, clientes, proveedores y de las entidades financieras.

Los recursos humanos implican un largo proceso de formación. Lo mismo se puede decir de los activos culturales y de la confianza de los inversionistas. Por ello la empresa busca la manera menos costosa de reunir esos recursos y la manera más eficiente de usarlos. Ser parte del supuesto que la empresa transforma materia prima en productos, los cuales deben ser vendidos en un mercado con el objeto de obtener beneficios.

Las utilidades no dependen sólo de los costos de producción, sino también de los ingresos que resulten de la venta de los productos en el mercado. Dichos ingresos dependen del volumen y del precio de venta.

La empresa constituye un conjunto de sistemas de acción articulados y dirigidos centralmente. Se trata de un conjunto de sistemas abiertos, que interactúan con un entorno. Cada empresa define sus propios fines, administra sus propios medios, pero se nutre del medio donde opera.

Los componentes del sistema empresarial son personas y recursos que se articulan entre sí, apuntando a un producto o resultado común. Estas actividades están diseñadas para repetirse y retroalimentarse con los resultados (los cuales, convertidos

en dinero, proporcionan una nueva energía), de modo que el sistema pueda producirse. En tal sentido, uno de los fines de la empresa es su propia permanencia.

La empresa articula dos componentes básicos: El núcleo estratégico y la actividad empresarial. **El núcleo estratégico:** Se centra en las grandes orientaciones, la definición de valores, la misión de objetivos y de las actividades centrales de la empresa. **La actividad empresarial económica:** se centra en la transformación de insumos en productos, en la racionalización de los procesos de producción, distribución y venta conformando para ello un sistema socio-técnico.

Cabe reiterar que la dinámica de la empresa no se reduce al funcionamiento de sistemas. Está conformada por actores y crea un campo de acción donde se confrontan perspectivas, valores e intereses; donde se desarrollan juego de poder y procesos de regulación conjunta. La empresa abre espacios de relación e interacción entre los sujetos sociales que convoca. La capacidad de los dirigentes de otorgar beneficios materiales, seguridad y prestigio a la empresa cuya responsabilidad recae en ellos y en todos los trabajadores de la empresa que prestan el servicio.

Cabe también mencionar que la empresa requiere de un reconocimiento social y jurídico, establecido por un conjunto de reglas de manejo de actividades respecto al buen manejo de la empresa, su obligación frente a los clientes y usuarios. Tal es el caso de una regulación de las relaciones de poder por el Estado y la empresa; fijación de jerarquía y autoridad; juegos de poder de políticas empresariales. Así como su política de las relaciones humanas, constitución de la imagen y legitimidad social de la empresa, y su confianza.

También cabe recordar que existen gran cantidad de definiciones de lo que es la cultura empresarial. La mayoría de ellas enfocan rasgos y valores de la empresa, pero aquí lo enfocamos hacia los valores promovidos desde la dirección que guían la política de la empresa, hacia los clientes como fuente primordial de entrada de ingresos de capital a la empresa.

La cultura empresarial constituye un recurso para producir, un capital social basado en valores y normas de comportamiento recíproco, que contribuyen a incrementar la eficiencia y competitividad de la empresa.

2.15 Libertad económica:

La libertad económica ha sido concebida en la doctrina como: la facultad que tiene toda persona de realizar actividades de carácter económico, según sus preferencias o habilidades, con miras a crear, mantener o incrementar su patrimonio. Las actividades que conforman dicha libertad están sujetas a las limitaciones impuestas por la Constitución y las leyes, por razones de seguridad, salubridad, moralidad, utilidad pública o interés social. En términos más generales la libertad económica se encuentra limitada por toda forma de intervención del Estado en la economía y particularmente, por el establecimiento de monopolios o la clasificación de una determinada actividad como un servicio público, la regulación del crédito, de las actividades comerciales e industriales.

2.16 Libertad de contratación/ libertad de empresa

Es un elemento protegido de la libertad de empresa. En efecto, el contrato resulta un instrumento indispensable para el desarrollo de la libertad de empresa, ya que sin éste no se concibe la interacción entre los diferentes agentes y unidades económicas, la configuración y funcionamiento de los mercados. Resulta imperioso decir que la libertad negocial, en cuanto libertad de disponer de la propia esfera patrimonial y personal así como, poder obligarse frente a otras personas con el objeto de satisfacer necesidades propias y ajenas, es un modo de estar y de actuar en sociedad y de ser libre, por todo ello, es el elemento que se encuentra en la base misma del derecho comercial. No sólo en la distribución y movilidad de la riqueza, derivada de la garantía de la propiedad privada, asociativa y solidaria, sino del reconocimiento de la personalidad jurídica; del derecho al libre desarrollo de la personalidad; y del derecho a la libre asociación en todos los órdenes.

2.17 Libertad económica y libertad de contratación.

2.17.1 Límites:

La libertad del individuo en materia económica, si bien está protegida por la Constitución, también se encuentra limitada por la prevalencia del interés general, por las competencias de intervención y regulación a cargo del Estado. La libre competencia económica no puede erigirse como una barrera infranqueable para la actividad de intervención del Estado, en ejercicio de su básica dirección general de la economía. Sin embargo, las limitaciones a la libertad económica y de contratación tampoco pueden

inferirse o imponerse por el Estado de una manera arbitraria e infundada. Las limitaciones de la libertad de empresa, para que sean legítimas, deben emanar o ser dispuestas en virtud de una ley y no afectar el núcleo esencial del derecho. La legitimidad de las intervenciones depende de la existencia de motivos adecuados y suficientes para limitar los procesos de creación y funcionamiento de las empresas.

2.18 ¿Quiénes son los sujetos del derecho mercantil?

De conformidad con el código de comercio de Guatemala en sus artículos 2 y 3 se estipula que: “Son comerciantes quienes ejerzan en nombre propio y con fines de lucro, cualesquiera actividades a que se refiera, a lo siguiente:

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

“Comerciantes sociales, las sociedades organizadas bajo forma mercantil tienen calidad de comerciante cualquiera que sea su objeto.”

De lo anterior se extrae la siguiente conclusión:

Son comerciantes:

- Los que teniendo la capacidad legal para ejercer el comercio hacen de él su ocupación ordinaria.
- Las sociedades mercantiles constituidas con arreglo a las leyes mercantiles.
- Las sociedades extranjeras, agencias o sucursales de éstas, que dentro del territorio nacional ejerzan actos de comercio.

Debe saberse que para lograr responsabilidad frente a terceros se debe diferenciar entre persona física y persona jurídica. Una persona física es aquella que asume el riesgo directamente y dirige la empresa, no existiendo diferencias entre el patrimonio social y el de la persona individual, por lo tanto la responsabilidad frente a terceros es ilimitada; mientras que en las sociedades se diferencia el patrimonio de la sociedad y el patrimonio de los socios y la responsabilidad frente a terceros, la cual está sujeta a la aportación de capital.

2.19 ¿Como crear una empresa?

Si se desea crear una empresa la legislación española proporciona los siguientes aspectos:

2.20 “Elección de la forma jurídica:

La legislación española contempla diversas alternativas para determinar la forma jurídica de una empresa.

Para saber cuál es la que más conviene, debemos de tener en cuenta factores como:

- El capital que se quiere destinar para constituir la;
- El tipo de responsabilidad a adquirir frente a terceros;
- El número de personas que van a formar parte de la sociedad; y
- El tipo de actividad a desarrollar.”²⁴

“El capital social puede variar desde cero hasta..., según sea la forma jurídica que demos al negocio. La responsabilidad frente a terceras personas puede ser desde limitada al capital aportado, hasta ilimitada y personal del socio con todos sus bienes. El número de socios también nos puede condicionar a la hora de escoger una fórmula u otra, ya que se exige un mínimo legal. El tipo de actividad que se pretende realizar en virtud que, sectores como la banca, los seguros o las agencias de viajes, requieren una forma de sociedad mercantil”.²⁵

Luego buscamos una referencia sobre la forma en que se va a constituir, si como persona natural o como persona jurídica y la tercera consistirá en seleccionar el tipo de persona jurídica en que se constituirá la misma. En cualquier empresa se dan dos tipos de propietarios:

²⁴ www.noviasalcedo.es/.../empresa/7%20CONSTITUYO%20MI%20EMPRESA/1%20eleccion%20de%20la%20forma%20juridica.

²⁵ www.noviasalcedo.es/.../empresa/7%20CONSTITUYO%20MI%20EMPRESA/1%20eleccion%20de%20la%20forma%20juridica.

2.20.1 La persona natural:

Es el individuo de la especie humana, cualquiera que sea su edad, linaje o condición económica. Es decir, es toda persona que ejerce derechos, contrae y cumple obligaciones.

2.20.2 La persona jurídica:

Las asociaciones o corporaciones temporales o perpetuas, fundadas con algún fin o motivo, de utilidad pública y particular conjuntamente, que en sus relaciones civiles representan una individualidad jurídica.

Cuando una empresa se forma como persona jurídica, debe tomarse la decisión sobre constituir la haciendo uso de cualquiera de las diferentes formas de las preestablecidas y estas son:

1. Sociedad colectiva.
2. Sociedad en comandita simple.
3. Sociedad en comandita por acciones.
4. Sociedad de responsabilidad limitada.
5. Sociedad anónima.

En todos esos casos es necesario constituir la mediante escritura pública autorizada por un notario.

2.21 ¿Qué es una escritura pública?

Es el instrumento legal que contiene entre otras referencias: los nombres de las personas que conforman la organización, el nombre de la organización, razón social o denominación social (cuando se trate de la conformación de una sociedad), explicando el tipo de ésta, el capital con que inician sus operaciones, la duración de la organización, la naturaleza de ésta y su objeto.

2.22 ¿Que son los estatutos?

Dentro de la escritura pública puede contenerse los estatutos, los cuales explican las responsabilidades de cada persona asociada. Asimismo, especifica los objetivos, como se ha de administrar el patrimonio, quiénes son los miembros de la junta directiva y cuáles son las funciones que deberán desempeñar todos y cada uno de sus miembros.

Constituida la empresa es necesario efectuar su legalización e inscripción ante las diferentes instituciones estatales.

También las empresas constituidas como persona natural deben proceder a legalizarse e inscribirse en las mismas instituciones. La diferencia en este proceso está referida a ciertos requisitos y trámites.

Las micro, pequeñas y medianas empresas, en Guatemala, pueden adoptar diferentes tipos de organización empresarial; pero para ello es necesario que el empresario analice las diferentes formas de organización con sus ventajas y desventajas, sobre todo el capital con que cuenta, los beneficios que la ley le

otorgaría y en caso de decidirse por una de las sociedades; además deberá de conocer sus obligaciones tributarias.

2.23 Forma jurídica

La estructura empresarial articula dos componentes básicos:

1. Un núcleo estratégico de centro de poder y de dirección que reúne a promotores, gerentes, en torno a una sociedad de capitales, a un liderazgo individual empresarial, y a un empresario individual.

2. Una actividad productiva y comercial, la cual opera mediante un sistema socio-técnico y está planificada, coordinada y controlada por un sistema administrativo. Alrededor de la actividad intervienen trabajadores, proveedores, contratistas y su producto está destinado a los clientes. Entre el núcleo estratégico y la actividad, interviene una regulación institucional, es decir; el sistema de mediación normativo que establece las reglas del juego en el seno de la empresa y sus relaciones con los comerciantes.

Algunos elementos personales que surgen en las relaciones con la empresa mercantil son:

Promotores estratégicos: quienes aportan iniciativa, creatividad innovadora y visión de futuro.

Los accionistas: Son personas individuales o jurídicas que aportan capitales a la sociedad, tienen poder sobre la dirección de la empresa mercantil.

Los directores y gerentes: Encargados de representar a la empresa y dirigir su actividad.

Los trabajadores o empleados: Principales agentes de la actividad empresarial que aportan sus habilidades, sus conocimientos, su sentido creativo y de cooperación.

Los clientes y usuarios: Destinatarios de la actividad empresarial y fuentes de ingresos de la empresa.

Los proveedores y subcontratistas: Que proporcionan los insumos y servicios que requiere la actividad empresarial.

Las entidades financieras: Que proporcionan créditos fundamentales para reunir los recursos necesarios para cada ciclo de actividad empresarial.

El Estado y las entidades reguladores: Encargados de compatibilizar los intereses nacionales y de los ciudadanos con los intereses particulares de la empresa, (definición y aplicación del ordenamiento legal, cobranza de impuesto, regulación de la competencia, de las relaciones laborales, de la calidad de los bienes y servicios, entre otros).

2.24 Tipo de empresa:

Las sociedades son asociaciones voluntarias de varias personas, que bajo una misma denominación o razón social, constituyen un fondo patrimonial común, integrado por aportaciones de los socios.

2.25 Formas que puede adoptar una empresa:

- Personas físicas.
- Personas jurídicas: sociedades mercantiles.

La persona física ejerce la actividad empresarial en nombre propio y por cuenta propia. Es el propietario único de la empresa, que dirige y gestiona y percibe todos sus beneficios, y por lo tanto es el único responsable.

Son personas jurídicas las asociaciones de interés particular, mercantiles o industriales a las que la ley concede personalidad propia, independiente de la de cada uno de los asociados. Asociaciones de varias personas que aportan capital y el riesgo lo asume la sociedad.

CAPÍTULO III

3. La personalidad jurídica:

En los países de América hay investigaciones sobre la **naturaleza jurídica de la empresa**. Un notable antecedente, lo constituye una ponencia presentada en las “Primeras Jornadas Latinoamericanas de Derecho Privado”, celebrada en Buenos Aires en homenaje a los 150 años de la Revolución de Mayo en noviembre 1960. Se trata de un trabajo que concluye que: “La empresa es un sujeto de derecho y no sólo, como se afirmaba hasta entonces, una mera realidad económica. Dicha investigación fue publicada posteriormente en la “Revista Peruana del Derecho de la Empresa” bajo los títulos de Empresa, Persona Jurídica y Constitución (1986).

Roberto Mantilla Molina, por su parte, señala que: “**...es fácilmente comprender el orden de ideas que conduce a la personificación de las sociedades: carácter esencial de las personas es el estar dotadas de voluntad; pero la voluntad presupone un fin a cuya realización está encaminada. Si el pensar sigue ahora un orden inverso, se presenta así: la existencia de un fin que realizar, implica una voluntad y esta, a su vez, una persona. Como es la esencia de las sociedades. Se continúa razonando la existencia de un fin común, debe conducirse que las sociedades son personas.**”²⁶

²⁶ Mantilla Molina, Roberto, *Carácter Participativo y Transf.*, Derecho Mercantil, Editorial Porrúa, México, 2002, pág. 191

3.1 Problema de la personalidad jurídica de la sociedad anónima.

3.1.1 Planteamiento del problema:

El problema de la personalidad jurídica de la sociedad mercantil es simple con relación a nuestro derecho positivo. En efecto, al tenor del artículo 14 del código de comercio y en concordancia con el artículo 15, numeral catorce del código civil, toda sociedad mercantil en Guatemala tiene personalidad jurídica, cualesquiera sea su forma. Veamos algunos aspectos sobre este tema en particular.

Hay sistemas jurídicos como el francés, en los que se reconoce que toda sociedad tiene personalidad, que es un ente independiente de los socios individualmente considerados. A la vez, hay sistemas como el alemán y el italiano, en los que se hace una distinción entre sociedades de personas y sociedades de capital. Y por último, está el sistema inglés, en el que únicamente se le atribuye personalidad a la sociedad anónima. De acuerdo con lo anterior, se puede afirmar que la ley guatemalteca es receptora de la tendencia francesa en materia de personalidad jurídica de la sociedad mercantil. Si nos damos cuenta no se contempla a la empresa mercantil en nuestro país como persona jurídica, pero sin embargo en otros países como el Perú, es reconocida la empresa mercantil como persona jurídica, con personalidad diferente de la propia sociedad mercantil y del propietario individual.

De lo anterior pueden derivarse los efectos que producirían a la empresa mercantil el reconocimiento de personalidad jurídica.

De conformidad con el derecho civil, los atributos de la personalidad son: el nombre, domicilio, sujeto de derechos y obligaciones, como elementos integrantes de esa calidad jurídica. Entonces, al reconocer que las empresas mercantiles son personas jurídicas, se les reconocerían los atributos siguientes:

- La empresa es sujeto de derechos y obligaciones.
- La empresa tiene un nombre que la individualiza frente a los demás.
- La empresa tiene un domicilio para los efectos legales que corresponden, y éste debe determinarse al inscribirse.
- La empresa tiene un patrimonio propio que se integra con los bienes que va adquiriendo en sus actividades comerciales, así como obligaciones.
- La empresa adquiere la calidad de comerciante por imperativo legal. En el momento que cuenta con el reconocimiento legal.
- La empresa tiene responsabilidad legal.
- Al igual que la persona individual y la sociedad mercantil, la empresa puede tener un período de vida.

Salvador Zanudio cita a Rodríguez y Rodríguez en que: **“La empresa representa un valor objetivo de organización que debe ser conservado. El esfuerzo organizador del empresario, el trabajo del personal, los derechos sobre cosas materiales o inmateriales forman un todo al que se une algo**

imponderable que resulta de la actividad de todos esos elementos, que hacen que el conjunto deba ser considerado como un valor especial, desde el punto de vista económico”.²⁷

3.2 Ofensiva en contra del reconocimiento de la personalidad jurídica:

Esta ofensiva se dio en Francia. Se afirma que bajo la vigencia del concepto de la persona jurídica y su existencia independiente de los socios, se han cometido una serie de anomalías en perjuicio de terceros.

Empero, en la práctica, se observa que muchas veces se organizan personas jurídicas, sociedades mercantiles concretamente, para defraudar a terceros y esconder los verdaderos intereses de los socios, bajo el principio de que la sociedad es un ente independiente de los socios individualmente considerados. Por ese motivo, se habla de “levantar el velo de la persona jurídica”. Es decir, reconocer su existencia, pero no permitir que por tal concepto se cometan abusos que pongan en peligro la seguridad jurídica.

Las siguientes afirmaciones de varios autores hacen referencia a lo dicho:

“Es el tiempo de florecer sociedades artificiales, sin contenido real, creación de aventureros o de poderosas organizaciones financieras, nacionales o internacionales, que ocultan sus verdaderas actividades interponiendo o

²⁷ Rodríguez y Rodríguez, citado por Salvador Zanudio, La prórroga extemporánea de la Sociedad Mercantil, Revista Jurídica J. Veracruzana, México, pág... 226.

conectando sociedades, en perjuicio a veces de las obligaciones, de los acreedores, del fisco, del público en general también”.²⁸

“Este abuso de confianza por parte del sector privado, al explotar una obvia debilidad, indudablemente ha dañado la imagen de la empresa privada en el mundo libre. La economía mixta es claramente la única forma de salir adelante, con adecuados controles que aseguren la probidad financiera.”²⁹

La interpretación del instituto "DESESTIMACION DE LA PERSONALIDAD JURIDICA" a la luz del orden público societario.

La personalidad jurídica que gozan en Argentina las sociedades comerciales (Art. 2º, L. 19550), encuentra como límite o contrapeso, impuesto por el orden público societario, la normativa del artículo 54, tercer párrafo, que consagra la: "Inoponibilidad de la personalidad jurídica."³⁰ Dicha normativa reconoce como antecedentes desarrollos doctrinarios y jurisprudenciales originados en el derecho anglosajón, luego adoptados en el derecho continental y en Argentina por los célebres casos "Cía. Swift de La Plata s/quiebra" y "Parke Davis", los que motivaron una importante producción doctrinaria sobre el tema”.³¹

²⁸ Varios autores Vásquez del Mercado, La Personalidad Moral y sus Límites, Revista de Estudios de Derecho Comparado y Derecho público. Instituto de Derecho Comparado Universidad de Paris, 1960

²⁹ Montgomery, David, Tiempo para un Cambio en Chile, Artículo Revista Visión Guatemala, pág... 34

³⁰ www.legalmania.com.ar/derecho/deseestimacion_personalidad_juridica.htm - 75k

³¹ www.legalmania.com.ar/derecho/deseestimacion_personalidad_juridica.htm - 75k

La ley admite, como uno de los efectos de la personalidad jurídica reconocida a las sociedades, la separación patrimonial de estos sujetos de derecho respecto de sus integrantes.

Discrepamos con tal posición ya que entendemos que la situación es inversa: la regla es que los sujetos (socios) responden con todos sus bienes por el resultado de sus actividades. Por ello, la personalidad diferenciada, y consecuente limitación de responsabilidad, implica un **privilegio de excepción**, reconocido por el derecho sólo con determinadas finalidades que, de no presentarse, la dejan sin sustento.

Este principio debe mantenerse y respetarse en tanto no se violen reglas superiores del ordenamiento jurídico, que hagan aplicable el criterio de funcionalidad sustentado por el artículo 2do. de la ley 19,550 (año 1760). Pero ello no impide que se aplique la doctrina de la penetración de la persona jurídica cuando se advierte la utilización abusiva. Cuando una persona jurídica, apartándose de los fines para los que fue creada, abusa de su forma para obtener un resultado no querido al otorgársele esa prerrogativa, debe correrse el velo de su personalidad, para penetrar en la real esencia de su sustrato personal o patrimonial y poner de manifiesto los fines de los miembros cobijados tras su máscara.

La "**Doctrina de la penetración**" o "**Teoría de la desestimación de la persona jurídica**" puede aplicarse en el derecho del trabajo, cuando detrás de la persona jurídica aparente de un empleador, se trata de cubrir la responsabilidad patrimonial del responsable, a través de la insolvencia de la sociedad interpuesta. La aplicación de la "teoría de la penetración" implica, fundamentalmente, la existencia de un abuso que

causa un agravio a la justicia o equidad en perjuicio de alguien, por lo que, en el caso concreto de situaciones producidas en el derecho del trabajo, es requisito indispensable que la sociedad "pantalla" del empleador real sea insolvente, ya que si no, no habría razón para aplicar el remedio, pues no se produciría una utilización abusiva de la misma.

La aplicación de la "**Teoría de la penetración**" requiere, además, de la existencia de un agravio a la justicia, la demostración de que hay un "socio controlante o socios controlantes" de la sociedad "interpuesta", porque entonces se dan los argumentos requeridos para que, prescindiendo de la forma jurídica empleada, se responsabilice al o a los socios controlantes en la medida que ha utilizado una "pantalla", para evadir sus responsabilidades como sujeto de derecho, con entidad jurídica diversa y distinta de los socios que la integran. Este principio admite excepciones en los supuestos en que la forma societaria se haya utilizado para violentar los derechos de terceros, o para la consecución de fines extrasocietarios, o cuando constituye un recurso para violar la ley, el orden público o la buena fe.

Partiendo de la teoría del allanamiento de la personalidad jurídica, se ha dicho que si la estructura formal de la persona jurídica se utiliza de manera abusiva, el juez podrá descartarla para que fracase el resultado contrario a derecho a que se persigue, para lo cual prescindirá de la regla fundamental que establece una radical separación entre la sociedad y los socios. La aplicación de la doctrina de la penetración de la personalidad, debe efectuarse con criterio restrictivo; la esencia de tal aseveración debe buscarse

precisamente, en la necesidad de preservar la realidad jurídica que importa al sujeto de derecho.

CAPITULO IV

4. La empresa mercantil individual.

A manera de introducción

La sociedad, como sistema legal de organización de los negocios, podrá ser resultado de un contrato que, con tal fin, celebren dos o más personas. Pero, con igual facilidad, podrá surgir también de la decisión de una sola persona. De esta suerte, el aparato legal previsto para la organización y personificación de las empresas puede ser puesto en movimiento no solo por varias personas, como ha sido tradicional y corriente; sino que también puede ser por una sola persona, como se acepta en muchos países, de una manera tan firme que el fenómeno ya no parece novedoso.

La empresa unipersonal tiene una justificación práctica. Ella permite a los empresarios destinar una parte de sus bienes a la realización de determinados negocios, dotándolos de personería jurídica y, por ende, logrando que su responsabilidad quede limitada al monto del acervo asignado a la nueva empresa. Y todo esto podrá alcanzarlo sin necesidad de acudir a otras personas que colaboren como socios reales o simulados de la operación.

4.1 Definición de empresa:

Una empresa, es una forma o modo de desarrollar una actividad económica a cargo de un empresario, caracterizada por la profesionalidad con que se ejercita, por ser organizada con arreglo a un plan o proyecto racional y por perseguir un fin de

producción, intercambio de bienes o servicios en el mercado. Esta actividad internamente supone la organización de los medios productivos, externamente, la actuación en el mercado. Todo negocio, establecimiento u organización cualquiera que sea el giro o actividad a que se dedique.

4.2 Empresario:

Empresario es: **“La persona física con capacidad legal de ejercer el comercio. El que organiza, explota o dirige alguna empresa. Patrono, contratista, arrendador de obra o trabajo.”** ³² El empresario aporta el capital, asume la dirección de la empresa y contribuye con su propio trabajo a lograr los objetivos.

4.3 Empresa individual:

Es aquella cuyo propietario es una persona natural física o individual. En este tipo de empresa el dueño aporta el capital y el trabajo de dirección. La empresa individual se considera bien mueble mediante el cual una persona natural (comerciante), que en este caso se denomina empresario, destina parte de sus activos para la realización de una o varias actividades mercantiles.

Las características de estas empresas son:

- 1.- El volumen de las inversiones suele ser de pequeña cuantía.
- 2.- Muchas veces el oficio del empresario es el objeto fundamental de la actividad.

³² www.dlh.lahora.com.ec/paginas/judicial/PAGINAS/Diccionario.

3.- La organización y los requisitos jurídicos de constitución son simples.

- a. Para su constitución es suficiente que la persona tenga capacidad legal.
- b. Es inscribible en el Registro Mercantil.
- c. No es de aplicación el principio de determinación del capital. El capital que asigne a la empresa puede variar a voluntad del empresario, aunque su responsabilidad supera el ámbito de la empresa y alcanza todo su patrimonio.
- d. Le son de aplicación las normas contenidas en los artículos del 1 al 13 del código de comercio.
- e. No puede emitir ni garantizar emisiones de obligaciones u otros valores.

4.4 Empresa mercantil:

Organización lucrativa de personal, capital y trabajo, con una unidad de nombre, permanencia en la actividad y finalidad definida.

Se distinguen dos aspectos básicos de la empresa capitalista. Por un lado una entidad con cierto patrimonio que le permite realizar sus funciones y por el otro, un empresario con variadas actividades tales como:

- Afrontar los riesgos que implica la producción.
- Asegurar la unidad de la empresa, si ésta comprende varios emplazamientos y unidades técnicas, diversos y aislados unos de otros.
- Competir ventajosamente en el mercado, para lo cual tiene que buscar la mejor combinación de los factores productivos y sus precios.

- Asegurar la unión entre los mercados de factores y de productos.
- Vender los bienes y servicios producidos de acuerdo a la demanda, al mejor precio para obtener la mayor ganancia posible.

En sentido amplio podemos definir a la empresa como:

Una forma de producción por medio de la cual, en el seno de un mismo patrimonio, se combinan los precios de los factores de la producción, aportados por sujetos distintos al propietario de la empresa, en vista de vender una producción en el mercado, un bien o un servicio y obtener una renta monetaria igual a la diferencia entre dos series de precios.

En sentido estricto, las empresas; son las personas y organismos que intervienen en una función directora y coordinadora en el proceso de producción, coordinados por el propietario de la empresa individual. Aunque algunos autores señalan que la empresa individual surge cuando no es la misma persona que aporta todos los factores de la producción, sino son varios, es decir, unos aportan bienes, otros trabajos, otros coordinan y entre todos logran producir.

Las empresas se forman con la finalidad primordial y principal de obtener un lucro o ganancia. La función social de la empresa se cumple con la producción de bienes y servicios, es decir en el momento en que una empresa brinde a la comunidad más bienes y servicios que aquellos que utilizó en el proceso de producción.

La realización de actos de comercio presupone la función de aportar al mercado general, bienes o servicios con fines de lucro. Esta actividad es realizada por el comerciante individual, a través de la organización de los elementos patrimoniales y personales necesarios, elementos que en su conjunto integran su empresa. Por lo cual la empresa individual es la organización de una actividad económica que se dirige a la producción o al intercambio de bienes o servicios para el mercado.

Asimismo, la empresa es la organización profesional de la actividad económica del trabajo y del capital tendiente a la producción o, al cambio. Ha visto en la función del empresario un papel de mediación, que lo coloca entre una masa de energías productoras (máquinas, operarios, capital) y la masa de los consumidores, función que hace de él mismo, aunque no siempre, un comerciante.

Las características de estas empresas son:

- El volumen de las inversiones suele ser de pequeña cuantía.
- Existencia de un patrimonio.
- Muchas veces el oficio del empresario es el objeto fundamental de la actividad.
- La combinación de los factores de producción.
- Distinción entre los sujetos que aportan los factores de producción.

4.5 Actividades de la empresa mercantil de conformidad con la doctrina mexicana:

El código fiscal de la federación mexicana, más que definir, clasifica a la empresa como la persona física o moral que realiza las actividades siguientes:

- Las comerciales.
- Las industriales, entendidas como la extracción, conservación o transformación de materias primas, acabado de productos y elaboración de satisfactores.
- Las agrícolas, exceptuando la transformación industrial de sus productos.
- Las ganaderas, exceptuando la transformación industrial de sus productos.
- Las de pesca, exceptuando la transformación industrial de sus productos; y
- Las silvícolas, exceptuando la transformación industrial de sus productos.³³

El concepto de empresa, según el código fiscal de la federación mexicana, coincide, substancialmente con el concepto económico de la misma. Los economistas entienden por empresa el organismo que realiza la coordinación de los factores económicos de la producción. Dondequiera que una persona, individual o social, coordine los factores de la producción, utilizando a los trabajadores en la faena para que son aptos, aprovechando las fuerzas de la naturaleza y aportando el capital necesario (máquinas, materias primas, etc.); si esa coordinación tiene por objeto satisfacer las necesidades del consumo a fin de obtener a cambio la correspondiente remuneración, surge allí una empresa.

³³ Código fiscal de la federación mexicana, artículo 75.

El documento para poder inscribirse como comerciante debe contener la siguiente información, sin la cual el Registro Mercantil de Guatemala no podrá efectuar el registro:

- “Nombre y apellidos completos, edad, estado civil, nacionalidad, domicilio y dirección.
- Actividad a que se dedica.
- Régimen económico de su matrimonio, si fuere casado o unido de hecho.
- Nombre de su empresa y sus establecimientos y sus direcciones.
- Fecha en que haya dado principio su actividad mercantil.

El Registrador razona la cédula de vecindad del interesado.”³⁴

Y para la inscripción de la empresa del comerciante individual llevará los siguientes requisitos:

- “Nombre de la empresa o establecimiento.
- Nombre del propietario o establecimiento.
- Dirección de la empresa o establecimiento.
- Objeto: enunciación clara y completa de las actividades principales, a menos que se exprese que la empresa podrá realizar cualquier acto lícito de comercio”.³⁵

³⁴ Decreto 2-70 código de comercio, emitido por el Congreso de la Republica de Guatemala, artículo 335.

³⁵ Decreto 2-70 código de comercio, emitido por el Congreso de la Republica de Guatemala, artículo 336.

4.6 Causas de disolución de una empresa individual:

La misma norma, establece las razones por las cuales una empresa individual se puede disolver:

- Por voluntad del empresario.
- Por vencimiento del término de duración.
- Por muerte del constituyente, salvo estipulación en contrario.
- Por imposibilidad de desarrollar el objeto.
- Por orden de autoridad competente.

En el caso de la empresa, sin embargo, el sometimiento al derecho privado tiene una particular justificación que es necesario tener presente a fin de apreciar el fenómeno en su exacto alcance. La empresa debe por si misma tender a fines económicos y esto aunque deba estar sometida a las directrices de otro ente u órgano. Por tanto, la ganancia podrá perseguirse en los límites que permita la observancia de las directrices.

De acuerdo a la legislación peruana, al igual que la legislación guatemalteca, todas las empresas requieren estar constituidas legalmente para poder funcionar. En el entendido de que una empresa es una acción individual o conjunta para lograr un fin determinado, en la cual se aportan esfuerzos o patrimonios.

Generalmente, la primera pregunta que se hace una persona que desea iniciar una actividad empresarial es: ¿lo hago solo o busco socios?. Esa es una decisión que se debe meditar muy bien, porque cuando vengan los primeros problemas en la empresa

se puede lamentar no haber sabido escoger bien a los socios, o tal vez, recién se comprenda que se necesita el apoyo de alguien más para despegar.

4.7 Relación existente entre el patrimonio personal y la empresa:

El empresario individual, como propietario de la explotación, puede mover bienes de su explotación para destinarlos a su patrimonio y a la inversa. Estos movimientos darán lugar a disminuciones y aumentos del capital de la empresa.

4.7.1 Disminución del capital

- a. La retirada de fondos para atenciones personales del o los empresarios.
- b. El exceso de disponibilidades dinerarias sobre las necesidades de la empresa puede propiciar la retirada de estos excedentes por el empresario.
- c. Elementos ineficaces o innecesarios para la explotación que pueden llevar al empresario a retirarlos de la empresa.

La contabilidad siempre reflejará la realidad de la empresa. La reducción de capital se haría con un cargo provisional a la cuenta titular de la explotación.

4.7.2 Aumentos del capital:

Cuando la empresa requiera mayores recursos para su expansión y el empresario los aporte. Se realiza un abono a la cuenta titular de la explotación.

Por tanto la cuenta titular de la explotación, representa al final de cada ejercicio la situación neta de bienes apartados y retirados.

4.8 Tratamiento contable de los resultados de la gestión empresarial

Los resultados de la gestión empresarial, tienen que ver con la decisión sobre la distribución del beneficio disponible. Al respecto, se identifican dos casos: beneficios y pérdidas. Si hay beneficios, el empresario puede retirar todo o parte del beneficio, pudiendo dejar una cantidad como ampliación de capital. Si el resultado es negativo se pueden seguir tres caminos:

- a. Disminuir el capital.
- b. Recoger la pérdida en una cuenta de resultados negativos para su saneamiento posterior.
- c. Reposición de las pérdidas por el empresario.

Por su parte, Giulio Ghetti señala: **“Lo que se refiere a la gestión de empresa como actividad institucional del ente, el problema de subrogabilidad de procedimientos privativos a lo procedimientos públicos, parece poner en términos mucho mas simples de cuanto sucede para las hipótesis tradicionales examinadas por la doctrina, sea por el hecho que en estas se está frente a actividades no organizadas en forma empresarial, ni desarrolladas profesional y continuadamente por la administración y por el fin específico que el ente debe perseguir.”**³⁶

³⁶ Ghetti, Giulio, Curso de derecho público, notas sobre los limites generales a la actividad de las empresas públicas, Italia, 1994.

4.9 Tipos de empresas de conformidad con la doctrina ecuatoriana:

Empresa de parque industrial: Aquella cuyo objeto especial es la promoción, construcción, explotación y operación de un parque industrial³⁷.

Empresa estatal: La perteneciente al Estado³⁸.

Empresa extranjera: Aquella cuyo capital perteneciente a inversionistas nacionales es inferior al cincuenta y uno por ciento, o cuando, siendo superior, a juicio del organismo nacional competente, ese porcentaje no se refleje en la dirección financiera, administrativa o comercial de la empresa³⁹.

Empresa filial: Organización o establecimiento mercantil industrial o financiero que, gozando de autonomía en un país, forma parte de una entidad superior situada en otro, de la cual constituye una especie de concesionaria⁴⁰.

Empresa industrial: Aquella que se dedica a actividades de transformación, inclusive en la forma, de materias primas o de productos semielaborados, en los finales o intermedios, siempre que, por sus características, no puedan ser calificados como propios de la actividad artesanal⁴¹.

³⁷ www.dlh.lahora.com.ec/paginas/judicial/PAGINAS/Diccionario.

³⁸ www.dlh.lahora.com.ec/paginas/judicial/PAGINAS/Diccionario.

³⁹ www.dlh.lahora.com.ec/paginas/judicial/PAGINAS/Diccionario.

⁴⁰ www.dlh.lahora.com.ec/paginas/judicial/PAGINAS/Diccionario.

⁴¹ www.dlh.lahora.com.ec/paginas/judicial/PAGINAS/Diccionario.

Empresa mercantil: Organización lucrativa de personal, capital y trabajo, con una unidad de nombre y permanencia en la actividad y finalidad definida⁴².

Empresa pública: Concepto genérico con el que se pretende aludir a todo tipo de organizaciones de este carácter (público) que actúan en el campo de la producción de bienes y servicios de modo semejante a como lo hacen las empresas de titularidad privada. Es un concepto de escaso valor jurídico, pues se refiere a numerosos tipos de organizaciones que, desde el punto de vista jurídico, son muy diversas: sociedades de capital establecidas y reglamentadas por la ley, propiedad total de las administraciones públicas (del Estado, comunidades o corporaciones locales), y cuyo personal de dirección se designa por decisión de la autoridad; sociedades de capital privado cuando se considera que están controladas por las autoridades públicas; instituciones creadas bajo una forma de personificación pública, pero que por disposición de ley han de sujetar su actuación al derecho privado⁴³.

Empresa pública municipal: Entidad creada por ordenanza, con personería jurídica, administrativa, patrimonial y autónoma, que opera sobre bases comerciales y cuyo objetivo es la prestación de un servicio público por el cual se cobra una tasa o precio y las correspondientes contribuciones⁴⁴.

⁴² www.dlh.lahora.com.ec/paginas/judicial/PAGINAS/Diccionario.

⁴³ www.dlh.lahora.com.ec/paginas/judicial/PAGINAS/Diccionario.

⁴⁴ www.dlh.lahora.com.ec/paginas/judicial/PAGINAS/Diccionario.

4.10 Diversos tipos de empresas de conformidad con la doctrina mexicana.

Empresas de abastecimiento y suministros:

Es la empresa que tiene por objeto proporcionar a sus clientes, en épocas generalmente periódicas, determinadas cosas o servicios, mediante el precio y en las cantidades y demás condiciones de antemano convenidas. Como ejemplos muy conocidos de este género de empresas, son las que tienen por objeto suministrar a sus clientes energía eléctrica, las de servicios fúnebres y las que se organizan para proveer de víveres o vestuario a la tropa.

La empresa de suministros, ofrece una gran analogía con estas operaciones (la compra para revender); existe en ambos casos el propósito de especular con la diferencia entre el precio de compra y el de reventa. Lo que hay de particular en la empresa de suministros, es que en ella se promete entregar lo que todavía no se ha comprado, la operación se inicia por la venta, que, en principio, no es comercial sino cuando viene precedida de una compra.

Empresas de construcciones y trabajos públicos y privados:

Estas empresas tienen por objeto la construcción, demolición o transformación de algún inmueble, como la construcción de edificios, puentes, carreteras, canales, drenajes y pavimentos.

Empresas de fábricas y manufacturas:

Así se denominan las que tienen por objeto transformar la materia prima o la ya trabajada, a fin de ponerla en aptitud de satisfacer las necesidades del consumo.

Independientemente de todo patrón, se encarga de un trabajo que un consumidor le confía. ¿Qué decidir acerca de la naturaleza de sus actos?, es ésta una materia delicada por las múltiples formas y matices que suele presentar la actividad del artesano, lo que hace difícil establecer reglas absolutas que sirvan para resolver todos los casos dudosos que ocurren en la práctica.

Empresas de transportes de personas o cosas, por tierra o por agua, y empresas de turismo

Se entiende por éstas, las empresas que se organizan con el fin de transportar de un lugar a otro, por tierra, por agua, por aire y usando cualquier medio de locomoción, a personas o mercaderías de toda especie.

En los comercios primitivos, el mismo comerciante es quien asume el cargo de hacer que lleguen las mercancías vendidas al punto de su destino. En sí, reúne la doble calidad de vendedor y de porteador. Mas con la división técnica del trabajo, la industria de los transportes constituye una especulación autónoma. El comerciante atiende al propio y verdadero cambio, de la transacción jurídica de la propiedad y de la posesión de las mercaderías enajenadas; en tanto que el empresario de transportes toma a su cargo y responsabilidad de conducir las de un lugar a otro. Entre el industrial que transforma la materia para que pueda venderse, y el porteador que transporta el

producto manufacturado, se coloca el comerciante que dirige aquel producto al lugar de su consumo.

Empresas editoriales y tipográficas:

Por lo que toca a las empresas editoriales, su objeto es publicar y difundir las producciones del espíritu, consistiendo el principal medio de que para ello se valen, en la adquisición de los derechos exclusivos que sobre tales producciones tienen sus autores. Esa adquisición la realiza la empresa mediante un convenio que se celebra con el autor de la obra literaria, científica o artística. El convenio para este efecto se denomina contrato de edición.

El contrato de edición no es venta, ni especial ni ordinaria, y debe evitarse por lo mismo, hablar aquí de cosa vendida, de comprador y vendedor para no dar lugar a confusiones de ideas. Si el contrato de edición fuera una venta, el autor se desprendería en beneficio del editor, por la fuerza misma del contrato, de todos sus derechos relativos a la explotación de su obra. Y por otra parte, el editor como dueño absoluto ya de todos esos derechos, quedaría completamente libre para publicar o no la obra, una vez satisfecha su obligación de pagar el precio. Ahora bien, en cuanto a lo primero, el contrato de edición no significa por sí solo la cesión absoluta de los derechos del autor, pues bien puede limitar (y así acontece casi siempre) el número de ediciones que el editor puede hacer. Más todavía, en el silencio de las partes acerca de este punto, debe presumirse que han limitado a una sola edición los efectos de su convenio. En cualquiera de estos casos, agotada la edición o ediciones amparadas por el contrato, el autor o sus causahabientes recobran todos sus derechos para explotar su obra. En

cuanto a lo segundo, el editor no es libre para publicar o no la obra, pues el contrato le impone la obligación de hacerlo.

Empresas de espectáculos públicos

Entendemos por tales todas las que tienen por objeto distraer o divertir al público, a cambio de alguna remuneración, mediante espectáculos de cualquiera especie, como son por ejemplo, las empresas destinadas a representaciones teatrales, las empresas de corridas de toros, las de cinematógrafos, circos, casinos, salones de baile, de conciertos y de tiro. En ellas el empresario pretende especular con el talento de los artistas, con la destreza de las personas de que se sirve para agradar al público, con el trabajo material de los operarios, con el uso de máquinas o aparatos, de decoraciones escénicas y trajes de actores.

4.11 Empresario:

Algunos autores señalan que el empresario es un trabajador (persona física de carne y hueso), que adquiere derechos y contrae obligaciones. Por ejemplo, el señor Pedro Núñez que ejerce el oficio de zapatero, o la señora María Ruiz, que teje chumpas en su casa; es decir los pequeños talleres, que el empresario es al mismo tiempo el capitalista o dueño de los instrumentos de la producción, es quién arriesga su dinero en una empresa.

Empresario que personifica al director general, subdirectores o gerentes, que tienen la función y responsabilidad de decidir al ¿qué?, ¿cómo?, ¿para quién? y ¿por qué? producir.

En conclusión el empresario, es la persona o grupo de personas que dan respuesta al ¿qué?, ¿cómo?, ¿para quién? y ¿por qué? producir en la empresa.

En economía el empresario es una persona que:

- Asume el papel de combinar los factores de la producción para producir bienes y servicios.
- Es responsable de la toma de decisiones.
- Acepta el riesgo (no hay garantía alguna de que las decisiones resulten correctas).
- Es un innovador, introduce nuevos productos, nueva tecnología y nuevas formas de organizar los negocios.

La habilidad del empresario ayuda a determinar el dinamismo y desarrollo de la economía.

4.12 Ventajas y desventajas de la empresa Individual:

Ventajas	Desventajas
<ul style="list-style-type: none">• La constitución de la empresa no está sujeta a documentación legal.• No tienen que dividir los beneficios con nadie.	<ul style="list-style-type: none">• La responsabilidad del propietario es única e ilimitada por lo que deberá responder por la totalidad de las deudas contraídas por la empresa con todo lo que posee, incluidos su

<ul style="list-style-type: none"> • Tienen entera libertad para decidir. • Pueden responder sin demora las oportunidades a medida que se presentan. 	<p>vivienda y otros bienes.</p> <ul style="list-style-type: none"> • Dispone de menor capital que otras empresas mercantiles, ya que sólo una persona es la que aporta. • Tiene dificultades en la obtención de financiamiento a largo plazo. • La empresa depende de una sola persona, por tanto es menos estable.
--	--

4.13 Nombre comercial:

El nombre es por esencia una palabra o conjunto de palabras con el cual se designa a la negociación o al local en que está establecida (establecimiento). El emblema es la representación plástica de la negociación cuya manifestación tangible en el exterior del establecimiento constituye la muestra; ejemplo: Panadería la Holandesa (tiene una mujer con el traje regional de Holanda caricaturizada, que la hace reconocible para sus compradores).

El nombre comercial suele ser el nombre del comerciante, con el cual se identifica el nombre de la negociación con el rótulo o emblema del establecimiento.

El derecho al nombre de la negociación o empresa se adquiere por el simple uso. Pero si la usurpación o imitación del nombre se hiciera dolosamente, se incurre responsabilidad sancionable.

CAPITULO V

5. Marco Metodológico:

5.1 Sistema en que serán medidos los cuestionarios:

Para pulir el marco metodológico, el método de la obra es múltiple y complejo, en razón a la materia, a sus objetivos y a los destinatarios de la misma. Así el **sistema inductivo**, donde se encontrarán conjeturas y propiedades particulares e individuales. Al enfocarlo desde este punto de vista particular, se pueden obtener razonamientos generalizados con relación a la precariedad institucional de la personalidad del comerciante de la empresa mercantil; y en **el sistema deductivo** se tomarán en cuenta aspectos generales del tema de investigación, para luego sintetizarse en aspectos individuales y particulares. De la investigación de la realidad sociológica a la que el Derecho tiene que servir, incluimos al **método histórico**, dado que nada en la sociedad sucede por generación espontánea y, queramos o no, somos y estamos en el ritmo de la historia, sin olvidar a la vez la especialidad de la materia jurídica, que son relaciones humanas e instituciones sociales que giran en torno a los principios de la igualdad y la libertad esencial del hombre que requieren su propio **método normativo** constituido al servicio de finalidades prácticas. Asimismo desarrollamos al **método analítico** que permite el uso separado del conocimiento en cuanto a regularización legal, establecido por la práctica, la doctrina respecto de la empresa mercantil y la institución de la personalidad jurídica, las leyes especiales en el Derecho Comparado. Cada uno de los conocimientos coadyuvarán a la creación de la investigación.

5.2 Objetivos: General y Específico

El objetivo general y principal de la investigación es: Demostrar la necesidad de reconceptualizar institucionalmente a la empresa mercantil como persona jurídica en el marco del derecho positivo, para dar mayor seguridad jurídica en las relaciones de tipo comercial.

Los objetivos específicos de la investigación son: A) “Evidenciar la confiabilidad en el comerciante, a través de la personalidad jurídica de la empresa mercantil.” B) “Evidenciar la institucionalización de la personalidad jurídica de la empresa mercantil, ya que es indispensable para el mejor desarrollo del tráfico mercantil, para así reforzar y generar la seguridad y confianza en los usuarios.” C) “Evidenciar la carencia de la seguridad jurídica en el ámbito mercantil, algo que necesita superarse y dar como resultado una nueva normativa que conlleve a un nuevo y mejor ordenamiento jurídico.”

5.3 Población:

La población encuestada la constituyen estudiantes del noveno semestre de la jornada vespertina de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de San Carlos de Guatemala, escogidos al azar por las siguientes razones: a) Tienen perfil idóneo, b) Mantienen buena disciplina inherente al proceso de enseñanza – aprendizaje, c) Mezclan su actividad estudiantil y algunas tareas conexas a su carrera, d) La jornada les permite participar en las actividades inherentes a su condición estudiantil: gremial, laboral e investigativa.

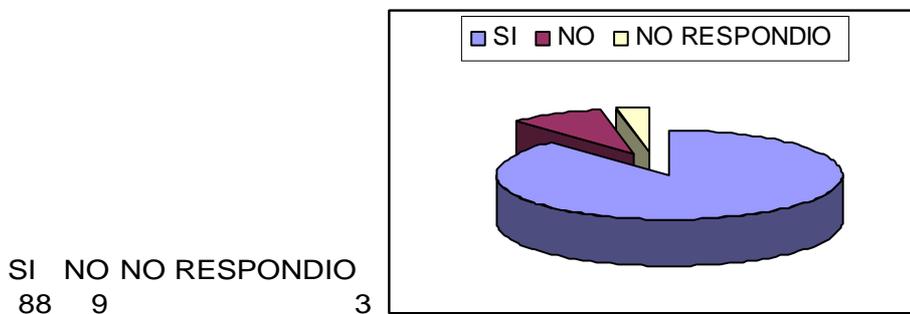
CAPITULO VI

6. Marco Operativo:

6.1 Presentación de datos derivados de la investigación:

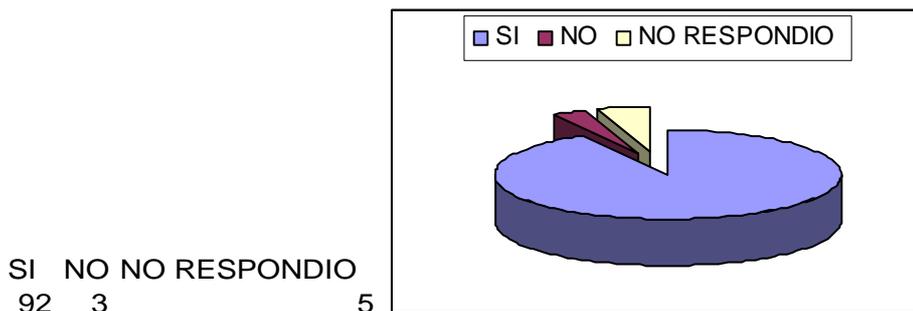
Datos recopilados de los estudiantes del noveno semestre de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de San Carlos de Guatemala, salones 102 y 103, el día veintiséis de mayo del año dos mil cinco con la colaboración de la Doctora Gladis Monterroso catedrática de derecho financiero.

1. ¿Sabe usted que conforme el código de comercio la empresa mercantil es un bien mueble?



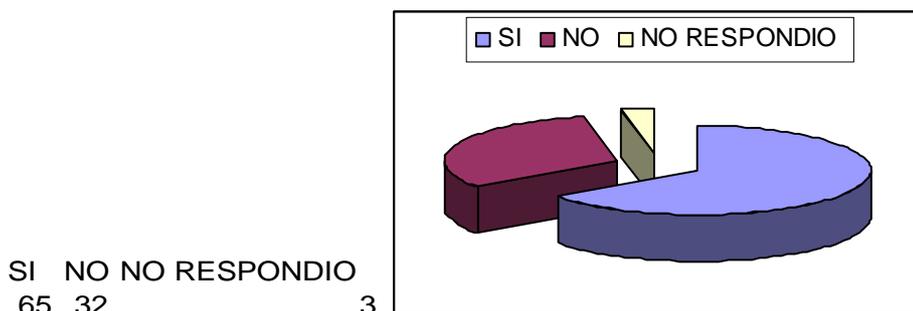
El 88% de los estudiantes encuestados respondieron a la pregunta que sí tienen conocimiento que de conformidad con el código de comercio la empresa mercantil es un bien mueble y el 9% no tenía conocimiento. El 3% no respondió.

2. ¿Sabe usted que de conformidad con el código de comercio, los elementos de la empresa son: El establecimiento, la clientela o fama mercantil, el nombre comercial y los demás signos distintivos de la empresa mercantil, el inmobiliario y equipo, las mercaderías, los créditos, los contratos de trabajo y arrendamiento?



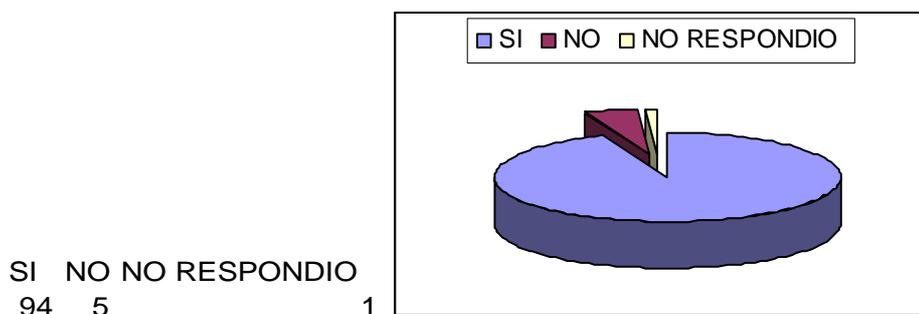
El 92% de los estudiantes encuestados si tienen conocimiento de los elementos de la empresa mercantil, mientras el 3% no tenía conocimiento, y el 5% no respondió.

3. ¿Sabe usted que conforme la legislación mercantil guatemalteca, los elementos de la empresa mercantil son similares a los del comerciante y de la sociedad mercantil?



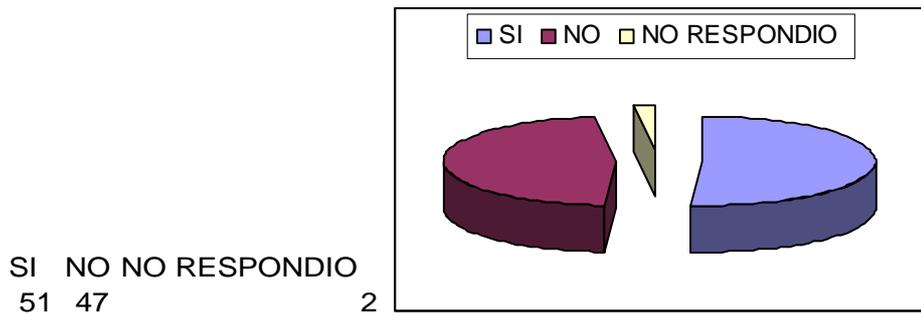
El 65% de los estudiantes encuestados si tienen conocimiento que conforme la legislación mercantil guatemalteca, los elementos de la empresa mercantil son similares a los del comerciante y de la sociedad mercantil, mientras que el 32% no tenía conocimiento y un 3% no respondió.

4. ¿Sabe usted que conforme la legislación guatemalteca, todo bien mueble es una cosa que puede ser objeto de apropiación?



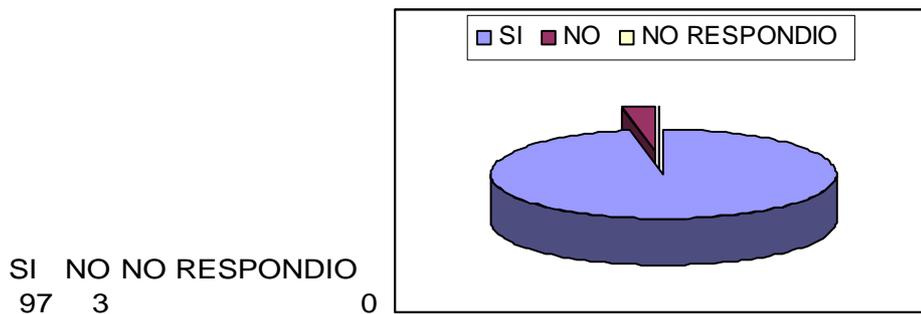
El 94% de los estudiantes encuestados respondieron que si tenían conocimiento que conforme la legislación guatemalteca, todo bien mueble es una cosa que puede ser objeto de apropiación, mientras el 5% no tenía conocimiento, y un 1% no respondió.

5. ¿Sabe usted que conforme el código de comercio la empresa mercantil, como MUEBLE no es sujeto de la relación jurídica procesal ni es sujeto de demandas ante el organismo judicial y otras autoridades del Estado?



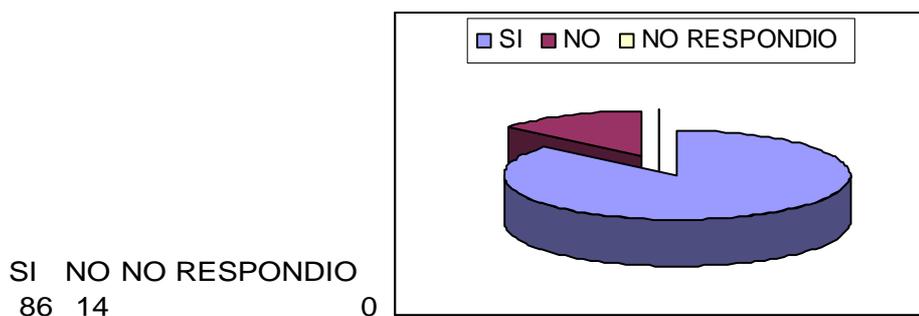
El 51 % de los estudiantes encuestados respondieron que si tenían conocimiento que conforme el código de comercio la empresa mercantil, como MUEBLE no es sujeto de la relación jurídica procesal ni es sujeto de demanda ante el organismo judicial y otras autoridades del estado, mientras el 47% no tenía conocimiento y el 2% no respondió.

6. ¿Sabe usted que conforme la legislación guatemalteca, la personalidad de la sociedad mercantil le confiere a ésta su capacidad para ser comerciante, y sujeto para obligarse y adquirir derechos?



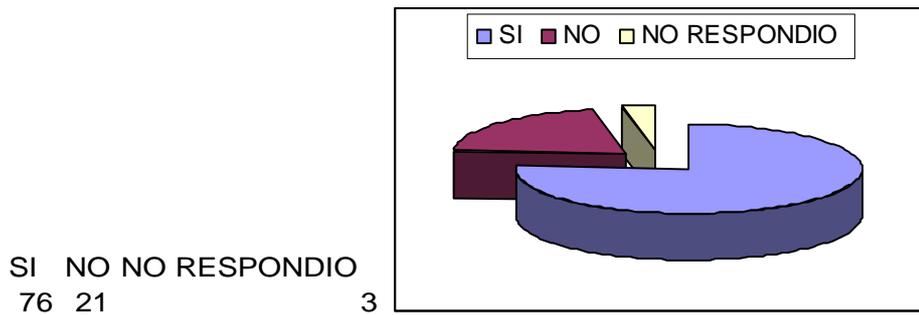
El 97 % de los estudiantes encuestados respondieron que si tenían conocimiento que conforme la legislación guatemalteca, la personalidad de la sociedad mercantil le confiere a ésta su capacidad para ser comerciante, y sujeto para obligarse y adquirir derechos, mientras un 3% no tenía conocimiento.

7. ¿Sabe usted que el comerciante se anuncia y contrata, generalmente mediante el nombre de su empresa?



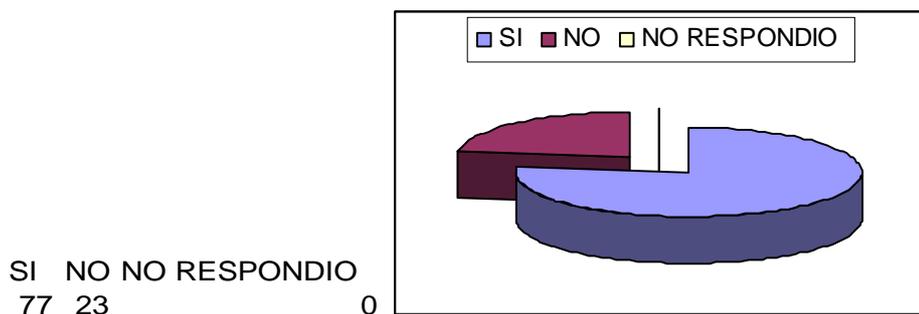
El 86% de los estudiantes encuestados si tienen conocimiento, que el comerciante se anuncia y contrata, generalmente mediante el nombre de su empresa, mientras el 14% no tenía conocimiento.

8. ¿Considera usted que sea necesario y conveniente, para salvaguardar los derechos y obligaciones de las partes contratantes, que la empresa mercantil sea también sujeto de derecho y obligaciones; y como tal pueda ser demandante y demandada ante el organismo judicial y otras autoridades del Estado?



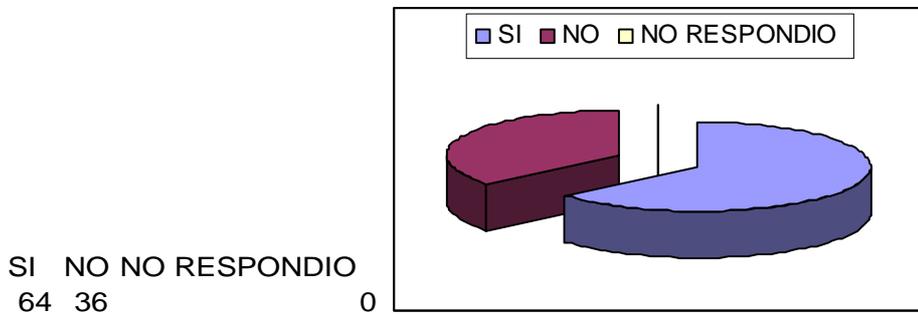
El 76% de los estudiantes encuestados consideraron que es necesario y conveniente, para salvaguardar los derechos y obligaciones de las partes contratantes, que la empresa mercantil sea también sujeto de derecho y obligaciones; y como tal sea demandante y demandada ante el organismo judicial y otras autoridades del Estado. El 21% de los estudiantes encuestados no están de acuerdo, y un 3% no respondió.

9. ¿Considera usted que la empresa mercantil debe considerarse como persona jurídica generadora de derechos y obligaciones?



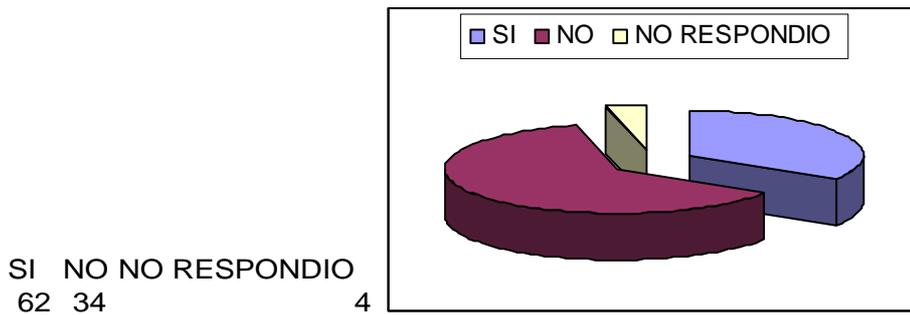
El 77% de los estudiantes encuestados consideran que a la empresa mercantil se le debe considerar como persona jurídica generadora de derechos y obligaciones, mientras que el 23% esta de acuerdo en que a la empresa mercantil no se le debe considerar como generadora de derechos y obligaciones.

10. ¿Sabe usted que conforme la legislación guatemalteca, los bienes muebles carecen de personalidad jurídica?



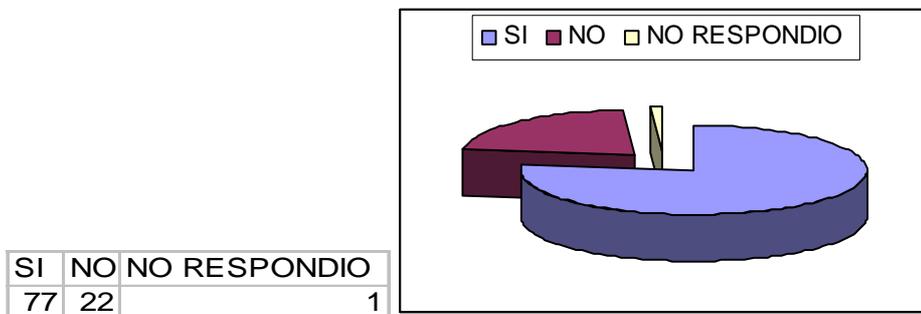
El 64 % de los estudiantes encuestados respondieron que sí tienen conocimiento que de conformidad con la legislación guatemalteca, los bienes muebles carecen de personalidad jurídica, mientras el 36% de los estudiantes encuestados ignoraba esta situación.

11. ¿Considera usted que en el sistema legal guatemalteco y especialmente en la legislación mercantil, debe derogarse toda disposición que la considere bien mueble a la empresa mercantil?



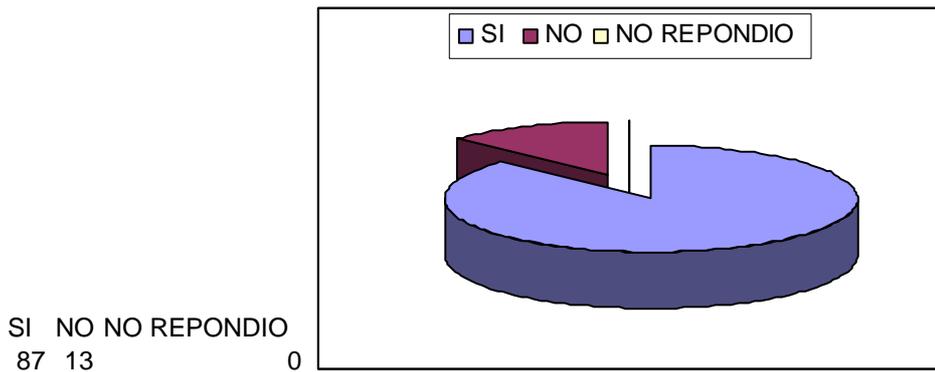
El 62% de los estudiantes encuestados considera que en el sistema legal guatemalteco y especialmente en la legislación mercantil, debe derogarse toda disposición que la considere como bien mueble a la empresa mercantil, mientras el 34% de los estudiantes piensan que no debe de derogarse toda disposición El 4% no respondió la pregunta planteada.

12. ¿Sabe usted que la empresa mercantil es la que generalmente se simboliza en los rótulos y anuncios comerciales?



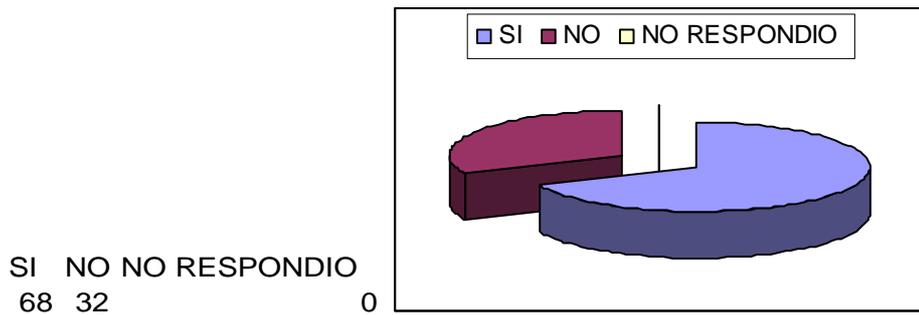
El 77% de los estudiantes encuestados saben que la empresa mercantil es la que generalmente se simboliza en los rótulos y anuncios comerciales, mientras que el 22% de los estudiantes encuestados ignoraban esa situación y un 1% no respondió.

13. ¿Sabe usted que la razón social de una sociedad consiste en la: Denominación de la sociedad con responsabilidad de los socios de acuerdo al tipo de sociedad que se adquiriera, en el caso de la sociedad anónima, indica el grado de responsabilidad que tiene y la naturaleza de esta?



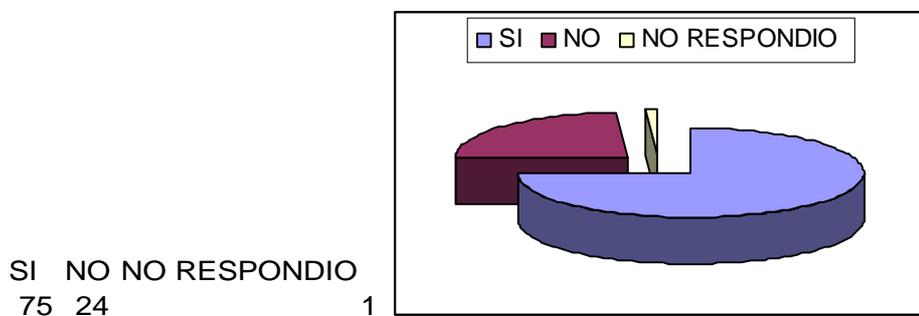
El 87% de los estudiantes encuestados saben que la razón social de una sociedad consiste en: Denominación de la sociedad con responsabilidad de los socios de acuerdo al tipo de sociedad que se adquiriera, en este caso sería sociedad anónima, que indica la naturaleza del ente asignado, mientras que el 13% de los estudiantes encuestados ignoraban esta situación.

14. ¿Sabe usted que generalmente las personas que contratan con las empresas mercantiles desconocen su razón social, es decir, la que le atribuye personalidad jurídica?



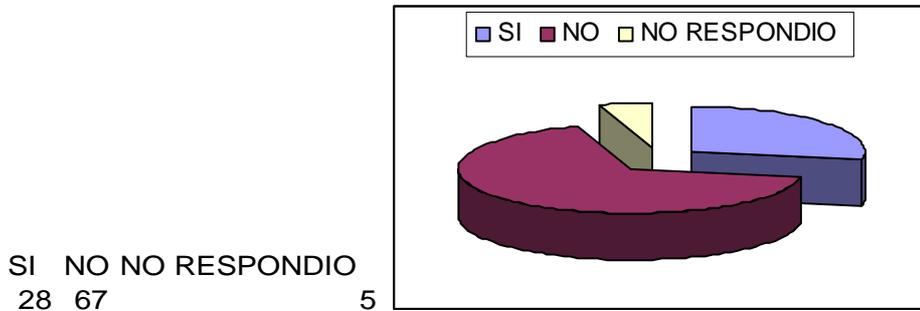
El 68% de los estudiantes encuestados saben que generalmente las personas que contratan con las empresas mercantiles desconocen su razón social, es decir; lo que le atribuye personalidad jurídica. El 32% de los estudiantes encuestados ignoraban esta situación.

15. ¿Sabe usted que generalmente las empresas contratan y se anuncian sin referir su razón social?



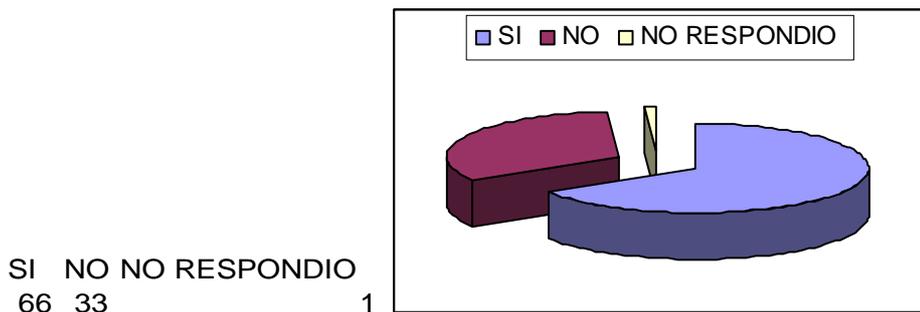
El 75% de los estudiantes encuestados saben que generalmente las empresas, contratan y se anuncian sin referir su razón social, mientras el 24% de los estudiantes encuestados ignoraban esta situación y un 1% no respondió.

16. ¿Sabe usted que conforme la legislación guatemalteca la empresa mercantil carece de representante legal?



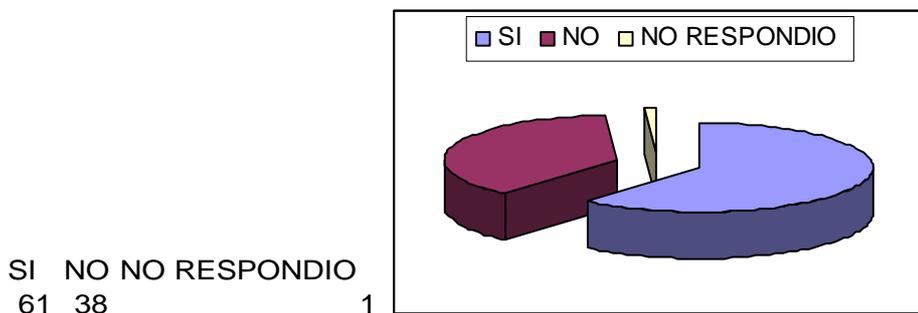
El 28% de los estudiantes encuestados saben que conforme la legislación guatemalteca la empresa mercantil carece de representante legal, mientras el 67% de los estudiantes encuestados ignoraban esta situación y un 5% no respondió la pregunta planteada.

17. ¿Considera usted necesario y conveniente reformar la legislación mercantil guatemalteca, en el sentido de que la empresa mercantil sea considerada persona jurídica y tenga representante legal?



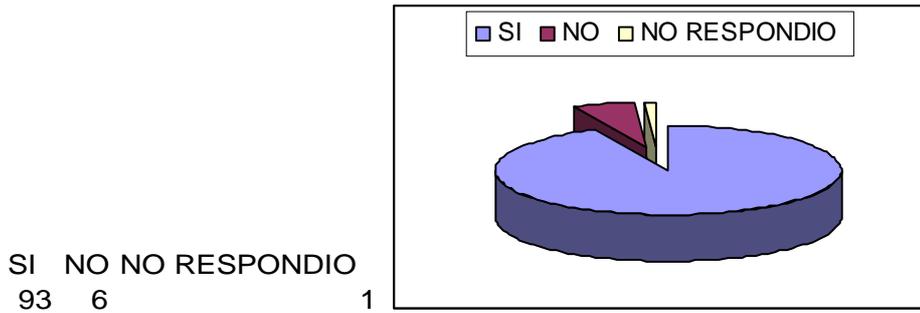
El 66% de los estudiantes encuestados consideran necesario y conveniente reformar la legislación mercantil guatemalteca, en el sentido de que la empresa mercantil sea considerada persona jurídica y tenga representante legal. El 33% de los estudiantes encuestados consideran que no es conveniente reformar la normativa jurídica respecto a la representación legal de la empresa mercantil así como constituir la como persona jurídica y un 1% no respondió la pregunta planteada.

18. ¿Considera usted que la empresa mercantil por carecer de personalidad jurídica ofrece inseguridad en las contrataciones y en los negocios que realiza dentro del comercio y en el tráfico mercantil?



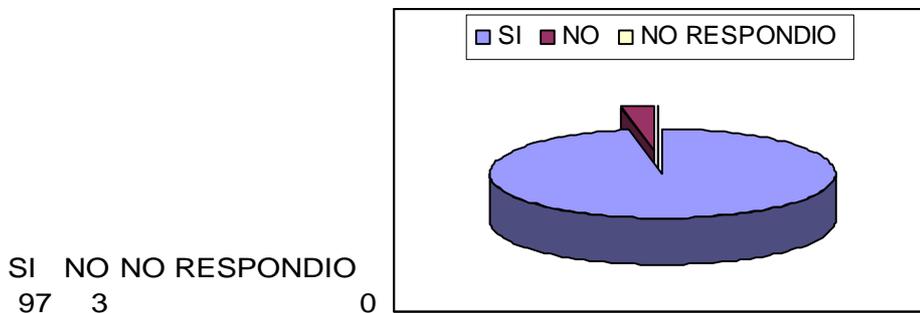
El 61% de los estudiantes encuestados consideran que la empresa mercantil por carecer de personalidad jurídica ofrece inseguridad en las contrataciones y en los negocios que realiza dentro del comercio y en el tráfico mercantil. El 38% de los estudiantes encuestados consideran que la carencia de personalidad jurídica de la empresa mercantil no crea inseguridad jurídica dentro del tráfico mercantil y un 1% no respondió.

19. ¿Sabe usted que conforme a la legislación guatemalteca la personalidad jurídica conlleva capacidad de la persona y su aptitud para poseer derechos y contraer obligaciones?



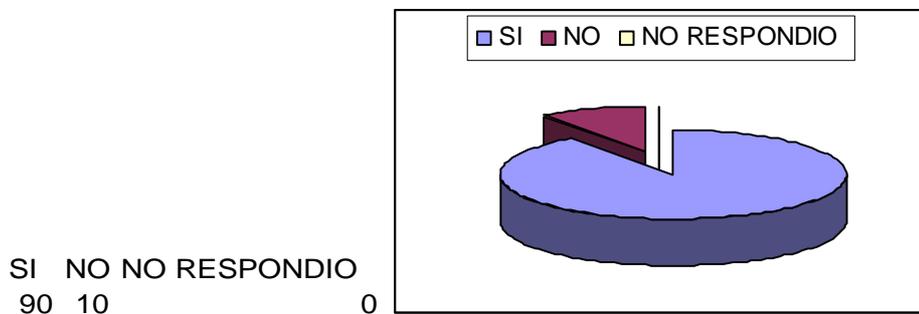
El 93% de los estudiantes encuestados saben que conforme a la legislación guatemalteca la personalidad jurídica conlleva capacidad de la persona y su aptitud para ser sujeto de derechos y contraer obligaciones, mientras que un 6% de los estudiantes encuestados no tenían conocimiento de la pregunta planteada y un 1% no respondió.

20. ¿Sabe usted que persona es todo ente capaz de tener derechos y contraer obligaciones?



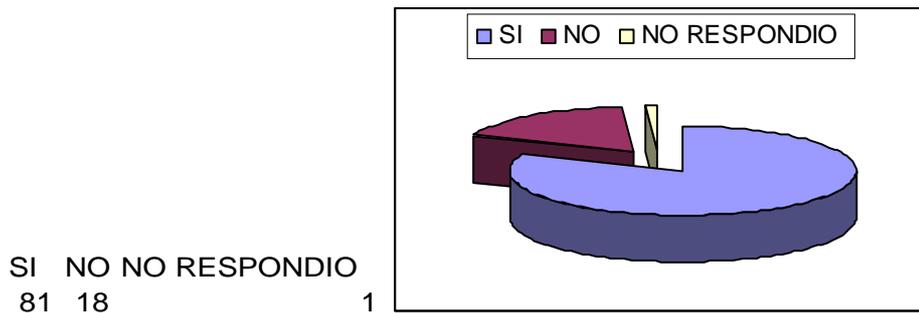
El 97% de los estudiantes encuestados saben que persona es todo ente capaz de tener derechos y contraer obligaciones, mientras un 3% de los estudiantes encuestados lo ignoraban.

21. ¿Sabe usted que conforme a la legislación guatemalteca la personalidad de la persona consiste en la investidura que otorga la ley a toda persona para adquirir derechos y contraer obligaciones?



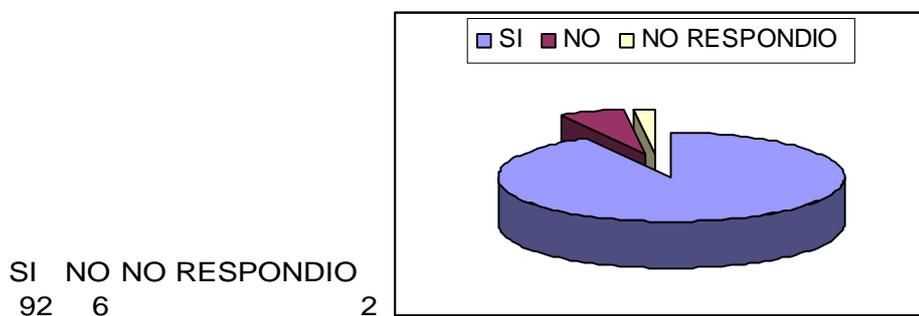
El 90% de los estudiantes encuestados saben que conforme la legislación guatemalteca la personalidad jurídica consiste en la investidura que otorga la ley para adquirir derechos y contraer obligaciones, mientras el 10% de los estudiantes encuestados ignoran esta situación.

22. ¿Sabe usted que la misión del comerciante y de la empresa consiste en generar seguridad y confianza en las negociaciones que realiza?



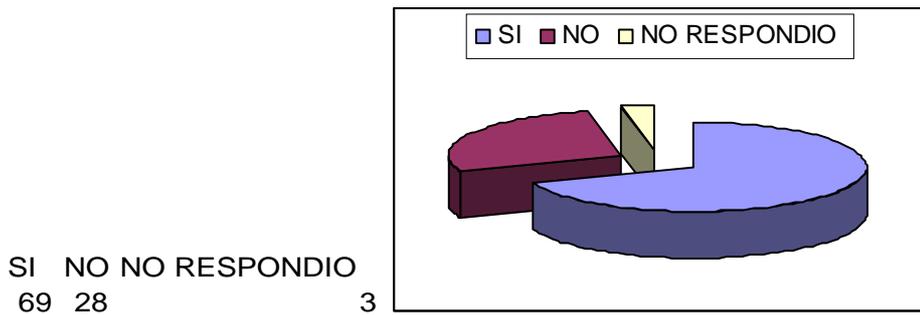
El 81% de los estudiantes encuestados saben que la misión del comerciante y de la empresa consiste en generar seguridad y confianza en las negociaciones que realiza. El 18% de los estudiantes encuestados ignoran esta situación.

23. ¿Considera usted que la empresa mercantil debe generar confianza en el tráfico mercantil?



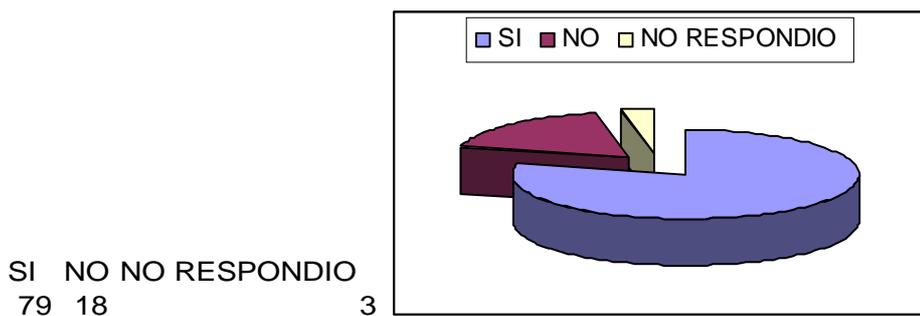
El 92% de los estudiantes encuestados saben que la empresa mercantil debe generar confianza en el tráfico mercantil. El 6% de los estudiantes encuestados ignoraban que la empresa mercantil debe generar confianza y un 2% no respondió.

24. ¿Considera usted conveniente replantear la naturaleza jurídica de la empresa mercantil en el sentido de dotarla de personalidad jurídica?



El 69% de los estudiantes encuestados consideran conveniente replantear la naturaleza jurídica de la empresa mercantil en el sentido de dotarla de personalidad jurídica. El 28% de los estudiantes encuestados no consideran conveniente replantear la naturaleza jurídica de la empresa mercantil, ya que a su criterio esta bien planteada la normativa jurídica y un 3% no respondió.

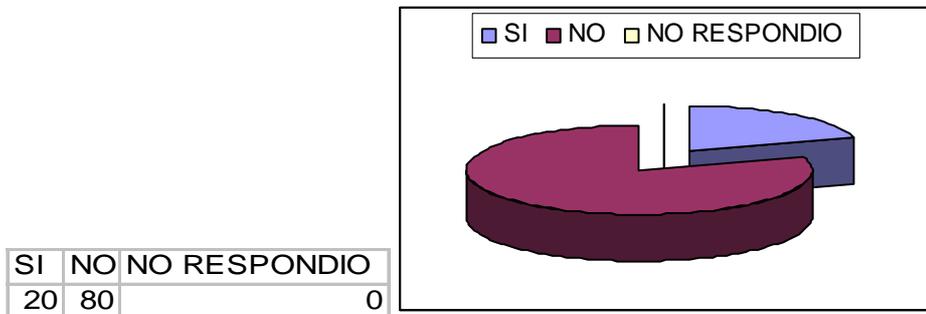
25. ¿Cree usted conveniente que la empresa mercantil realice operaciones de carácter mercantil de manera habitual y profesional, con ánimo de lucro y exteriorización y posea libre disposición de sus bienes?



El 79% de los estudiantes encuestados consideran conveniente que la empresa mercantil realice operaciones de carácter mercantil de manera habitual y profesional, con ánimo de lucro y exteriorización, y posea libre disposición de sus bienes. El 18%

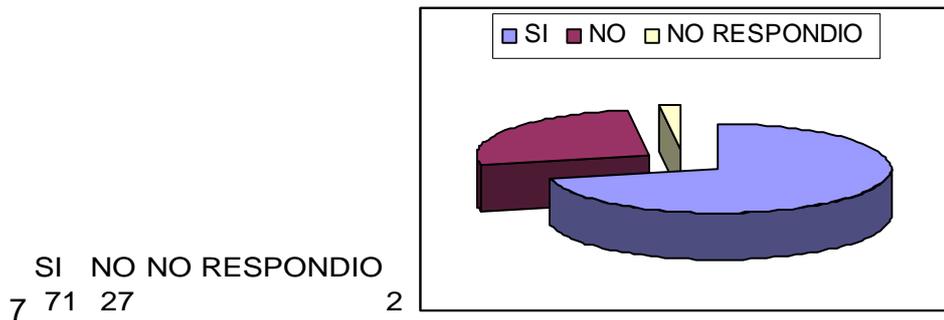
de los estudiantes encuestados, no considera conveniente que la empresa mercantil realice operaciones de carácter mercantil de manera habitual y profesional, con ánimo de lucro y exteriorización, mientras que un 3% de los estudiantes encuestados no respondió.

26. ¿Sabe usted que en el derecho extranjero, específicamente en países como Francia, Perú y Chile ya hay pronunciamientos idóneos para dotar a la empresa mercantil de personalidad jurídica?



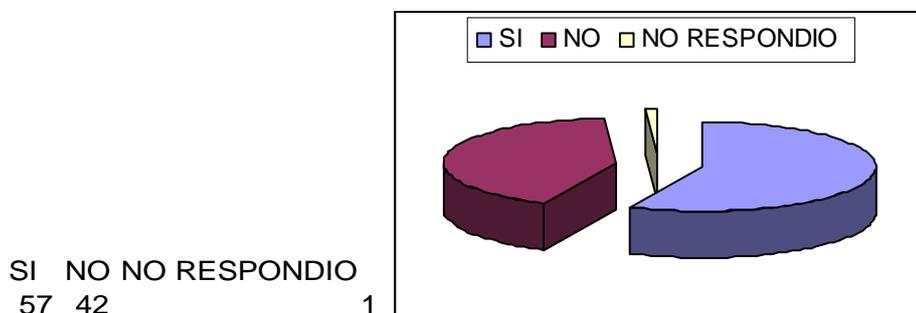
El 20% de los estudiantes encuestados saben que en el derecho extranjero, específicamente en países como FRANCIA, PERU y CHILE ya hay pronunciamientos idóneos para dotar a la empresa mercantil de personalidad jurídica, mientras que el 80% de los estudiantes encuestados ignoraban tales pronunciamientos.

27. ¿Sabe usted que los proveedores, acreedores y público en general al perder la confianza en la empresa mercantil pueden generar su quiebra?



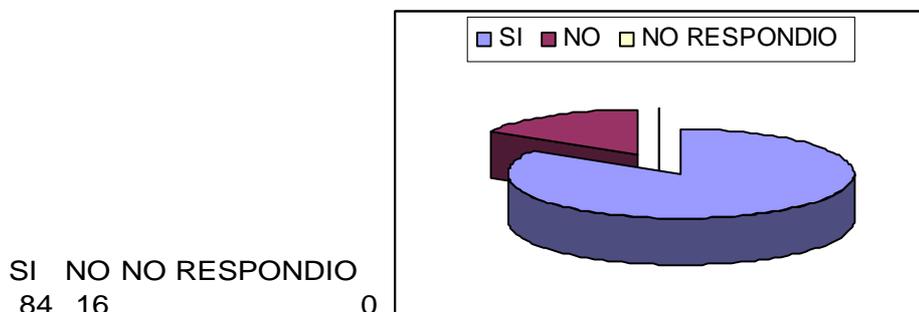
El 71% de los estudiantes encuestados saben que los proveedores, acreedores y público en general al perder la confianza en la empresa mercantil puede generar su quiebra, mientras el 27% de los estudiantes encuestados ignoraban esta realidad, mientras un 2% no respondió.

28. ¿Cree usted conveniente y necesario que la empresa mercantil, con personalidad jurídica, sea sujeto de la quiebra mercantil?



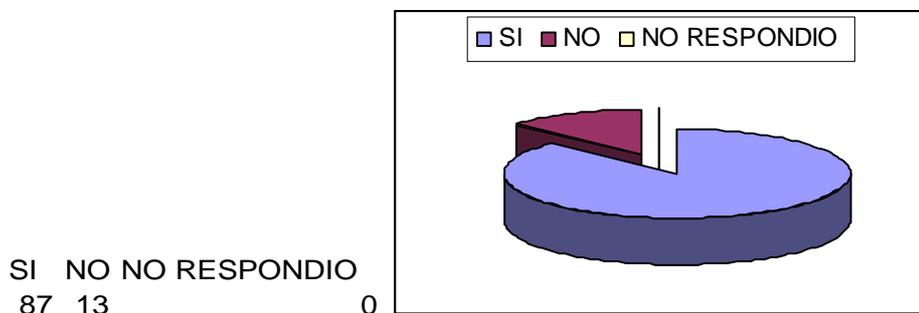
El 57% de los estudiantes encuestados creen conveniente y necesario que la empresa mercantil, con personalidad jurídica, sea sujeto de la quiebra mercantil, mientras que el 42% de los estudiantes encuestados no lo creen conveniente, y un 1% no respondió.

29. ¿Considera usted conveniente que la empresa mercantil tenga responsabilidad jurídica dentro del comercio?



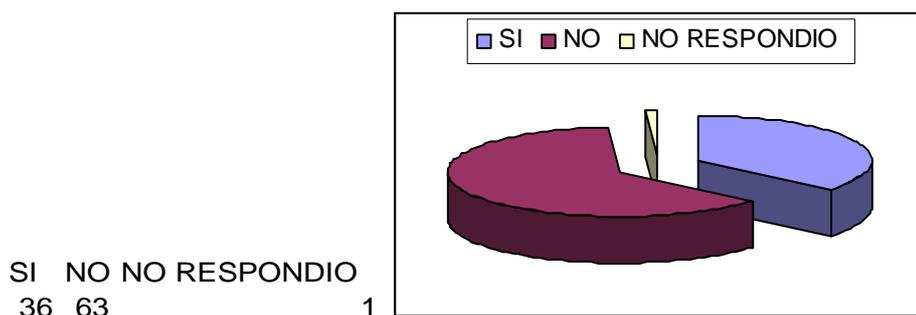
El 84% de los estudiantes encuestados consideran conveniente que la empresa mercantil tenga responsabilidad jurídica dentro del comercio, mientras el 16% de los estudiantes encuestados no lo consideran conveniente.

30 Sabe usted que conforme la legislación guatemalteca la personalidad jurídica de toda persona genera como derechos y obligaciones: Derecho de propiedad, de realizar operaciones de carácter mercantil, así como para contratar y ser contratado, domicilio y ser responsable penalmente por las omisiones o acciones cometidas por éstos?



El 87% de los estudiantes encuestados saben que conforme la legislación guatemalteca la personalidad jurídica de toda persona genera los siguientes derechos y obligaciones: Derecho de propiedad, de realizar operaciones de carácter mercantil, así como para contratar y ser contratado, domicilio y ser responsable penalmente por las omisiones o acciones cometidas por estos. El 13% de los estudiantes encuestados ignoraba los derechos enumerados.

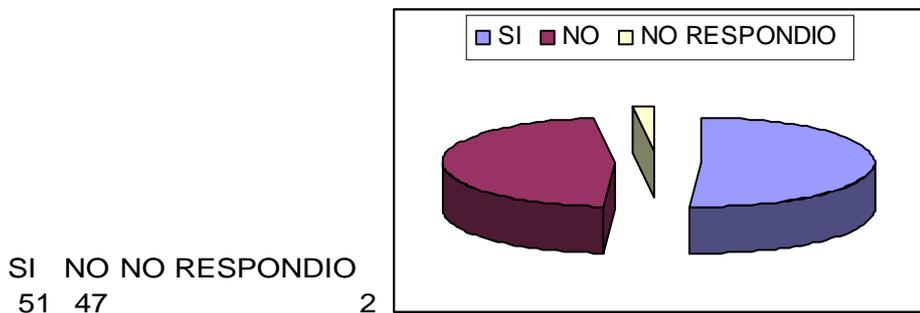
31. ¿Sabe usted de las teorías jurídicas inherentes a la empresa mercantil: la de la personalidad jurídica, la teoría atomista, la teoría de universalidad y la teoría de la cosa mueble?



El 36% de los estudiantes encuestados tienen conocimiento de las distintas teorías jurídicas inherentes a la empresa mercantil: la de personalidad jurídica, la teoría atomista, la teoría de universalidad y la teoría de la cosa mueble. Mientras el 63% de los estudiantes encuestados ignoraba estas teorías y un 1% no respondió.

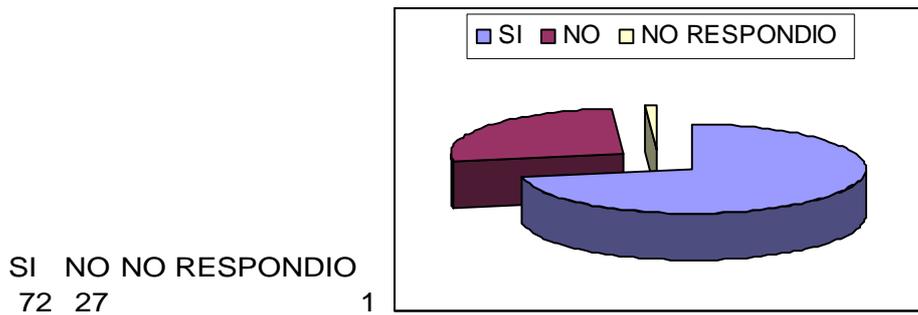
32. ¿Sabe usted qué: “La teoría de la personalidad jurídica inherente al derecho mercantil”, indica que la empresa no es un simple conjunto de medios de producción inherentes a la fusión de los elementos aislados, ya que

correspondería una completa independencia jurídica, que al fusionarse todas esas cosas forman en si un sujeto independiente de los elementos que lo forman. Que es el negocio como tal y no el comerciante el que determina la inclinación de terceros para entrar en relación con él. Que el negocio es el verdadero portador del crédito?



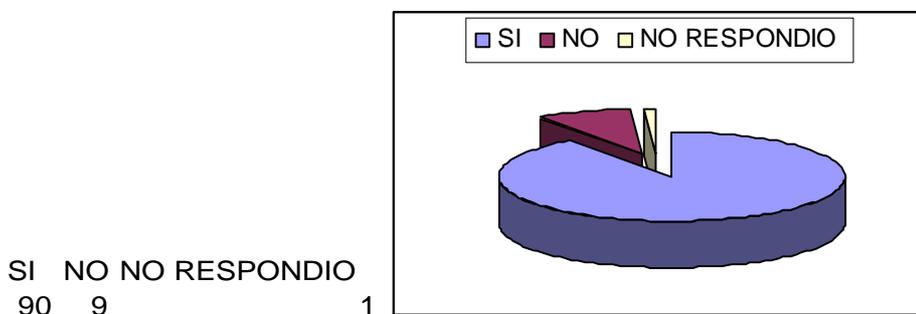
El 51% de los estudiantes encuestados tienen conocimiento de la teoría de la personalidad jurídica inherente al derecho mercantil la cual consiste en: Indica que la empresa no es un simple conjunto de medios de producción inherentes a la fusión de los elementos aislados ya que correspondería una completa independencia jurídica el nacimiento de un sujeto nuevo con vida propia. El 47% de los estudiantes encuestados ignoraba esta teoría, y un 2% no respondió la interrogante planteada.

33. ¿Sabe usted que el principal rol de la empresa mercantil en el tráfico comercial consiste en la prestación de servicios?



El 72% de los estudiantes encuestados saben que el principal rol de la empresa mercantil en el tráfico comercial consiste en la prestación de servicios. Un 27% de los estudiantes encuestados, tenían otro criterio y un 1% no respondió la interrogante planteada.

34. ¿Sabe usted a quienes reconoce la legislación guatemalteca como personas jurídicas?



El 90% de los estudiantes encuestados tienen conocimiento de a quienes reconoce nuestra legislación guatemalteca como personas jurídicas. Solamente un 9% de los estudiantes encuestados ignora a quienes reconoce nuestra legislación como personas jurídicas y un 1% no respondió la interrogante planteada.

6.2 Interpretación complementaria e inferencia de los datos, conceptos y definiciones inherentes al cuestionario presentado.

PREGUNTA 1: De la información obtenida se determina que el 100% de la muestra encuestada tiene conocimiento que la empresa mercantil es un bien mueble.

PREGUNTA 2: De conformidad con la investigación planteada nos damos cuenta de un amplio número de elementos que posee la empresa mercantil de la cual se demostró con esta interrogante que un porcentaje apreciable tiene el conocimiento de los elementos mercantiles.

PREGUNTA 3: La información obtenida dio como resultado diferentes opiniones en virtud que un porcentaje menor de estudiantes, pero significativo, no tenían conocimiento que los elementos de la empresa mercantil y de la sociedad mercantil son similares.

PREGUNTA 4: Se ha determinado que los estudiantes tienen conocimiento que la empresa mercantil como bien mueble puede ser objeto de apropiación, llama la atención el hecho que un pequeño porcentaje de estudiantes no tenían conocimiento de esto.

PREGUNTA 5: Se manifiesta la falta de conocimiento de la muestra encuestada en virtud que hay una manifiesta carencia de información de que la empresa mercantil no es sujeto de demanda ante los órganos judiciales; debiéndose mejorar esta área informativa para obtener mejores resultados en el dominio de la misma.

PREGUNTA 6: De la muestra idónea utilizada razonamos que, un gran porcentaje de estudiantes si tienen conocimiento de las cualidades que dota la personalidad jurídica.

PREGUNTAS 7, 8 y 9: De la información relacionada y descrita se determina que tienen conocimiento que las sociedades mercantiles contratan mediante el nombre de la empresa, la pregunta sería el ¿por qué? se anuncian de esta manera dando lugar a equivocación por parte de los comerciantes. Para salvaguardar los derechos y obligaciones de las partes contratantes es necesario que la empresa mercantil sea sujeto de derechos y obligaciones.

PREGUNTA 10: Se determinó el conocimiento informativo consistente en que los muebles carecen de personalidad jurídica.

PREGUNTA 11: De la muestra obtenida se determinó que debe derogarse toda disposición que considere bien mueble a la empresa mercantil.

PREGUNTA 12: Se determinó que un gran porcentaje de la muestra obtenida, tienen conocimiento que la empresa mercantil es la que muchas veces se anuncia comercialmente en rótulos, pancartas y otros.

PREGUNTA 13: De la información obtenida se determinó que hay un gran conocimiento del concepto y definición de razón social.

PREGUNTA 14: Sabiendo que un gran porcentaje de quienes tienen conocimiento de que es la razón social, se preguntó si tenían conocimiento que las personas que

contratan con la empresa mercantil desconocen su razón social generando un desconcierto en los contratantes. Del resultado de esta pregunta se muestra un grado importante de interés para mejorar la calidad de conceptos mercantiles al respecto.

PREGUNTAS 15 y 16: La información obtenida dio como resultado una carencia de conocimiento de que la empresa mercantil como tal carece de representación legal, realizando operaciones mercantiles sin referir su razón social; probando el punto de vista que se pretende realizar.

PREGUNTA 17: De la información obtenida se confirma la necesidad de reformar la normativa dotando de personalidad a la empresa mercantil.

PREGUNTAS 18, 19 y 20: De la muestra obtenida se determina que sí hay existencia de inseguridad mercantil en la falta de personalidad jurídica de la empresa mercantil, dando como resultado la necesidad de que la empresa mercantil posea facultad de obtener derechos y contraer obligaciones, como sucede con las personas individuales o jurídicas.

PREGUNTAS 21, 22, y 23: De la información obtenida se demuestra la misión del comerciante y de la empresa mercantil la cual consiste en generar confianza en las negociaciones, sin embargo, no se realiza generando desconfianza en el tráfico mercantil el cual más del 92% respondió que sí se genera desconfianza. En conclusión es necesario que la empresa mercantil genere seguridad y confianza en

sus relaciones mercantiles, dotándole de personalidad jurídica como las sociedades mercantiles y la persona individual.

PREGUNTA 24: De la información obtenida se demuestra, con base a las anteriores respuestas que, sí es necesario un nuevo replanteamiento jurídico de la empresa mercantil para poderla revestir con personalidad jurídica.

PREGUNTA 25: La respuesta de la pregunta planteada fue satisfactoria en virtud que los estudiantes están de acuerdo que la empresa mercantil realice operaciones de carácter mercantil.

PREGUNTA 26: De la información relacionada con la materia descrita, se determina que los encuestados tienen un precario conocimiento, acerca de que en otros países que están a la vanguardia del derecho mercantil tales como Chile, Perú y Francia, entre otros, ya hay propuestas acerca de asignarle personalidad jurídica a la empresa mercantil.

PREGUNTA 27: De la información obtenida se determina que la empresa mercantil al perder confianza y seguridad jurídica, puede llevarse a la quiebra.

PREGUNTA 28: La información obtenida dio como resultado una discrepancia en virtud que muchas personas de la muestra están de acuerdo en que la empresa mercantil debe ser sujeto de la quiebra.

PREGUNTA 29: De la información obtenida demuestra conveniente que la empresa mercantil posea responsabilidad jurídica dentro del comercio, evidenciando un alto

grado de interés para mejorar la calidad de la empresa mercantil en el ámbito comercial y así dotarla de seguridad jurídica.

PREGUNTA 30: De la información obtenida se determina un gran conocimiento del concepto y definición de personalidad jurídica, así como los derechos y obligaciones que de lo mismo derivan.

PREGUNTA 31: De la información obtenida se demuestra una carencia de información sobre las diferentes posturas respecto a la personalidad jurídica de la empresa mercantil, dando como resultado un precario conocimiento de la empresa mercantil y su personalidad jurídica.

PREGUNTA 32: De la información obtenida, se establece que no se tiene conocimiento que la empresa mercantil no solo es un conjunto de elementos aislados que al fusionarse darían vida a un elemento nuevo con vida propia.

PREGUNTA 33: De la información obtenida con la interrogante planteada, se da como resultado que otro rol de la empresa mercantil consiste en la prestación de servicios.

PREGUNTA 34: De la información obtenida por medio de la muestra idónea, el 90% de los encuestados poseen conocimiento de a quienes la legislación guatemalteca reconoce como personas jurídicas.

CONCLUSIONES:

1. Queda ratificada la necesidad de una normativa que trate de regular la seguridad jurídica de la empresa mercantil en el ámbito comercial. Ello a la vista de que la empresa mercantil, genera relaciones jurídicas comerciales, tanto de compra y venta de productos, así como la realización de contratos mercantiles las cuales no están reguladas en la normativa mercantil, aún cuando existe tal necesidad.
2. Que es necesario buscar una solución a la precariedad institucional que conlleva la falta de seguridad que se da en el tráfico mercantil. Es decir, las relaciones comerciales entre acreedores, proveedores y el público en general con la empresa. Para lograrlo es necesario que la empresa mercantil tenga personalidad jurídica.
3. Con base al marco operativo y con las encuestas realizadas a la muestra idónea, es necesario y conveniente, para salvaguardar los derechos y obligaciones de las partes contratantes, que la empresa mercantil sea también sujeto de derecho y obligaciones; y como tal sea demandante y demandada ante autoridades.
4. La muestra idónea encuestada considera que en el sistema legal guatemalteco y especialmente en la legislación mercantil, debe derogarse toda disposición que considere a la empresa mercantil como bien mueble y conferirle personalidad jurídica es decir; capacidad y aptitud para adquirir derechos y contraer obligaciones.

5. La muestra idónea encuestada demuestra que la verdadera misión del comerciante y de la empresa, consiste en generar seguridad y confianza en las negociaciones que realiza, por lo cual la empresa mercantil debe generar confianza en el tráfico mercantil, considerando conveniente replantear su naturaleza jurídica dotándola de personalidad jurídica.

RECOMENDACIONES:

El problema planteado en la investigación considera a la empresa mercantil como bien mueble, que sin personalidad jurídica genera relaciones jurídicas de carácter mercantil no reguladas. Por ello se recomienda:

a) Reconceptualizar institucionalmente a la empresa mercantil como persona jurídica en el marco del derecho positivo conforme el proyecto de reforma legislativa, para dar mayor seguridad jurídica en las relaciones de tipo comercial; y conferir confiabilidad al comerciante, al dotar de personalidad jurídica a la empresa mercantil; y

b) Reconocer la viabilidad de una nueva normativa legal de la empresa mercantil, que permita sugerir los preceptos inherentes a la reconceptualización institucional de su personalidad en el marco del derecho positivo, para generar confianza y seguridad con responsabilidad en el tráfico mercantil, mediante normativa jurídica legal acorde a la actualidad.

c) PROPUESTA DE REFORMA AL DECRETO NUMERO 2-70 DEL CONGRESO DE LA REPÚBLICA,

CÓDIGO DE COMERCIO

EXPOSICION DE MOTIVOS

HONORABLE PLENO:

La empresa mercantil no es un simple conjunto de medios de producción inherentes a la fusión de sus elementos aislados. Al fusionarse sus elementos forman al sujeto independiente de los elementos.

Las empresas pueden crearse y consolidarse, naciendo por medio de personas. Es la figura clásica en el mundo empresarial y constituye una de las formas más frecuentes de creación de empresa, caracterizándose porque su control lo tiene el propietario.

El problema se da cuando esas empresas crecen demasiado y no se pueden controlar por el capital y por necesidad de crecer. Surge entonces la necesidad de formar una sociedad mercantil. En ambos casos la empresa mercantil es siempre una cosa mercantil.

El hecho que la empresa mercantil sea considerada como cosa mercantil, carente de personalidad jurídica, da como resultado la falta de confianza en el comercio. Así para que el comerciante dueño de la empresa mercantil acreciente su confiabilidad, es recomendable establecer las bases que permitan sugerir los preceptos inherentes a la reconceptualización institucional de su personalidad en el marco del derecho positivo, para así generar confianza y seguridad con responsabilidad en el tráfico mercantil.

La propuesta que se plantea es de gran importancia y congruente con los cambios que se están suscitando en la actualidad y por la naturaleza cambiante del

derecho mercantil; de manera que por ello es necesaria una normativa legal que permita estar al nivel de otros países avanzados en el ámbito comercial.

La empresa contiene los elementos necesarios para formarse como ente jurídico dentro del marco mercantil y no ser como una cosa mercantil dentro de las sociedades.

Institucionalizar la personalidad para la empresa mercantil es indispensable para su mejor desarrollo.

Por ello esta reforma de ley al decreto dos guión setenta emitido por el Congreso de la República de Guatemala (código de comercio).

GUATEMALA DE DEL AÑO DOS MIL SIETE

PONENTE:

DECRETO NÚMERO _____-07

EL CONGRESO DE LA REPUBLICA DE GUATEMALA

CONSIDERANDO:

Que la Constitución Política de la Republica de Guatemala establece que el estado de Guatemala se organiza para proteger a la persona y a la familia; que su fin supremo es la realización del bien común, y que es su deber garantizar a los habitantes de la Republica la vida, la libertad, la justicia, la seguridad, la paz y el desarrollo integral

de la persona; siendo éstos los ideales de nuestros antepasados y recogiendo nuestras tradiciones y herencia cultural; decididos a impulsar la plena vigencia de los derechos humanos dentro de un orden institucional estable, permanente y popular, donde gobernantes y gobernados procedan con absoluto apego a la ley teniendo cada uno derechos y obligaciones;

CONSIDERANDO:

Que es posible precisar las causas que provocan la inseguridad mercantil, y las motivantes de la precariedad institucional de la personalidad del comerciante de la empresa mercantil; y que de manera directa o indirecta afecta la confianza que debe de generar, y que de esas situaciones no se ha tomado conciencia social para realizar el cambio que corresponde; por lo cual es necesario dotar de personalidad jurídica a la empresa mercantil.

CONSIDERANDO:

Que la Justicia Social a que se refiere la Constitución Política de la Republica constituye la prerrogativa de las personas de disfrutar de oportunidades y facilidades para lograr su bienestar físico, mental y social; y que corresponde al Estado la responsabilidad de garantizar su pleno ejercicio con las modalidades propias del país, lo que implica que el Estado debe tomar las medidas adecuadas para la protección de la economía individual y colectiva.

CONSIDERANDO:

Que el estado de Guatemala no puede postergar la búsqueda de la solución que haga posible una seguridad jurídica de acuerdo a los constantes cambios económicos mercantiles que se dan con la globalización y el Tratado de Libre Comercio, por ello debe reformarse el derecho positivo para adecuarse a la realidad económica del país y se responda a los cambios que se están dando en la sociedad.

POR TANTO:

En ejercicio de las atribuciones que le confiere el artículo 171, literal a) de la Constitución Política de la Republica de Guatemala,

DECRETA:

La siguiente:

REFORMA AL DECRETO NÚMERO 2-70 DEL CONGRESO DE LA REPÚBLICA,

CÓDIGO DE COMERCIO

Artículo 1. Se reforma el artículo 3 con el texto siguiente:

Artículo 3. “(Comerciantes sociales). Las empresas mercantiles y las sociedades mercantiles tienen la calidad de comerciantes.

Artículo 2. Se reforma el numeral 2do. Del artículo 4 con el texto siguiente:

Artículo 4. “(Cosas mercantiles). Son cosas mercantiles.

1ro. Los títulos de crédito.

2do. Los elementos de la empresa mercantil

3ro. Las patentes de invención y de modelo, las marcas, los nombres, los Avisos y
anuncios comerciales.”

Artículo 3. Se adiciona al artículo 4 con el texto siguiente:

“La empresa mercantil se considerará persona jurídica con personalidad jurídica”

Artículo 4. Se reforma el artículo 6 con el texto siguiente:

Artículo 6. “(Capacidad). Tienen capacidad para ser comerciantes, y son hábiles para contratar y obligarse: las personas individuales y jurídicas de conformidad con el Código Civil.

Se considera comerciante a la empresa mercantil en virtud de tener capacidad para contratar y obligarse frente a terceros.

Artículo 5. Se adiciona el artículo 655 Bis, con el siguiente texto:

Artículo 655 Bis. “(Empresa mercantil). Se entiende por empresa mercantil a la persona individual o jurídica con capacidad legal, para adquirir derechos y contraer obligaciones.

Artículo 6. Se adiciona el artículo 655 Ter. Con el siguiente texto:

Artículo 655 Ter. “(Nacimiento de la empresa mercantil). La empresa mercantil surge a la vida jurídica ya sea como persona individual o jurídica desde el momento de su inscripción en el Registro Mercantil y se extingue por las mismas causales inherentes a la sociedad mercantil.

Artículo 7. Se adiciona el artículo 658 Bis. Con el texto siguiente:

Artículo 658 Bis. “(Responsabilidad de la Empresa Mercantil). La empresa mercantil también responderá por los créditos cedidos a los acreedores y proveedores.

La empresa podrá solicitar los créditos dados por esta, a los comerciantes (acreedores, proveedores y público en general); así mismo podrá demandarlos en caso de incumplimiento de obligaciones.

Artículo 8. Se adiciona el artículo 658 Ter. Con el texto siguiente:

Artículo 658 Ter. “(Responsable de la Empresa Mercantil). El Administrador o Representante Legal de la Empresa Mercantil realizará las actuaciones pertinentes para su legal funcionamiento.

ANEXO

Instrumento:

El cuestionario utilizado para la investigación es el siguiente:

1. ¿Sabe usted que conforme el código de comercio la empresa mercantil es un bien mueble?

Respuesta: SI NO NO SABE

2. ¿Sabe usted que de conformidad con el código de comercio, los elementos de la empresa son: El establecimiento, la clientela o fama mercantil, el nombre comercial y los demás signos distintivos de la empresa mercantil, el inmobiliario y equipo, las mercaderías, los créditos, los contratos de trabajo y arrendamiento?

Respuesta: SI NO NO SABE

3. ¿Sabe usted que conforme la legislación mercantil guatemalteca, los elementos de la empresa mercantil son similares a los del comerciante y de la sociedad mercantil?

Respuesta: SI NO NO SABE

4. ¿Sabe usted que conforme la legislación guatemalteca, todo bien mueble es una cosa que puede ser objeto de apropiación?

Respuesta: SI NO NO SABE

5. ¿Sabe usted que conforme el código de comercio la empresa mercantil, como MUEBLE no es sujeto de relación jurídica procesal ni es sujeto de demandas ante el organismo judicial y otras autoridades del Estado?

Respuesta: SI NO NO SABE

6. ¿Sabe usted que conforme la legislación guatemalteca, la personalidad de la sociedad mercantil le confiere a esta su capacidad para ser comerciante, y sujeto para obligarse y adquirir derechos?

Respuesta: SI NO NO SABE

7. ¿Sabe usted que el comerciante se anuncia y contrata, generalmente, mediante el nombre de su empresa?

Respuesta: SI NO NO SABE

8. ¿Considera usted que sea necesario y conveniente, para salvaguardar los derechos y obligaciones de las partes contratantes, que la empresa mercantil sea también sujeto de derecho y obligaciones; y como tal pueda ser demandante y demandada ante el Organismo Judicial y otras autoridades del Estado?

Respuesta: SI NO NO SABE

9. ¿Considera usted que la empresa mercantil debe considerarse como persona jurídica generadora de derechos y obligaciones?

Respuesta: SI NO NO SABE

10. ¿Sabe usted que conforme la legislación guatemalteca, los bienes muebles carecen de personalidad jurídica?

Respuesta: SI NO NO SABE

11. ¿Considera usted que en el sistema legal guatemalteco y especialmente en la legislación mercantil, debe derogarse toda disposición que la considere bien mueble a la empresa mercantil?

Respuesta: SI NO NO SABE

12. ¿Sabe usted que la empresa mercantil es la que generalmente se simboliza en los rótulos de anuncios comerciales?

Respuesta: SI NO NO SABE

13. ¿Sabe usted que la razón social de una sociedad consiste en la denominación de la sociedad con responsabilidad de los socios de acuerdo al tipo de sociedad que se adquiera, en este caso sería sociedad anónima, que indica la naturaleza del ente asignado?

Respuesta: SI NO NO SABE

14. ¿Sabe usted que generalmente las personas que contratan con las empresas mercantiles desconocen su razón social, o sea la que le atribuye personalidad jurídica?

Respuesta: SI NO NO SABE

15. ¿Sabe usted que generalmente las empresas contratan y se anuncian sin referir su Razón Social?

Respuesta: SI NO NO SABE

16. ¿Sabe usted que conforme la legislación guatemalteca la empresa mercantil carece de representante legal?

Respuesta: SI NO NO SABE

17. ¿Considera usted necesario y conveniente reformar la legislación mercantil guatemalteca, en el sentido de que la empresa mercantil sea considerada persona jurídica y tenga representante legal?

Respuesta: SI NO NO SABE

18. ¿Considera usted que la empresa mercantil por carecer de personalidad jurídica ofrece inseguridad en las contrataciones y en los negocios que realiza dentro del comercio y en el tráfico mercantil?

Respuesta: SI NO NO SABE

19. ¿Sabe usted que conforme a la legislación guatemalteca la personalidad jurídica conlleva capacidad de la persona y su aptitud para poseer derechos y contraer obligaciones?

Respuesta: SI NO NO SABE

20. ¿Sabe usted que “persona” es todo ente capaz de tener derechos y contraer obligaciones?

Respuesta: SI NO NO SABE

21. ¿Sabe usted que conforme a la legislación guatemalteca la “personalidad” consiste en la investidura que otorga la ley a toda persona para adquirir derechos y contraer obligaciones?

Respuesta: SI NO NO SABE

22. ¿Sabe usted que la misión del comerciante y de la empresa consiste en generar seguridad y confianza en las negociaciones que realiza?

Respuesta: SI NO NO SABE

23. ¿Considera usted que la empresa mercantil debe generar confianza en el tráfico mercantil?

Respuesta: SI NO NO SABE

24. ¿Considera usted conveniente replantear la naturaleza jurídica de la empresa mercantil en el sentido de dotarla de personalidad jurídica?

Respuesta: SI NO NO SABE

25. ¿Cree usted conveniente que la empresa mercantil realice operaciones de carácter mercantil de manera habitual y profesional, con ánimo de lucro y exteriorización y posea libre disposición de sus bienes?

Respuesta: SI NO NO SABE

26. ¿Sabe usted que en el derecho extranjero específicamente en países como Francia, Perú y Chile, hay pronunciamientos idóneos para dotar a la empresa mercantil de personalidad jurídica?

Respuesta: SI NO NO SABE

27. ¿Sabe usted que los proveedores, acreedores y público en general al perder la confianza en la empresa mercantil pueden generar su quiebra?

Respuesta: SI NO NO SABE

28. ¿Cree usted conveniente y necesario que la empresa mercantil, con personalidad jurídica sea sujeto de la quiebra mercantil?

Respuesta: SI NO NO SABE

29. ¿Considera usted conveniente que la empresa mercantil tenga “Responsabilidad Jurídica” dentro del comercio?

Respuesta: SI NO NO SABE

30. ¿Sabe usted que conforme la legislación guatemalteca la “Personalidad Jurídica” de toda persona genera como derechos y obligaciones: Derecho de propiedad, de realizar operaciones de carácter mercantil, así como para contratar y ser contratado, domicilio y ser responsable penalmente por las omisiones o acciones cometidas por estos?

Respuesta: SI NO NO SABE

31. ¿Sabe usted de las teorías jurídicas inherentes a la empresa mercantil: la de personalidad jurídica, la teoría atomista, la teoría de universalidad, y teoría de la cosa mueble?

Respuesta: SI NO NO SABE

32. ¿Sabe usted que la “Teoría de la personalidad jurídica inherente al derecho mercantil”, indica que la empresa no es un simple conjunto de medios de producción inherentes a la fusión de los elementos aislados ya que correspondería una completa independencia jurídica el nacimiento de un sujeto nuevo con vida propia. Que al fusionarse todas esas cosas forman en si un sujeto independiente de los elementos que lo forman. Que es el negocio como tal

y no el comerciante el que determina la inclinación de terceros para entrar en relación con él. Que el negocio es el verdadero portador del crédito?

Respuesta: SI NO NO SABE

33. ¿Sabe usted que el verdadero rol de la empresa mercantil en el tráfico comercial consiste en prestación de servicios?

Respuesta: SI NO NO SABE

34. ¿Sabe usted a quienes reconoce la legislación guatemalteca como personas jurídicas?

Respuesta: SI NO NO SABE

BIBLIOGRAFÍA

1. ANDREWS, Keneth, **Concepto de estrategia de la empresa**, 1ra. ed. Pamplona España, Ed. Ediciones Rialp, (Pamplona España 1,977)
2. **Boletín Del Instituto Centroamericano De Derecho Comparado**; Algunas Aportaciones de la Ciencia Mercantil al Proceso de la Humanidad, Nº. 7-8, Pág. 5, (Ecuador 1,967).
3. DRUCKER, Peter, **La gerencia de la empresa**, 1ra. ed., Bogota Colombia, Ed. Norma S. A, 2,002.
4. ELÍAS LAROZA, Enrique. **Ley general de sociedades comentada (Ley Peruana Nº 26887)**, 1er. Y 2do. Vol. 1ra. ed., Ed. Norma Legales, Trujillo 1999.
5. FERRARA, Francesco, **Teoría de las Personas Jurídicas**, 4ta. ed., Barcelona España, Editorial Bosh, 1943.
6. FERNÁNDEZ SESARREGO, Carlos, **Subjetividad de la Empresa**, Pág. 26 y 27 Revista Peruana de derecho de la Empresa No. 5, Mayo 1981.
7. GARCÍA MAYNEZ, Eduardo. **Introducción al estudio del derecho**, 56va. ed. 1ra. Reimpresión; 2004, México, Ed. Porrúa, 2004.
8. GHETTI, Giulio, **Notas sobre los limites generales a la actividad de las Empresas Publicas**, Tomo II, 10ma. ed. Ed. Porrúa, S. A. México 1990.
9. HARTMAN, Nicolai, **Ethik 2 Auflage**, 4ta. ed., Berlin, Ed. Walter de Grutier, Berlin 1,975
10. KELSEN, Hans, **Teoría General del Estado**, traducción castellana.6ta. ed. Madrid España Ed. Norma S. A., 1,982.

11. MANTILLA MOLINA, Roberto, **Carácter Participativo y Transf., Derecho Mercantil**, Pág. 191, Revista Universitaria, Universidad Autónoma de México, (Junio 1,990).
12. MONTGOMERY, David, **Tiempo para un Cambio en Chile**, Artículo Revista Visión Guatemala, Pág. 34, Vol. 10. (Marzo 1,994).
13. RODRÍGUEZ Y RODRÍGUEZ, citado por Salvador Zanudio, **La prorroga extemporánea de La Sociedad Mercantil**, Revista Jurídica J. Veracruzana, Pág. 226, No. 4, (Junio 1,997).
14. SAVIGNY, **Sistema del Derecho Privado Romano**, traducción de J. Mesia y Manuel Poley, Tomo II, 3ra. ed. Granada España, Ed. Comares 2005.
15. Varios Autores, **Naturaleza Tridimensional de la Persona Jurídica**, Revista Jurídica del Perú, Numero 52, Dic 1998-Abril de 1999.
16. Varios autores, **La Personalidad Moral y sus Límites**, Revista de Estudios de Derecho Comparado y Derecho Publico. Instituto de Derecho Comparado Universidad de Paris, No. 20, (Agosto 1,960).
17. VILLEGAS LARA, Rene Arturo, **Derecho mercantil guatemalteco**, Tomo I, Quinta ed. Ed. Universitaria. Guatemala 2001.
18. VITTORIO Octaviano, **Sometimiento de la empresa publica al derecho privado y exigencias conexas con los fines públicos que mediante el ejercicio de la empresa se quieran conseguir**, Tomo II 1ra. ed. Ed. Grecia, México. 1981.
19. **Constitución del Perú** del año 1979. título III, Del régimen económico, el Capitulo IV, Artículo 130.

20. **Código Civil Italiano**, Artículo 2082 Libro V, del trabajo, Título II, Trabajo en la empresa, Capítulo I, año 1942.
21. **Código Fiscal de la Federación Mexicana**, Artículo 75, Asamblea legislativa mexicana, Poder ejecutivo federal, México D. F. 1984.
22. **Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada**, ley 2/1995, Emitida por el Rey Juan Carlos de España, 1995
23. **Decreto 2-70 Código de Comercio**, emitido por el Congreso de la Republica de Guatemala, 1970.
24. www.asesor.com.pe/teleley/311c.htm; Artículo: Trabajadores independientes de las cooperativas de trabajo, por Alonso Morales Acosta, octubre 1992.
25. <http://hmbb.galeon.com/aficiones913019.html>, Derecho mercantil español; el comercio en la constitución.
26. <http://hmbb.galeon.com/aficiones913019.html>, Derecho mercantil español; el comercio en la constitución.
27. <http://hechosdelajusticia.org/cuarta/.13.rtf>, Dr. Jorge Mosset Iturraspe, **EI fenómeno de empresa, importancia actual**, Argentina.
28. <http://hechosdelajusticia.org/cuarta/.13.rtf>, Dr. Jorge Mosset Iturraspe, **EI fenómeno de empresa, importancia actual**, Argentina.
29. www.noviasalcedo.es/.../empresa/7%20CONSTITUYO%20MI%20EMPRESA/1%20eleccion%20de%20la%20forma%20juridica, Como constituir una empresa mercantil española.

30. www.legalmania.com.ar/derecho/desestimacion_personalidad_juridica.htm - 75k: Eduardo M. Favier Dubois, **La desestimación de la personalidad jurídica societaria**, Derecho Societario (doctrina).
31. www.dlh.lahora.com.ec/paginas/judicial/PAGINAS/Diccionario, Diccionario de derecho de terminología jurídica ecuatoriana.
32. www.inpyme.gob.ni/data/Formadeorganizaciondeempresa.doc: Diferentes formas de organización de una empresa en Nicaragua.