CULTURA JURÍDICA

Manual de introducción al derecho mercantil

MARÍA SUSANA DÁVALOS TORRES

INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS
UNAM

NOSTRA EDICIONES

Manual de introducción al derecho mercantil

Cultura Jurídica

CULTURA JURÍDICA

Manual de introducción
al derecho mercantil
María Susana Dávalos Torres

Instituto de Investigaciones Jurídicas
Director: Héctor Fix-Fierro
Secretario académico: Pedro Salazar Ugarte
Coordinadora editorial: Elvia Lucía Flores Ávalos
Coordinadores de la colección: Miguel Carbonell y Raúl Márquez Romero
Asistente editorial: Karla Beatriz Templos Núñez
Cuidado de la edición: Fabiola Fernanda Torres Lozano
Serie Manuales de Derecho

Nostra Ediciones S. A. de C.V.
Dirección: Mauricio Volpi
Jefa de diseño: Sandra Ferrer Alarcón
Formación: Rosalinda Reséndiz Padrón

Primera edición: Nostra Ediciones, 2010

D. R. © Nostra Ediciones S. A. de C.V., 2010
Alberto Zamora 64, Col. Villa Coyoacán,
04000, México, D. F.

D. R. © Universidad Nacional Autónoma de México, 2010
Instituto de Investigaciones Jurídicas
Circuito Maestro Mario de la Cueva s/n,
Ciudad de la Investigación en Humanidades
Ciudad Universitaria, 04510, México, D. F.

Textos © María Susana Dávalos Torres

ISBN: 978-607-7603-51-1 Nostra Ediciones

Impreso en México

Prohibida su reproducción por cualquier medio mecánico
o electrónico existente o por existir sin la autorización escrita
del editor o titular de los derechos.

Manual de introducción al derecho mercantil

María Susana Dávalos Torres

INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS
UNAM

NOSTRA
EDICIONES

Índice

Introducción 13

Capítulo primero. Historia del derecho mercantil 15
I. Antecedentes históricos del derecho mercantil 15
1. El comercio en la Edad Antigua 15
A. Normas sustantivas 16
B. Normas adjetivas 17
II. Nacimiento del derecho mercantil en la Edad Media 17
III. Evolución del derecho mercantil 19
1. Edad Moderna 19
A. Renacimiento 19
B. Influencia de la Ilustración en el derecho mercantil 20
2. Edad Contemporánea 20
A. La Revolución Industrial y sus efectos en el derecho mercantil 20
B. Siglo xx 21
C. Globalización 21
D. Situación actual 22
IV. Historia del derecho mercantil en México 22
1. Época prehispánica 22
2. Época colonial 23
3. México independiente 23
4. Siglo xix 24
5. El porfiriato 24
6. Situación actual 24
Resumen 26
Cuestionario 27

Capítulo segundo. Aspectos generales del derecho mercantil 29
I. Definición del derecho mercantil 29
1. Derecho mercantil como sistema de normas jurídicas 29

A. Criterio material 29
B. Criterio formal 31
2. El derecho mercantil como disciplina jurídica 33
II. Autonomía del derecho mercantil como disciplina jurídica 33
1. Autonomía científica y didáctica 34
2. Autonomía legislativa 35
3. Autonomía jurisdiccional 35
III. Grados de separación entre el derecho mercantil y el derecho civil 36
IV. El derecho mercantil como derecho especial 37
V. Fuentes del derecho mercantil 39
1. Fuentes formales 39
A. Ley 39
B. Costumbre 42
C. Jurisprudencia 43
D. Principios generales del derecho 44
E. Doctrina 45
2. Fuentes reales 45
3. Fuentes históricas 45
Resumen 46
Cuestionario 47

Capítulo tercero. Acto de comercio 49
I. Definición de acto de comercio 49
II. Disposiciones que determinan la mercantilidad de los actos jurídicos 50
III. Características del acto de comercio 52
1. Actos con propósito de lucro 52
2. Actos de intermediación en el cambio 54
3. Actos masivos 54
4. Actos realizados por empresas 55
IV. Clasificación doctrinal de los actos de comercio 55
1. Actos esencialmente civiles 56
2. Actos absolutamente mercantiles 56
3. Actos de mercantilidad condicionada 57
A. Actos principales de comercio 57
B. Actos accesorios de comercio 58

4. Actos unilateralmente mercantiles (actos mixtos) 58
Resumen 60
Cuestionario 62

Capítulo cuarto. Comercio electrónico 63
I. Definición de comercio electrónico 63
II. Justificación de la regulación del comercio electrónico 65
III. Marco jurídico 65
1. Constitución 65
2. Instrumentos internacionales 66
3. Código de Comercio 67
4. Reglamentos 67
5. Norma Oficial Mexicana 67
IV. Aspectos del comercio electrónico que regula el Código de Comercio 68
1. Mensaje de datos 69
A. Definición 69
B. Sujetos que intervienen en un mensaje de datos 70
2. Firma electrónica 72
3. Firma electrónica avanzada 75
4. Servicios de certificación 75
5. Consentimiento 76
Resumen 78
Cuestionario 79

Capítulo quinto. El comerciante 81
I. Sujetos de derecho mercantil 81
1. Comerciante 81
2. Personas que realizan actos de comercio accidentalmente 82
3. Personas que intervienen en actos mixtos 82
II. El comerciante 83
1. Marco jurídico 83
A. Constitución 83
B. Código de Comercio 84
C. Código Civil Federal 84
2. Definición de comerciante 84
3. Comerciante individual 85

A. Capacidad de ejercicio 85
B. Profesión de comerciante 85
4. Comerciante colectivo 86
A. Sociedades mercantiles nacionales 86
B. Sociedades mercantiles extranjeras 86
III. Derechos y deberes del comerciante 87
1. Derechos 87
A. Concurso mercantil 87
B. Exclusividad en ciertas actividades económicas 87
C. Agremiación 87
2. Obligaciones 88
A. Anuncio de la calidad mercantil 88
B. Inscripción en el registro público del comercio 89
C. Contabilidad adecuada 91
D. Conservación de correspondencia 92
E. Competencia leal 92
F. Registro en el Sistema de Información Empresarial Mexicano (SIEM) 93
IV. Auxiliares mercantiles 94
1. Auxiliares del comerciante 94
2. Auxiliares del comercio 95
Resumen 96
Cuestionario 97

CAPÍTULO SEXTO. La empresa 99
I. Definición de empresa 99
1. Definición legal 99
2. Definición doctrinal 101
II. Diferencias entre la empresa y otros términos jurídicos 102
1. Empresa y sociedad mercantil 102
2. Empresa y establecimiento 102
3. Empresa y negociación 102
III. Elementos de la empresa 102
1. Elementos materiales o corpóreos 103
A. Bienes muebles 103
B. Bienes inmuebles 103
2. Elementos inmateriales o incorpóreos 103
A. Clientela o avío 103

B. Derechos de propiedad intelectual 104
3. Elementos personales 105
Resumen 106
Cuestionario 107

Capítulo séptimo. Asociación en participación 109
I. Antecedentes históricos 109
II. Definición de asociación en participación 109
III. Naturaleza jurídica 110
1. Sociedad momentánea 110
2. Sociedad oculta 110
3. Nuestro punto de vista 110
IV. Clasificación del contrato de asociación en participación 111
V. Elementos del contrato 112
1. Partes 112
A. Asociante 112
B. Asociado 112
2. Objeto 112
3. Fin o motivo 113
4. Forma 113
VI. Causas de terminación del contrato 113
VII. Diferencia entre el contrato de asociación en participación y la sociedad mercantil 113
Resumen 115
Cuestionario 116

Capítulo octavo. Generalidades de las sociedades mercantiles 117
I. Antecedentes históricos 117
II. Marco jurídico 118
1. Constitución 118
2. Código de Comercio 119
3. Ley General de Sociedades Mercantiles 119
4. Ley General de Sociedades Cooperativas 120
5. Código Civil Federal 120
III. Definición de sociedad mercantil 120
IV. Elementos característicos del contrato de sociedad 121
V. Clasificación del contrato 122

VI. Elementos del contrato 123
1. Objeto 123
2. Motivo o fin lícitos 123
3. Forma 123
A. Requisitos 123
B. Falta de formalidades 125
VII. Efectos del contrato de sociedad 126
1. Sociedad mercantil como persona moral 127
A. Tipos de sociedades 127
B. Atributos de la personalidad 127
2. Calidad de socio 130
A. Obligaciones 130
B. Derechos 131
Resumen 134
Cuestionario 136

Capítulo noveno. Sociedad anónima 137
I. Definición de sociedad anónima 137
II. Denominación social 137
III. Responsabilidad limitada de los socios 138
IV. Formas de constitución 139
1. Constitución simultanea 139
2. Constitución sucesiva o por sucesión pública 140
V. Capital social 141
VI. Acciones 141
1. Definición 141
2. Acciones ordinarias y acciones preferentes 141
3. Emisión de las acciones 142
4. Contenido 142
VII. Estructura de la sociedad anónima 143
1. Órgano deliberante 143
A. Tipos de asamblea 143
B. Convocatoria 145
C. Quórum 146
D. Actas 146
2. Órgano de administración 146

3. Órgano de vigilancia 147
Resumen 148
Cuestionario 149

Para saber más.
Notas y referencias 153
Abreviaturas 155
Bibliografía 157
I. Bibliografía básica 157
II. Bibliografía complementaria 157

Manual de introducción al derecho mercantil

se terminó de imprimir en mayo de 2010
en Impresos Vacha, S. A. de C.V.
Fray Juan de Torquemada 7, Col. Obrera, C. P. 06800 México, D. F.
Para su formación se utilizó la familia
Bembo, diseñada por Stanley Morison en 1929.

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx http://biblio.juridicas.unam.mx

Introducción

Este manual tiene como finalidad ser una guía de estudio para los alumnos del primer curso de derecho mercantil de la carrera de derecho. Acorde con este objetivo, hemos elaborado un texto que utiliza lenguaje accesible y cuyo contenido son temas básicos para introducir al alumno al estudio del derecho mercantil.

Este texto se enfoca en los tres principales temas del curso de derecho mercantil: *a)* la definición de derecho mercantil como sistema de normas jurídicas y como disciplina jurídica, *b)* el acto de comercio y, *c)* el comerciante. El lector encontrará en este texto otros temas como el comercio electrónico, la empresa y el contrato de asociación en participación, los cuales han sido incluidos, no sólo porque el actual programa de estudios de la Facultad de Derecho de la UNAM así lo requiere, sino también por una necesidad didáctica de aclarar las frecuentes confusiones entre acto de comercio y comercio electrónico, entre empresa y comerciante, y entre contrato de asociación en participación y sociedades mercantiles.

Cabe destacar que este texto es insuficiente para explicar el tema de las sociedades mercantiles debido a la amplitud del tema. Hemos escogido de entre todas las formas societarias sólo a la sociedad anónima, la cual, en la actualidad, no sólo es la más común sino también la más compleja.

También, es necesario mencionar que por tratarse de un texto elemental no cuenta más que con unas cuantas notas a pie de página. Al final del texto, el lector encontrará las principales referencias bibliográficas que se ocuparon para la elaboración de este trabajo, así como recomendaciones sobre la bibliografía que el alumno puede consultar para profundizar en el estudio del derecho mercantil.

Por último, quisiera agradecer al doctor Raúl Márquez y al doctor Miguel Carbonell por su generosa invitación para escribir este texto. Es nuestro deseo que este manual sea de utilidad para los estudiantes de derecho.

Susana Dávalos,
México, D. F., 2009.

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx http://biblio.juridicas.unam.mx

Capítulo primero
Historia del derecho mercantil

En este capítulo, se explicarán los antecedentes del derecho mercantil. Primeramente se señalará el surgimiento del comercio y su desarrollo en la Edad Antigua, seguido de su ubicación y surgimiento en la Edad Media. Finalmente trataremos de comprender la evolución del derecho mercantil desde la consolidación del Estado-nación en el siglo XV hasta el florecimiento de la globalización.

I. Antecedentes históricos del derecho mercantil

1. El comercio en la Edad Antigua

Si bien es cierto que el derecho mercantil tiene por objeto regular las relaciones comerciales, el comercio y el derecho mercantil no surgieron simultáneamente.

El comercio, entendido como el intercambio de bienes o servicios tiene su origen en el trueque.

Una vez que las sociedades se organizaron de tal forma que pudieron satisfacer sus necesidades básicas, fue posible que los bienes y servicios producidos por una sociedad fueran intercambiados con otra. Este suceso fue resultado de la división del trabajo, pues cada individuo y sociedad pudo especializarse en la producción de determinados bienes, los cuales serían intercambiados posteriormente por otros no producidos por un individuo o al interior de una sociedad.

En un principio, el intercambio tenía por objeto el consumo, pero con el paso del tiempo, el truque se hizo más complejo de tal forma que el intercambio ya no sólo tenía por objeto satisfacer una necesidad básica de alimento o vestido, sino que además se podía realizar con el propósito de

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx http://biblio.juridicas.unam.mx

obtener una ganancia. Es en este momento en el que se hizo necesaria una unidad común de intercambio, dando como resultado a la moneda.

La introducción de la moneda en el comercio revolucionó la forma y el volumen de las transacciones comerciales. Esta transformación favoreció el desarrollo de las sociedades antiguas. No obstante, durante la Edad Antigua, aún en aquéllos casos en los que el comercio alcanzó un desarrollo importante, la actividad comercial no fue regulada por normas especializadas. Las actividades comerciales estuvieron reguladas por las mismas normas que regían a todos los contratos.

Por esta razón, el derecho mercantil tal como lo entendemos actualmente no existió durante la Edad Antigua, pues ninguna sociedad desarrolló un conjunto de normas sistematizadas con el propósito exclusivo de regular a las relaciones comerciales tal como sucede en la actualidad.

En Roma, a pesar de que es posible identificar algunas normas que regulaban ciertos aspectos muy específicos del comercio, se trataba de normas de derecho civil. Este sistema de normas regulaba a las relaciones jurídicas entre los ciudadanos sin hacer una distinción de los actos jurídicos basada en el comercio.

Los aspectos del comercio regulados por el derecho romano fueron:

A. Normas sustantivas

a. Echazón por avería

Éste era un instrumento jurídico regulado por la *Lex Rhodia de Iactu*. La echazón por avería consistía en repartir entre todas aquellas personas que tenían un interés en una embarcación que había sufrido un percance, la pérdida sufrida por los propietarios de las mercancías que habían sido arrojadas al mar para salvarlo; esta repartición se hacía en proporción a su interés.

b. **Phoenus nauticum** *o préstamo a la gruesa*

Al igual que la echazón por avería, el préstamo a la gruesa también era un mecanismo jurídico para hacer frente a los riesgos que comúnmente se corrían en el comercio marítimo. El préstamo a la gruesa consistía en un contrato por medio del cual una de las partes se obligaba a entregar una suma de dinero a otra, ésta última a su vez se obligaba a devolver el principal más intereses al finalizar el viaje, sólo si su regreso era exitoso. Si la embarcación no regresaba como consecuencia de una catástrofe, entonces la obligación de regresar el principal de la suma prestada más intereses quedaba extinguida.

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx http://biblio.juridicas.unam.mx

B. Normas adjetivas

a. Acciones adjetitiae qualitatis: actio excersitoria *y* actio institoria

El derecho romano regulaba al mandato como un contrato por medio del cual el mandatario actuaba en nombre del mandante por su propia cuenta, de tal forma que el mandatario quedaba obligado a responder con su patrimonio frente a terceros. Por medio de estas acciones, el derecho romano reconocía una relación jurídica entre el mandante y los terceros que hubieran contratado con el mandatario.

La *actio institoria* era una acción en contra de los actos del administrador que actuaba en nombre del propietario de un negocio. Mientras que la *actio excersitoria* era una acción en contra de los actos del capitán que actuaba en nombre del propietario del barco (el armador).

Como podemos observar, estas normas se enfocaron esencialmente al comercio marítimo; su surgimiento se debe a los enormes riesgos que implicaba llevar a cabo una empresa en el mar pues siempre existía la posibilidad de que un barco naufragara.

Con base en lo que hemos expuesto, podemos afirmar que el derecho civil fue suficiente en Roma para regular el intercambio de bienes, razón por la cual en este período tampoco existió el derecho mercantil. Fue hasta la Edad Media que la actividad comercial fue regulada por el derecho de forma especializada y sistematizada dando lugar al nacimiento del derecho mercantil.

II. Nacimiento del derecho mercantil en la Edad Media

Como recordaremos, la caída del Imperio Romano marca el inicio de la Edad Media. Esta época se caracterizó por la confusión, la inseguridad y la violencia. El territorio europeo quedó fragmentado como consecuencia de las constantes invasiones de los bárbaros. El feudalismo surgió como una alternativa.

El feudalismo nació como un sistema político en el que el señor feudal garantizaba la seguridad de sus siervos al interior del feudo pues los monarcas eran incapaces de proteger a sus propios súbditos. El feudalismo también implicó una forma de organización social dividida en nobleza, clero y el pueblo llano. Asimismo, el feudalismo se constituyó como un sistema económico caracterizado por la producción para el autoconsumo.

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx http://biblio.juridicas.unam.mx

La Edad Media comprendió cerca de diez siglos, los cuales, a diferencia de lo que comúnmente podría pensarse, no pueden ser descritos como una unidad.

A lo largo de la Edad Media se dieron cambios económicos, sociales y políticos que no ocurrieron repentinamente sino de forma gradual. Por esta razón, se ha dividido a esta etapa de la historia del hombre en: Alta Edad Media (siglos V a X) y Baja Edad Media (siglos XI a XV). Para efectos de este manual, nos enfocaremos a la Baja Edad Media, etapa en la que nació el derecho mercantil.

Durante la Baja Edad Media, se llevaron a cabo una serie de campañas militares organizadas principalmente por el papa para recuperar del dominio musulmán a la Tierra Santa.

Las cruzadas, como se les conoce a estas campañas militares, tuvieron un efecto determinante en el comercio pues provocaron el movimiento de personas de occidente a oriente y la movilización de la riqueza de un lugar a otro. El auge del comercio como consecuencia de las cruzadas, a su vez, provocó el surgimiento de las grandes ciudades mediterráneas donde se intercambiaban objetos y especias provenientes de oriente. Estos sucesos dieron origen a una nueva clase social integrada por los comerciantes.

El comercio en este período se convirtió en una actividad pujante que rebasó al derecho romano. El derecho romano era formalista y regulaba actos aislados, y por esta razón fue insuficiente para dar solución a los problemas que surgieron en el comercio medieval, pues la actividad comercial alcanzó tal desarrollo que en un mismo día se realizaban múltiples operaciones entre personas provenientes de distintos lugares.

Debido a la falta de un marco jurídico adecuado para resolver los conflictos derivados del ejercicio del comercio, los comerciantes medievales se organizaron en gremios de acuerdo a su industria. Los gremios dictaban sus estatutos teniendo como base los usos que regían su actividad. Para la solución de los conflictos se instituyeron tribunales que aplicaron dichos estatutos.

El derecho mercantil surgió precisamente en este momento histórico, pues las normas consuetudinarias de los gremios fueron un sistema de normas diferenciadas que regularon específicamente la actividad de los comerciantes. Como ejemplo de estas normas podemos mencionar al Consulado del Mar del siglo XIII.

Los estatutos de los gremios en un principio sólo eran aplicables a sus miembros; esta situación cambió conforme el comercio evolucionó. El comercio floreció a tal grado que las relaciones comerciales no sólo tenían lugar entre los comerciantes de distintos gremios sino también entre comerciantes y no comerciantes. Esta situación provocó que se ampliara la

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx http://biblio.juridicas.unam.mx

aplicación de los estatutos y los tribunales extendieran su jurisdicción aún a personas que no se dedicaban al comercio profesionalmente pero que habían entrado en una relación jurídica con un comerciante.

Para finales de la Edad Media, conforme se fue fortaleciendo el poder del rey, se estableció como requisito la aprobación real para otorgarle validez a los estatutos de los gremios.

III. Evolución del derecho mercantil

1. Edad Moderna

A. Renacimiento

Una vez que se consolidó el Estado-nación, los estatutos fueron reemplazados por leyes expedidas por los soberanos, pues éstos eran quienes tenían la facultad exclusiva de expedir leyes. El surgimiento del Estado-nación significó la centralización del poder en el soberano (monarca) y como consecuencia, el soberano era quién estaba legitimado para crear normas válidas. Es por esta razón que la costumbre perdió importancia frente a la ley durante esta época. No obstante, es necesario tener en mente que las leyes expedidas por los monarcas fueron resultado de las prácticas comerciales que se habían desarrollado con anterioridad. En este sentido, la costumbre como fuente del derecho aparentemente perdió importancia frente a la ley pero siguió dando contenido a las normas jurídicas.

Como ejemplo paradigmático de legislación mercantil de este período, podemos mencionar a las Ordenanzas de Sevilla de 1510 y las Ordenanzas de Bilbao de 1737, que fueron leyes expedidas por los monarcas pero cuyo contenido claramente tenía como base las reglas expedidas originalmente por los gremios. También podemos mencionar a las Ordenanzas de Comercio Terrestre de 1673 y de Comercio Marítimo de 1681 expedidas por el rey Luis XIV de Francia, el "Rey Sol"; estas ordenanzas también se conocen como "las ordenanzas de Colbert" pues fueron elaboradas por su ministro de finanzas Jean-Baptiste Colbert.

Los cambios en la regulación del derecho mercantil no sólo obedecieron a los cambios sufridos en la realidad económica y política sino también en las ideas filosóficas del Renacimiento.

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx http://biblio.juridicas.unam.mx

B. Influencia de la Ilustración en el derecho mercantil

Los cambios sufridos por el derecho mercantil a partir del Renacimiento culminaron con la Ilustración. Este movimiento del pensamiento fue resultado de la revolución científica de la época, del aumento del poder del Estado y del ascenso de la burguesía como clase social.

La Ilustración propuso a la razón como valor supremo y base del conocimiento; la tradición y la religión perdieron legitimidad como fuente del conocimiento y eje de la realidad social, económica y política; por otro lado, se exaltaron la libertad y la igualdad.

Las ideas de la Ilustración dieron lugar al movimiento de la enciclopedia, el cual consistió en un esfuerzo por compilar y divulgar todo el conocimiento obtenido hasta el momento. Este movimiento culminó con la Revolución Francesa de 1789.

Durante este periodo, el derecho mercantil sufrió una transformación, pues se abandonó la idea del derecho mercantil como normas que rigen a una clase social. El derecho mercantil se replanteó como un sistema de normas que regulan una actividad sin tomar en consideración la profesión de los sujetos que la realizan. La doctrina explica esta transformación como un cambio de un criterio subjetivo, es decir, el comerciante, a un criterio objetivo, es decir, los actos de comercio.

En cuanto a la forma, el derecho mercantil también sufrió cambios, pues, al igual que con la enciclopedia, se elaboraron códigos de normas en un esfuerzo por sistematizar la legislación por materia y reunirlas en un solo ordenamiento. Siguiendo estas ideas, Napoleón expidió los códigos Civil de 1804, Mercantil de 1807, de Procedimientos Penales de 1808 y Penal de 1810. A raíz de las invasiones napoleónicas a gran parte del territorio europeo, se impuso el modelo de codificación del derecho en gran parte de Europa; éstas a su vez, transmitieron el modelo napoleónico a sus colonias.

2. Edad Contemporánea

A. La Revolución Industrial y sus efectos en el derecho mercantil

La Revolución Industrial del siglo XIX tuvo efectos en el derecho mercantil. La Revolución Industrial implicó la sofisticación en la producción e intercambio de bienes y servicios. Con la finalidad de facilitar la regulación del comercio, se propuso la unificación del derecho privado para dejar a un lado la división entre derecho civil y derecho mercantil.

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx http://biblio.juridicas.unam.mx

Esta tendencia unificadora fue interrumpida por las conmociones políticas, económicas y sociales sufridas en todo el mundo a finales del siglo XIX. Por esta razón, la unificación del derecho privado sólo fue adoptada en unas cuantas naciones. Como ejemplo podemos mencionar al Código Federal de las Obligaciones Suizo de 1881, el cual se dejó a un lado la división entre derecho civil y mercantil.

B. Siglo XX

El derecho mercantil experimentó cambios particularmente profundos durante el siglo XX. Durante este siglo se consolidaron el capitalismo y el comunismo como sistemas económicos.

Las ideas del comunismo tuvieron una gran influencia en el derecho mercantil para que se crearan normas de protección frente al comerciante, específicamente en lo que se refiere a la tutela del consumidor. Asimismo, el comunismo propició que se desincorporara del derecho privado la regulación de las relaciones entre los patrones y los trabajadores y se crearon sistemas de seguridad social a cargo del Estado.

En la segunda mitad del siglo XX cayó el comunismo dando pie a una tendencia privatizadora. Surgieron nuevas formas de financiamiento y se fortaleció el mercado de valores como un instrumento de obtención de crédito. Durante este periodo, el mundo experimentó un desarrollo acelerado en la ciencia y la tecnología y un apogeo en el comercio, dando como resultado la globalización.

C. Globalización

La globalización nació como un fenómeno económico caracterizado por los siguientes elementos: *a)* movimiento de personas de un país a otro, *b)* flujo de capitales de un país a otro (inversión extranjera), y *c)* desarrollo acelerado y democratización de las telecomunicaciones.

La globalización modificó la interacción entre los países dando como resultado la idea del Estado como miembro de una comunidad internacional en la cual el Estado participa y se compromete a través de tratados internacionales.

Si bien es cierto que a cada Estado le corresponde legislar sus propias leyes de comercio, el contenido está determinado de alguna forma por los compromisos adquiridos internacionalmente, pues para cumplir con los tratados es necesario adecuar la normatividad interna.

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx http://biblio.juridicas.unam.mx

Por esta razón, se han consolidado diversos tribunales internacionales y otros mecanismos internacionales de solución de controversias. Asimismo, se han fortalecido los esfuerzos de unificación del derecho que se habían venido realizando desde la segunda posguerra, a través de las leyes modelo propuestas por organismos internacionales especializados, tales como la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (conocida por sus siglas en inglés como UNCITRAL). Por lo tanto, el contenido de las leyes en materia mercantil ya no sólo está determinado por la realidad interna de un país, sino por la realidad global.

Durante este periodo, el derecho mercantil se ha expandido de tal forma que han surgido múltiples y variadas áreas que no habían sido reguladas con anterioridad como lo es el comercio electrónico. La costumbre, ha vuelto a retomar importancia como fuente del derecho mercantil.

D. Situación actual

Actualmente, podemos afirmar que seguimos viviendo en la globalización pero es necesario tomar en cuenta que la última crisis económica global (2007) ha dejado al descubierto una serie de deficiencias en la regulación actual de la actividad comercial de tal forma que también han puesto en duda al capitalismo y a la globalización tal como se habían venido dando. Por lo tanto, es indudable que el derecho mercantil sufrirá cambios pero hasta el momento es imposible determinar el rumbo que tomará.

IV. Historia del derecho mercantil en México

1. Época prehispánica

Es difícil afirmar que el derecho mercantil existió como tal en la época precolombina pues se trata de una concepción europea surgida en la Edad Media. Aún haciendo a un lado este hecho, conocemos tan poco del derecho precolombino que no es posible identificar la regulación mercantil en esa época.

El derecho de este periodo es poco conocido debido a que la conquista llevó consigo la desaparición de todo lo anterior al sistema colonial. La conquista implicó la destrucción no solo de objetos y edificios sino de ideas y costumbres para ser reemplazados por la cultura europea.

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx http://biblio.juridicas.unam.mx

Por estas razones, sólo nos es posible encontrar antecedentes del derecho mercantil en México a partir de la Conquista.

2. Época colonial

El derecho que rigió a la península ibérica también rigió en sus colonias en América; en consecuencia, los antecedentes legislativos del derecho mercantil en México se encuentran en la legislación castellana.

Como mencionamos con anterioridad, el derecho mercantil surgió en la Edad Media una vez que los comerciantes y artesanos se agruparon en gremios y expidieron reglas para regir su actividad. Dentro de estos cuerpos normativos que rigieron a la península ibérica encontramos a las Ordenanzas de Bilbao del siglo XIII, creadas por los comerciantes de esa ciudad, el Consulado del Mar de 1350, creado por el Consulado del Mar de Barcelona, y las Ordenanzas de Burgos de 1379.

Con motivo del descubrimiento de América y de su conquista, la Corona de Castilla creó la Casa de Contratación de Sevilla en 1503 y expidió las Ordenanzas de Sevilla en 1510. Asimismo, durante la colonia, la Corona de Castilla expidió diversos ordenamientos especiales para cada una de sus colonias, solo de forma ocasional, por lo que fue hasta 1680 que se logró la *Recopilación de leyes de los reynos de las Indias* en un esfuerzo por dar unidad a la legislación colonial. En realidad, se siguieron aplicando las Ordenanzas de Bilbao. Una nueva versión de estas ordenanzas fue expedida con sanción real en 1737, las cuales rigieron el comercio en las colonias en América hasta mucho después de su independencia.

3. México independiente

Nueva España comenzó su proceso de independencia en 1810, y hasta 1821 México fue reconocido como país independiente. La división y desorganización que prevalecieron después de la independencia hicieron imposible que nuestro país contara con un marco jurídico estable. Esta situación se agravó con el tiempo debido a las constantes invasiones por parte de otros países como Estados Unidos y Francia. Debido a esta realidad, durante la mayor parte del siglo XIX se siguieron aplicando las Ordenanzas de Bilbao.

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx http://biblio.juridicas.unam.mx

4. Siglo XIX

Fue hasta 1854, bajo el imperio de Antonio López de Santa Anna, que fue expedido el primer Código de Comercio mexicano; también conocido como el "Código Lares" (elaborado por el jurista Teodosio Lares). Para ese entonces, México contaba con una forma de Estado centralista y este Código se aplicaba a todo el territorio de la República.

La vigencia de este código, sin embargo, fue muy corta pues en ese mismo año los liberales proclamaron el Plan de Ayutla desconociendo a López de Santa Anna como presidente y al sistema centralista; en 1855 Santa Anna fue derrocado por los liberales y el Código Lares perdió su vigencia.

En 1857 se expidió una nueva Constitución federal, la cual repartió las facultades para legislar entre la Federación y los estados. En el artículo 24 se establecía el principio de que la Federación sólo estaba autorizada para actuar respecto de aquello que la Constitución expresamente le permitía y, por lo tanto, lo que no estaba expresamente concedido a la Federación, le correspondía a los estados. Con fundamento en este artículo, los estados estaban facultados para legislar en materia mercantil; no obstante, la mayoría de los estados prefirió regresar a las Ordenanzas de Bilbao.

5. El porfiriato

Debido a los problemas que causaba la falta de una legislación uniforme en materia de comercio, en 1883, la Constitución de 1857 fue reformada para otorgarle al Poder Legislativo federal la facultad expresa de legislar en materia de comercio. Para dar cumplimiento a dicha reforma, en 1884, bajo el gobierno de Manuel González, fue expedido el segundo Código de Comercio; sin embargo, una vez más, debido a la inestabilidad prevaleciente en el país, éste Código fue de muy corta duración, pues en 1889, bajo el gobierno de Porfirio Díaz, se expidió el tercer Código de Comercio, con vigencia a partir del 1o. de enero 1890.

6. Situación actual

El Código de Comercio de 1890 es el código vigente hasta nuestros días. En principio, como su nombre lo dice, intentó reunir en un solo cuerpo normativo la regulación del comercio. Sin embargo, a través del tiempo, el Código de Comercio ha sido derogado en múltiples disposiciones debido a

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx http://biblio.juridicas.unam.mx

que ha sido necesario ampliar la regulación de algunos aspectos que ya contenía el Código. Entre las leyes que han derogado al Código de Comercio en sus disposiciones podemos mencionar a:

- Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, publicada en el *Diario Oficial de la Federación* del 27 de agosto de 1932.

- Ley General de Sociedades Mercantiles, publicada en el *Diario Oficial de la Federación* del 4 de agosto de 1934.

- Ley sobre el Contrato de Seguro, publicada en el *Diario Oficial de la Federación* del 31 de agosto de 1935.

- Ley de Concursos Mercantiles, publicada en el *Diario Oficial de la Federación* del 12 de mayo de 2000, la cual derogó a la Ley de Quiebras y Suspensión de Pagos de 1942.

- Ley de Navegación y Comercio Marítimos, publicada en el *Diario Oficial de la Federación* del 1o. de junio de 2006, la cual derogó a la Ley de Navegación de 1994, que a su vez derogó a la Ley de Navegación y Comercio Marítimos de 1963.

- Ley Federal de Correduría Pública, publicada en el *Diario Oficial de la Federación* del 29 de diciembre de 1992.

Por otro lado, han surgido múltiples áreas que antes no estaban reguladas por nuestro Código de tal forma que actualmente existen nuevas leyes mercantiles que no tienen su base en el Código de Comercio, tales como la Ley Federal de Protección al Consumidor, la Ley del Mercado de Valores y la Ley Federal de Competencia Económica.

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx http://biblio.juridicas.unam.mx

Resumen

El surgimiento del derecho mercantil no coincide con el nacimiento del comercio. Durante la Edad Antigua, el comercio fue regulado por las mismas normas que regulaban a los contratos. Durante la Edad Media los comerciantes constituyeron una clase social que se organizó para la defensa de sus intereses, dando como resultado reglas para regular exclusivamente su actividad. Durante este periodo se regula por primera vez a los comerciantes y su actividad de manera diferenciada respecto del derecho civil. El derecho, mercantil por lo tanto, surgió en la Edad Media.

El derecho mercantil ha ido evolucionando conforme se ha transformado el comercio. Los últimos avances en el derecho mercantil, específicamente lo que se refiere al comercio electrónico, son consecuencia de la globalización.

En México no es posible hablar de derecho mercantil durante la época prehispánica, ya que muy poco lo que conocemos de las civilizaciones anteriores a la colonia.

Durante la época colonial, la Corona de Castilla expidió las Ordenanzas de Sevilla para regular el comercio en las colonias; sin embargo, en la práctica, se aplicaron en la Nueva España las mismas que regían el comercio en la península ibérica, particularmente, las Ordenanzas de Bilbao.

Debido a la inestabilidad política, social y económica que prevaleció en México después de su independencia, se siguió aplicando la normatividad de la colonia al comercio, hasta que en 1857 se expidió el primer Código de Comercio. En 1884 se expidió el segundo Código de Comercio y en 1889 se expidió el tercer Código de Comercio, vigente hasta nuestros días.

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx http://biblio.juridicas.unam.mx

Cuestionario

1. ¿Cuándo surge el comercio?
2. ¿El comercio y el derecho mercantil nacen simultáneamente?
3. ¿Cómo estaba regulado el comercio en la Edad Antigua?
4. Explique cómo estaba regulado el comercio en Roma.
5. ¿Por qué surge el derecho mercantil en la Edad Media?
6. Explique los principales cambios que sufrió el derecho mercantil en la Edad Moderna.
7. Explique los principales cambios que sufrió el derecho mercantil en la Edad Contemporánea.
8. ¿Qué es la globalización?
9. ¿A qué época se remontan los antecedentes del derecho mercantil en México?
10. ¿Qué cuerpos normativos regularon el comercio en México durante la época de la colonia?
11. ¿Qué cuerpos normativos regularon el comercio en México durante la época independiente?
12. ¿Cuándo se expidió el primer Código de Comercio en México?
13. ¿Cuándo se expidió el Código de Comercio vigente actualmente en México?
14. ¿Cuál es la situación actual del Código de Comercio vigente?

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx http://biblio.juridicas.unam.mx

Capítulo segundo
Aspectos generales del derecho mercantil

Para comprender el derecho mercantil es importante ubicarlo dentro del sistema jurídico, diferenciándolo como sistema de normas y como disciplina; lo anterior a través de diversos criterios que la doctrina ha desarrollado para fundamentar la autonomía del derecho mercantil. Además, es importante señalar su independencia del derecho civil y las fuentes que le dan sustento.

I. Definición del derecho mercantil

1. Derecho mercantil como sistema de normas jurídicas

A. Criterio material

Aparentemente, el derecho mercantil es un conjunto de normas jurídicas que regulan al comercio (conocido como criterio objetivo) y al comerciante (conocido como criterio subjetivo). Sin embargo, como lo explicaremos más adelante, definir al derecho mercantil con base en estos criterios es problemático. Ninguno de estos dos criterios nos permite diferenciar de forma clara y contundente al derecho mercantil del derecho civil porque ambas ramas del derecho regulan de alguna manera los actos jurídicos que consisten en el intercambio de bienes o servicios independientemente de la profesión de las partes.

a. Criterio objetivo

El comercio, desde el punto de vista económico, puede definirse como el intercambio de bienes o servicios; en este sentido, tanto el derecho mercan-

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx http://biblio.juridicas.unam.mx

til como el derecho civil regulan actos por medio de los cuales se lleva a cabo el intercambio de bienes o servicios.

Por ejemplo, en cualquier compraventa, sea civil o sea mercantil, hay un intercambio de bienes o servicios; por lo tanto, si utilizamos el concepto de comercio como criterio para distinguir una compraventa civil de una compraventa mercantil, llegaremos erronameamente a la conclusión de que no hay diferencia entre uno y otro acto y que el derecho mercantil es sólo un aspecto del derecho civil.

Por esta razón, el concepto de comercio en su sentido económico (en su sentido material) no permite determinar el campo de aplicación del derecho mercantil.

Otro argumento por el cual el comercio no se utiliza como criterio para distinguir al derecho mercantil es que éste no sólo regula al comercio en sí mismo, sino también a otras actividades que de alguna manera están relacionadas con el comercio, tales como la industria, la agricultura, la ganadería y la pesca, por mencionar algunas.

b. Criterio subjetivo

Debido a que el comercio no es un concepto que permite diferenciar al derecho mercantil del derecho civil, se ha tratado de emplear en su lugar al concepto de comerciante (conocido como criterio subjetivo).

Como mencionamos anteriormente, el derecho mercantil surgió como un conjunto de normas que regulaban a la actividad de los comerciantes; como consecuencia, el concepto de comerciante durante algún tiempo funcionó como un parámetro para identificar el campo de aplicación del derecho mercantil.

El derecho mercantil surgió como un derecho aplicable a los comerciantes quienes se habían constituido como una nueva clase social en la Baja Edad Media. Conforme fue evolucionando, el comercio dejó de ser una actividad propia de los comerciantes para convertirse en una actividad en la que participan personas que no necesariamente hacen del comercio una profesión. El derecho mercantil ha evolucionado a tal grado que los actos que regula son realizados no sólo por los comerciantes sino por cualquier persona, independientemente de su profesión; por lo tanto, el concepto de comerciante en la actualidad tampoco puede ser empleado como criterio para determinar el campo de aplicación del derecho mercantil.

Analicemos, por ejemplo, el caso de un ama de casa que expide un cheque para pagar los servicios de un médico. El cheque, de acuerdo con nuestro sistema jurídico, indudablemente es una cosa mercantil y por lo tanto está

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx http://biblio.juridicas.unam.mx

regulado por las leyes mercantiles, independientemente de que la naturaleza del acto que le dio origen es civil y de que el ama de casa y el médico no son comerciantes. Como podemos observar en este ejemplo, el concepto de comerciante no determina que el cheque se encuentra dentro del campo de aplicación del derecho mercantil.

Otro problema que implica utilizar el concepto de comerciante para determinar el campo de aplicación del derecho mercantil es que hay que emplear el concepto de comercio para definir al comerciante. Si se define al comerciante como aquella persona cuya actividad principal es el comercio, entonces tenemos que utilizar el concepto de comercio, el cual, como ya explicamos no es un criterio que permite diferenciar de forma clara y tajante el campo de aplicación del derecho mercantil de aquél del derecho civil porque ambos regulan de alguna manera los actos por medio de los cuales se lleva a cabo el intercambio de bienes o servicios.

Por estas razones, ha sido necesario buscar otros elementos para determinar el campo de aplicación del derecho mercantil; sin embargo, constantemente se llega a la conclusión de que es imposible definir al derecho mercantil con base en un criterio material pues da como resultado una definición demasiado ambigua o demasiado reducida.

B. Criterio formal

Debido a la dificultad para encontrar un criterio que permita sin mayores problemas determinar su campo de aplicación, la doctrina ha llegado a la conclusión de que sólo un criterio formal y no uno material puede permitirnos distinguir al derecho mercantil de cualquier otra rama del derecho.

Cuando decimos que la definición del derecho mercantil atiende a un criterio formal y no a un criterio material, queremos decir que, a diferencia de otras ramas del derecho, el derecho mercantil no puede definirse con base en la esencia de los actos que regula (el comercio o la actividad de los comerciantes), pues como ya explicamos, sólo da lugar a imprecisiones o confusiones.

Con base en el criterio formal (la forma que reviste un acto sin importar su esencia), son actos mercantiles aquéllos que el legislador determina como tales, sin importar su esencia. De esta manera, siguiendo el ejemplo del ama de casa, la expedición del cheque es un acto mercantil por el hecho de que el cheque es un título de crédito regulado por el derecho mercantil porque el legislador así lo ha dispuesto y, por lo tanto, siempre se regirá por las leyes mercantiles, sin importar el acto que le haya dado origen e independientemente de la actividad de los sujetos que hayan intervenido en el acto.

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx http://biblio.juridicas.unam.mx

En este caso, el ama de casa y el doctor no son comerciantes y el acto que dio origen a la expedición del cheque es civil; sin embargo, por el simple hecho de que el cheque es un título de crédito, su expedición, contenido y consecuencias se rigen por las leyes mercantiles porque así lo ha determinado el legislador.

Sólo por una cuestión metodológica, algunos autores han insistido en proponer algunas definiciones de derecho mercantil como sistema de normas jurídicas. Entre otras definiciones encontramos las siguientes:

- Según *Jorge Barrera Graf*, el derecho mercantil es "el que regula las actividades comerciales e industriales en las que, generalmente, intervienen comerciantes y empresarios".[1]

- Según *Raúl Cervantes Ahumada*, el derecho mercantil es un "conjunto coordinado de estructuras ideales, pertenecientes al ordenamiento jurídico general y destinadas a realizarse o actualizarse principalmente en la actividad de la producción o de la intermediación en el cambio de bienes o servicios destinados al mercado general".[2]

- Según *Roberto Mantilla Molina*, el derecho mercantil es "el sistema de normas jurídicas que determinan su campo de aplicación mediante la calificación de mercantiles dada a ciertos actos, regulan a éstos y la profesión de quienes se dedican a celebrarlos".[3]

- Según *Joaquín Rodríguez Rodríguez*, el derecho mercantil es un "derecho de los actos en masa realizados por empresas".[4]

Cabe destacar que las definiciones citadas fueron propuestas por autores de nuestro país durante el siglo pasado. A pesar de su antigüedad, hemos citado estas definiciones porque las aportaciones al derecho mercantil de estos autores siguen teniendo vigencia.

Nuestra legislación mercantil se ha ido modificando conforme el comercio ha ido evolucionado a lo largo del tiempo, particularmente después de la segunda mitad del siglo XX y con mayor intensidad a principios de este siglo, pues durante este período el comercio se convirtió en una de las actividades más relevantes en la economía mundial debido a la globalización. A pesar de estos cambios, los fundamentos de nuestra legislación mercantil siguen siendo los mismos porque los principios que sirven de base para toda la legislación mercantil mexicana, específicamente en lo que se refiere a los

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx http://biblio.juridicas.unam.mx

lineamientos generales sobre el acto de comercio y el comerciante, siguen intactos en el Código de Comercio vigente desde 1890.

Con esto, no queremos decir que la legislación mercantil en México no requiere un replanteamiento; por el contrario, a lo largo de este texto resaltaremos las deficiencias de nuestra legislación, pero hasta en tanto no contemos con un nuevo Código de Comercio o hasta que el vigente no incorpore reformas que transformen su esencia, es conveniente prestar atención a lo que estos autores han aportado a esta disciplina.

2. El derecho mercantil como disciplina jurídica

El derecho mercantil también puede ser definido como disciplina jurídica. Tomando como base la definición de Roberto Mantilla Molina, podemos definir al derecho mercantil como el estudio sistematizado de un conjunto de normas jurídicas que regulan a determinados actos jurídicos calificados por el legislador como mercantiles, y a aquéllas personas que realizan dichos actos.

II. Autonomía del derecho mercantil como disciplina jurídica

Como se afirmó anteriormente, el derecho mercantil regula al comercio y al comerciante. Pero dentro de la ciencia del derecho, el comercio y el comerciante no son objeto de estudio exclusivo del derecho mercantil pues también son objeto de estudio de otras disciplinas jurídicas. Por ejemplo, el derecho penal también tiene por objeto de estudio al comercio y al comerciante en tanto están relacionados con la comisión de un delito.

Además, estos dos elementos no son objeto de estudio exclusivo del derecho; también son objeto de estudio de otras disciplinas como la economía, la sociología, la psicología, la antropología y la contaduría sólo por mencionar algunas.

Por esta razón, surge la necesidad de analizar la autonomía del derecho mercantil frente a otras disciplinas jurídicas, específicamente respecto derecho civil.

El análisis de la autonomía del derecho mercantil frente a otras disciplinas jurídicas ha cobrado fuerza recientemente como consecuencia de dos situaciones:

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx http://biblio.juridicas.unam.mx

- El comercio ha evolucionado hasta abarcar a una multitud de actividades e involucrar tanto a comerciantes como a no comerciantes. Por esta razón, se ha cuestionado la necesidad de mantener una división entre el derecho civil y el derecho mercantil.

- La globalización ha facilitado el intercambio de instituciones e ideas entre diversos sistemas jurídicos. Cada sistema jurídico le da distinto tratamiento al comercio; en algunos sistemas jurídicos no existe una división entre derecho civil y derecho mercantil para regular al intercambio de bienes o servicios, sino que es una sola disciplina ubicada dentro del derecho privado la que regula al comercio.[5] Por ejemplo, en Estados Unidos, cuyo sistema jurídico pertenece a la familia jurídica del *common law*, no existe una división entre derecho civil y derecho mercantil dentro del Derecho Privado, sino que hay una rama llamada *comercial law* que tiene por objeto al comercio, la cual, a pesar de su nombre, incluye a todos los contratos privados sin importar si son realizados por comerciantes o no. La globalización ha permitido que esta concepción del derecho privado en la que no existe una diferenciación entre derecho mercantil y derecho civil sea atractiva en aquellos países en los que esta diferenciación sí existe.

Debido a esta necesidad de justificar la existencia y autonomía del derecho mercantil como disciplina jurídica, los expertos en la materia han empleado los criterios que la doctrina mexicana ha considerado para determinar la autonomía de una disciplina jurídica, a saber: autonomía didáctica, autonomía legislativa y autonomía jurisdiccional.

1. Autonomía científica y didáctica

El derecho mercantil tiene un objeto de estudio propio que son las normas que regulan a los actos calificados por la ley como mercantiles y a las personas que se dedican a realizarlos.

El derecho mercantil tiene una metodología propia. A diferencia del derecho civil que regula actos aislados y que, por lo tanto, exige el cumplimiento de determinados requisitos de forma, el derecho mercantil regula actos masivos, de intermediación en el cambio y con propósito de lucro y, por lo tanto, es más flexible en cuanto a los requisitos de forma. Por ejemplo, las reglas que exigen el cumplimiento de requisitos de forma en los contratos son mucho más flexibles que en el derecho mercantil que en el derecho

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx http://biblio.juridicas.unam.mx

civil. Por lo tanto el método de estudio del derecho mercantil necesariamente es distinto a aquél del derecho civil.

El derecho mercantil también cuenta con autonomía didáctica pues se imparte como una disciplina autónoma del derecho civil. Además, constituye una materia que es objeto de investigación en las principales universidades de nuestro país; incluso, existe una amplia lista de obras especializadas en la materia.

2. Autonomía legislativa

En nuestro país, han sido expedidas desde el siglo XIX un conjunto de leyes especializadas en derecho mercantil. Actualmente no sólo contamos con un código en la materia sino una serie de leyes que han ido regulando a profundidad cada aspecto del derecho mercantil. Por ejemplo, las sociedades mercantiles están reguladas por la Ley General de Sociedades Mercantiles; los títulos de crédito están regulados por la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito; los bancos están regulados por la Ley de Instituciones de Crédito.

3. Autonomía jurisdiccional

Hasta el momento no se han creado tribunales especializados en materia mercantil en México; sin embargo, el Código de Comercio integró una serie de disposiciones procesales aplicables a asuntos mercantiles.

La carencia de tribunales especializados en materia jurisdiccional en realidad se debe a cuestiones prácticas más que a una cuestión jurídica. En un inicio, los casos en materia mercantil eran escasos comparados con el número de casos en materia civil, por esta razón se pensó que no era necesaria la creación de toda una estructura judicial especializada en la materia mercantil. Actualmente, con el desarrollo del comercio, ha surgido el interés por discutir la conveniencia de crear tribunales especializados en esta materia.

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx http://biblio.juridicas.unam.mx

III. Grados de separación entre el derecho mercantil y el derecho civil

Reconociendo que la división entre el derecho mercantil y del derecho civil no es del todo clara, la doctrina ha clasificado los grados de separación entre uno y otro con base en los siguientes criterios:

- *Separación del derecho subjetivo*. Se refiere a que una y otra rama del derecho privado cuentan con un cuerpo de normas sustantivas propio.

- *Separación del derecho adjetivo*. Se refiere a que una y otra rama del derecho privado cuentan con un cuerpo de normas procesales propio.

- *Separación jurisdiccional*. Se refiere a que una y otra rama del derecho privado cuentan con tribunales propios.

De la combinación de estos tres criterios se desprenden tres grados de separación del derecho privado:

- *Separación máxima*. Ambas ramas cuentan tanto con un cuerpo de normas sustantivas como un cuerpo de normas adjetivas propios, así como con tribunales especializados.

- *Separación media*. Ambas ramas cuentan tanto con un cuerpo de normas sustantivas como con un cuerpo de normas adjetivas propios pero no existen tribunales especializados sino que los tribunales comunes conocen de ambas materias.

- *Separación mínima*. Ambas ramas cuentan con un cuerpo de normas sustantivas pero comparten el cuerpo de normas adjetivas así como los tribunales.

- *Unidad del derecho privado*. No existe diferenciación entre derecho civil y derecho mercantil.

El desarrollo del comercio y su trascendencia en la sociedad han contribuido a la expansión del derecho mercantil al grado de invadir algunos espacios del derecho civil y dar lugar a una doble regulación de diversos actos jurídicos. Como resultado, se ha planteado en diversos momentos la unificación del derecho mercantil y del derecho civil.

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx http://biblio.juridicas.unam.mx

De acuerdo con Arturo Díaz Bravo, la unificación del derecho mercantil y del derecho civil se ha propuesto con base en los siguientes argumentos:

- La división entre derecho civil y derecho mercantil atendía a un contexto histórico.
- La separación entre derecho civil y derecho mercantil crea problemas sustantivos, adjetivos y jurisdiccionales.
- La disociación del derecho civil y el derecho mercantil impiden un análisis más profundo del derecho privado.
- La existencia de sistemas jurídicos en los que el derecho privado está unificado permite darnos cuenta de sus ventajas.[6]

Por el contrario, de acuerdo con el mismo autor, quienes se pronuncian en contra de la unificación del derecho mercantil y el derecho civil argumentan lo siguiente:

- El contexto histórico en el que surgió el derecho mercantil como una rama autónoma del derecho civil sigue teniendo vigencia, pues el derecho civil es rígido y formalista, mientras que el derecho mercantil es flexible.
- La separación entre el derecho civil y el derecho mercantil permite la especialización de las normas sustantivas y adjetivas, así como de la actividad jurisdiccional y de los estudios doctrinales.
- Es conveniente que las actividades económicas tengan un tratamiento diferenciado.
- La unidad del derecho privado en los sistemas jurídicos de la familia del *common law* es resultado de un contexto histórico, mientras que su unificación en Suiza e Italia es meramente formal.[7]

IV. El derecho mercantil como derecho especial

Desde el punto de vista constitucional, el derecho mercantil es una rama especializada del derecho y no un derecho privativo.

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx http://biblio.juridicas.unam.mx

El artículo 13 constitucional protege el derecho a la igualdad frente a la ley. De acuerdo con la interpretación de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, la igualdad frente a la ley se traduce en leyes generales, abstractas y permanentes.[8] Estas tres características consisten en que la ley prevé supuestos que son aplicables a diversas personas, a múltiples casos y que su vigencia no se agota con su sola aplicación sino que es necesario seguir el mismo procedimiento que le dio origen. Dicho de otra manera, la ley consiste en hipótesis universales (no se refiere a casos concretos) que están dirigidas a todas aquellas personas que se colocan dentro de un supuesto legal (no está dirigido a personas determinadas individualmente) y cuya aplicación es permanente (su vigencia no se agota al ser aplicada a un caso concreto y a una persona determinada).

El derecho mercantil no es una ley privativa pues se trata de un sistema de normas que cumple con los requisitos de generalidad, abstracción y permanencia.

El derecho mercantil es un sistema de normas que regula de forma universal los actos calificados como mercantiles; no regula casos concretos. Por ejemplo, el Código de Comercio establece lineamientos generales sobre lo que es un acto de comercio al establecer en su artículo 75 un listado de actividades que tienen en común que son actos masivos, con un fin de lucro y/o realizados por empresas. En cambio, estaríamos en presencia de una ley privativa si el Código de Comercio en su artículo 75 reputase como acto de comercio: "la compra que realiza el señor Martínez del automóvil marca Volkwagen, modelo Jetta 2008, al señor González".

El derecho mercantil es un sistema de normas jurídicas que van dirigidas a un conjunto de personas calificadas como comerciantes. Son normas que están dirigidas sólo a aquéllas personas calificadas como comerciantes, pero dentro de esta categoría el trato no es diferenciado. En otras palabras, las normas no regulan a una persona en específico o a un conjunto de personas en específico. Por ejemplo, el Código de Comercio establece en su artículo 3o. que son comerciantes las personas físicas que hagan del comercio su ocupación ordinaria así como las sociedades mercantiles nacionales y extranjeras. En cambio, estaríamos en presencia de una ley privativa si el Código de Comercio estableciese en su artículo 3o. que: "son comerciantes el señor abc Martínez Gonzáles o los vecinos del conjunto habitacional Tlatelolco de la Delegación Cuahutémoc del Distrito Federal".

El derecho mercantil es un conjunto de normas cuya vigencia no se agota con su aplicación a un caso concreto sino a través del mismo procedimiento legislativo que les dio origen.

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx http://biblio.juridicas.unam.mx

El derecho mercantil entonces no es una ley privativa sino un área especializada del derecho porque sus normas regulan una categoría de actos jurídicos (actos de comercio) y una categoría de personas (comerciantes); al interior de esa categoría el tratamiento es universal.

V. Fuentes del derecho mercantil

Por fuentes del derecho entendemos aquellos elementos materiales y formales que dan origen a las normas jurídicas. Siguiendo la clasificación de Eduardo García Máynez, las fuentes del derecho son formales, materiales e históricas.[9]

1. Fuentes formales

Las fuentes formales son las normas creadas a través de un procedimiento determinado.

A. Ley

La principal fuente formal en nuestro sistema jurídico es la ley. Por ley entendemos el conjunto de normas expedidas por una autoridad facultada por el Poder Constituyente, generalmente el Poder Legislativo.

En la cúspide de las leyes y en general de todas las normas que rigen a nuestro sistema jurídico, encontramos a la Constitución federal.

Las bases constitucionales de la materia mercantil se encuentran en diversas disposiciones, pero es el artículo 73, fracción X, de la Constitución el que faculta al Congreso General para legislar en materia de comercio.

En segundo lugar, se encuentran los tratados internacionales, los cuales, de acuerdo con la interpretación del artículo 133 constitucional, que hizo la Suprema Corte de Justicia de la Nación, una vez ratificados por el Senado son parte del orden jurídico interno y se encuentran jerárquicamente por debajo de la Constitución federal.[10]

En tercer lugar, se ubican las leyes mercantiles propiamente dichas. En México, contamos con un Código de Comercio, que contiene los lineamientos generales de la regulación de la materia mercantil, y con diversas leyes especiales, que regulan aspectos específicos de la materia mercantil, tales como la Ley General de Sociedades Mercantiles, la Ley General de Títulos y Opera-

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx http://biblio.juridicas.unam.mx

ciones de Crédito, la Ley de Navegación y Comercio Marítimo, la Ley sobre el Contrato de Seguro, la Ley Federal de Correduría Pública, etcétera.

En cuarto lugar, encontramos a las disposiciones que reglamentan las normas contenidas en las leyes mercantiles, conocidas como las Normas Oficiales Mexicanas (NOMs). Las Normas Oficiales Mexicanas son un conjunto de disposiciones que el Poder Ejecutivo está facultado para expedir con base en la fracción I del artículo 89 constitucional, es decir, son disposiciones reglamentarias. Estas disposiciones establecen requisitos sobre los productos o servicios que se encuentran en el comercio y son expedidas a través de diversas secretarías de Estado, dependiendo del tipo de producto o servicio del que se trate.

a. Supletoriedad

Debido a que las leyes mercantiles pueden ser omisas o incompletas en diversos aspectos, las propias leyes establecen un sistema de supletoriedad para complementar o suplir tales omisiones o insuficiencias.

En materia mercantil, podemos encontrar dos sistemas de supletoriedad: un sistema de supletoriedad general y un sistema de supletoriedad especial.

i. Sistema de supletoriedad general

El sistema de supletoriedad general está determinado por el Código de Comercio, el cual establece a su vez un sistema de supletoriedad para normas sustantivas y un sistema de supletoriedad para normas adjetivas.

Supletoriedad de las normas sustantivas

El artículo 2o. del Código de Comercio dispone que: "A falta de disposiciones de este ordenamiento y las demás leyes mercantiles, serán aplicables a los actos de comercio las del derecho común contenidas en el Código Civil aplicable en materia federal".

De acuerdo con el artículo citado, cuando las normas sustantivas del Código de Comercio sean omisas, se aplicarán las normas de las leyes mercantiles especiales; si éstas últimas también son omisas, entonces se aplican las disposiciones del Código Civil Federal.

Cabe aclarar que el texto del artículo 2o. del Código de Comercio no ha sido actualizado para incorporar las reformas relativas a las facultades del Distrito Federal de expedir sus propias leyes,

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx http://biblio.juridicas.unam.mx

por lo que este artículo sigue disponiendo que: "serán aplicables a los actos de comercio las del derecho común contenidas en el Código Civil aplicable en materia federal". Por esta razón, es importante fundamentar que es aplicable el Código Civil Federal y no el Código Civil para el Distrito Federal con base en el artículo segundo transitorio de las reformas al Código Civil Federal y al del Distrito Federal publicadas en el *Diario Oficial de la Federación* del 29 de mayo de 2000, que dispone: "Las menciones que en otras disposiciones de carácter federal se hagan al Código Civil para el Distrito Federal en materia común y para toda la República en materia federal, se entenderán referidas al Código Civil Federal."

Supletoriedad de las normas adjetivas

En cuanto a las normas adjetivas, el artículo 1054 del mismo Código dispone que:

> En caso de no existir convenio entre las partes sobre el procedimiento ante tribunales en términos de los anteriores artículos, salvo que las leyes mercantiles establezcan un procedimiento especial o supletoriedad expresa, los juicios mercantiles se regirán por las disposiciones de este libro y, en su defecto, se aplicará supletoriamente el Código Federal de Procedimientos Civiles y en caso de que no regule suficientemente la institución cuya supletoriedad se requiera, la ley de procedimientos local respectiva.

De acuerdo con esta disposición, los procedimientos en materia mercantil se rigen por lo convenido entre las partes o por un compromiso arbitral si lo hay; de no haber convenio entre las partes o compromiso arbitral, entonces se aplican las normas establecidas por las leyes especiales y su propio sistema de supletoriedad; en caso de que no sea aplicable una ley especial o la ley especial aplicable sea omisa, entonces se atiende a lo que establece el Código de Comercio; en lo que éste sea insuficiente, se aplican las disposiciones del Código Federal de Procedimientos Civiles; si este último también es omiso o insuficiente, entonces se aplican las disposiciones locales sobre procedimientos civiles.

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx http://biblio.juridicas.unam.mx

ii. Sistema de supletoriedad especial

El sistema de supletoriedad especial es aquél que cada ley mercantil especial determina.

Por ejemplo, el artículo 2o. de la Ley de Títulos y Operaciones de Crédito, dispone que:

> Los actos y las operaciones a que se refiere el artículo anterior, se rigen: I.- Por lo dispuesto en esta ley y en las demás leyes especiales, relativas; en su defecto, II.- Por la Legislación Mercantil general; en su defecto, III.- Por los usos bancarios y mercantiles, y en defecto de éstos, IV.- Por el Derecho Común, declarándose aplicable en toda la República para los fines de esta ley, el Código Civil del Distrito Federal.

No todas las leyes mercantiles especiales definen su propio sistema de supletoriedad. En estos casos, se aplican las reglas de supletoriedad general.

B. Costumbre

La costumbre es la práctica reiterada de una conducta implantada en la sociedad y considerada por ésta como jurídicamente obligatoria.

El artículo 10 del Código Civil Federal dispone que: "Contra la observancia de la ley no puede alegarse desuso, costumbre o práctica en contrario." Por lo tanto, en nuestro sistema jurídico, la costumbre está reconocida como fuente del derecho pero su aplicación está supeditada a lo que dispone la ley, es decir, su aplicación es de carácter supletorio.

En derecho mercantil, ha sido más común utilizar el término "usos mercantiles" en lugar del término "costumbre" porque, según algunos autores, el término "usos mercantiles" es más amplio, ya que incluye tanto prácticas generalizadas en toda una sociedad como prácticas que surgen en una relación contractual determinada y que sólo es vinculante para las partes en ese contrato. Siguiendo entonces la terminología utilizada por la doctrina mercantil, los usos mercantiles han sido clasificados de la siguiente manera:

- *Por los sujetos vinculados a ella*, los usos pueden ser interpretativos o convencionales y normativos o generales. Los primeros rigen sólo a las partes en una relación contractual, mientras que los segundos rigen a todas las personas que realizan un acto de comercio.

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx http://biblio.juridicas.unam.mx

- *Por su ámbito de aplicación material*, los usos pueden ser generales y especiales. Los primeros son prácticas que rigen a todo el comercio, mientras que los segundos rigen sólo a ciertas áreas del comercio.

- *Por su ámbito de aplicación espacial*, los usos pueden ser generales y locales. Los primeros son practicados en todo el territorio comprendido por un sistema jurídico mientras que los segundos son practicados sólo en regiones o localidades de un sistema jurídico.

- *Por su validez*, los usos pueden ser normativos e interpretativos. Los primeros constituyen una presunción a favor de quien los invoca en un juicio, mientras que los segundos requieren que su existencia sea probada en un juicio.

Un ejemplo de usos mercantiles lo encontramos en la industria algodonera, en la que se emplea la "paca" como medida para el comercio del algodón. La cantidad de algodón que contiene una paca no es arbitraria, sino que es una cantidad determinada en centímetros.

C. Jurisprudencia

La jurisprudencia son las normas jurídicas contenidas en las interpretaciones elaboradas por los tribunales al resolver un caso determinado. Las normas jurídicas contenidas en la jurisprudencia se originan de la interpretación de la ley para un caso concreto elaborada en una sentencia, pero adquieren el carácter general, abstracto, externo, heterónomo y coactivo al cumplir con los requisitos establecidos por los artículos 192, 193 y 197 de la Ley de Amparo.

Sólo las resoluciones de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, funcionando en pleno o en alguna de sus dos salas, así como de los tribunales colegiados de circuito pueden producir jurisprudencia.

Hay dos vías para constituir jurisprudencia. La primera vía es por reiteración de tesis. De acuerdo con el artículo 192 de la Ley de Amparo, por esta vía se constituye jurisprudencia cuando una resolución de la Suprema Corte está sustentada en "cinco sentencias no interrumpidas por otra en contrario, que hayan sido aprobadas por lo menos por ocho ministros si se tratara de jurisprudencia del Pleno, o por cuatro ministros, en los casos de jurisprudencia de las salas".

En el caso de los tribunales colegiados de circuito, para que sus resoluciones constituyan jurisprudencia por esta vía, de acuerdo con el artículo

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx http://biblio.juridicas.unam.mx

193 de la Ley de Amparo, es necesario también que estén sustentadas "en cinco sentencias no interrumpidas por otra en contrario y que hayan sido aprobadas por unanimidad de votos de los magistrados que integran cada tribunal colegiado".

La segunda vía es por contradicción de tesis, que de acuerdo con los artículos 197 y 197-A de la Ley de Amparo, consiste en que cuando las salas de la Suprema Corte de Justicia o los tribunales colegiados de circuito sustentan tesis contradictorias, el Pleno de la Suprema Corte de Justicia en el primer caso o cualquiera de las salas de la misma en el segundo caso, resuelven cuál de las dos tesis es la que prevalece. En cuanto a la votación requerida para que la resolución constituya jurisprudencia, la Ley de Amparo es omisa, pero según la SCJN, es necesario que se apruebe por mayoría de votos.[11]

D. Principios generales del derecho

Los principios generales del derecho son normas jurídicas fundamentales, escritas o no, que rigen un determinado sistema jurídico en su conjunto. Debido a que el Código de Comercio es omiso en cuanto a la aplicación de los principios generales del derecho, es necesario atender lo que a este respecto dispone el artículo 19 del Código Civil Federal; según está disposición, en caso de omisiones o insuficiencias de la ley, se aplican los principios generales del derecho.

Un ejemplo de los principios generales del derecho es la equidad. En un sentido muy amplio, la equidad es considerada como la justicia aplicada a un caso concreto cuando en la ley hay omisiones o su aplicación rigurosa da lugar a errores o a una injusticia.

En derecho civil y en derecho mercantil, la equidad es un principio que contribuye a suplir las omisiones de la ley. El artículo 17 del Código Civil, establece que:

> Cuando alguno, explotando la suma ignorancia, notoria inexperiencia o extrema miseria del otro; obtiene un lucro excesivo que sea evidentemente desproporcionado a lo que él por su parte se obliga, el perjudicado tiene derecho a elegir entre pedir la nulidad del contrato o la reducción equitativa de su obligación, más el pago de los correspondientes daños y perjuicios.

De acuerdo con esta disposición, en los casos de lesión, el juez debe resolver con base en la equidad.

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx http://biblio.juridicas.unam.mx

E. Doctrina

La doctrina puede ser definida como el estudio del derecho que realizan los juristas con el fin de sistematizar e interpretar las normas jurídicas.

En nuestro sistema jurídico, de acuerdo con la interpretación de la SCJN, la doctrina no tiene fuerza vinculante pues sólo se trata de opiniones de juristas.[12] La interpretación nos parece acertada pues los juristas no están facultados por el Poder Constituyente para crear normas jurídicas; sin embargo, tanto las leyes como las resoluciones de los jueces comúnmente están basadas en estas opiniones y, por lo tanto, desde el punto de vista doctrinal, son fuente del derecho.

Cabe mencionar que a nivel internacional, la doctrina tampoco es vinculante pero tiene un mayor reconocimiento como fundamento de las resoluciones de los tribunales internacionales; es fácil encontrar en resoluciones de estos tribunales referencias de trabajos de juristas especializados.

2. Fuentes reales

Las fuentes reales son el conjunto de hechos de la naturaleza, creaciones del hombre, eventos sociales, políticos y económicos que le dan contenido a las normas jurídicas.

Por ejemplo, un temblor, una crisis económica, el sobrecalentamiento global, etcétera, por sus efectos en los seres humanos y, específicamente, en sus relaciones, han dado lugar a la modificación del derecho mercantil en diversos sentidos.

3. Fuentes históricas

Son aquéllos elementos materiales que nos permiten conocer el derecho vigente en épocas pasadas en un lugar determinado.

Por ejemplo, la estela en la que está grabado el Código de Hammurabi nos permite conocer el derecho vigente hace miles de años en medio oriente.

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx http://biblio.juridicas.unam.mx

Resumen

El derecho mercantil puede ser definido como sistema de normas jurídicas y como disciplina de la ciencia jurídica.

Como sistema de normas jurídicas, es necesario determinar su campo de aplicación. Para determinar dicho campo de aplicación pueden utilizarse dos criterios, uno material, el cual está determinado por la esencia de los hechos y actos que regula, y otro formal, el cual está determinado por los requisitos que establece la ley.

Debido a los problemas que implica definir al derecho mercantil, como sistema de normas jurídicas con base en un criterio material, los estudiosos de esta materia han concluido que sólo es posible definir al derecho mercantil con base en un criterio formal, es decir, con base en lo que la ley dispone que es comercio y comerciante.

El derecho mercantil también puede ser definido como una disciplina jurídica que tiene por objeto de estudio precisamente las normas que el legislador determina como mercantiles.

A pesar del formalismo que rige el campo de aplicación del derecho mercantil, su autonomía como disciplina jurídica se justifica con base en los criterios que la doctrina mexicana ha propuesto para tal efecto, a saber: autonomía científica y didáctica, autonomía legislativa y autonomía jurisdiccional. En cuanto a esta última, si bien es cierto que en México no contamos con una estructura judicial especializada en esta materia, sí contamos con reglas de procedimiento para la materia mercantil.

Asimismo, debido a la frágil división entre derecho civil y derecho mercantil, la doctrina mercantilista ha tratado de identificar los diferentes grados de separación entre estas dos ramas del derecho, basada en los siguientes elementos: normas sustantivas, normas adjetivas y órganos jurisdiccionales.

Finalmente, como sistema de normas jurídicas con un campo de aplicación propio, el derecho mercantil cuenta con fuentes propias de las que se originan sus normas; entre las principales fuentes del derecho mercantil encontramos a la ley y a la costumbre.

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx http://biblio.juridicas.unam.mx

Cuestionario

1. ¿Cuáles son los criterios que la doctrina utiliza para definir al derecho mercantil como sistema de normas jurídicas?
2. ¿Cuáles son los dos aspectos que incluye el criterio material?
3. ¿Cuáles son los problemas que implica definir al derecho mercantil como sistema de normas jurídicas con base en un criterio material?
4. ¿En qué consiste el criterio formal?
5. Enuncie una de las definiciones del derecho mercantil como sistema de normas jurídicas propuestas por la doctrina.
6. Defina al derecho mercantil como disciplina jurídica.
7. ¿Cuáles son los criterios para justificar la autonomía del derecho mercantil?
8. ¿Cuáles son los grados de separación entre el derecho civil y el derecho mercantil que la doctrina ha identificado?
9. ¿Cuáles son las características de una ley privativa?
10. ¿Por qué las leyes privativas están prohibidas por la Constitución federal?
11. ¿Cuáles son las características de una ley especial?
12. ¿Por qué el derecho mercantil es un derecho especial y no una ley privativa?
13. ¿Con base en la clasificación del profesor Eduardo García Máynez de las fuentes del derecho en general, cuáles son las tres clases de fuentes del derecho mercantil?
14. ¿Cuáles son las leyes que rigen al derecho mercantil en México?
15. ¿En qué consiste el sistema de supletoriedad de las leyes mercantiles?
16. ¿Qué son los usos mercantiles?

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx http://biblio.juridicas.unam.mx

Capítulo tercero
Acto de comercio

En este capítulo, definiremos al acto de comercio para después identificar las características del mismo y los tipos de acto de comercio con base en la clasificación de Roberto Mantilla Molina.

I. Definición de acto de comercio

Utilizamos el término "acto de comercio", para distinguir aquéllos actos jurídicos regulados por el derecho mercantil, de los "actos civiles", que son aquéllos regulados por el derecho civil.

Aparentemente, el acto de comercio es sinónimo de comercio; sin embargo, el concepto de comercio es demasiado amplio como para acotarlo exclusivamente al derecho mercantil. El comercio es un concepto económico que se puede definir como el intercambio de bienes o servicios; como lo explicamos, jurídicamente, el intercambio de bienes o servicios se puede llevar a cabo a través de un acto jurídico regulado por el derecho mercantil o por el derecho civil, de ahí el problema que implica utilizar el concepto de comercio como sinónimo de acto de comercio.

Por esta razón, para definir al acto de comercio, es necesario utilizar un criterio formal en lugar de un criterio material. Con base en un criterio formal, el acto de comercio puede ser definido como el acto jurídico calificado como mercantil por la ley.

Desde el punto de vista de la lógica, esta definición es circular; no obstante, dado el criterio formal que rige al derecho mercantil, ésta es la mejor manera de definir al acto de comercio.

Cabe destacar que el problema de la definición de acto de comercio no sólo se presenta en nuestro sistema jurídico sino en todos aquellos sistemas cuyo derecho privado ha sido dividido en dos ramas: derecho civil y derecho mercantil.

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx http://biblio.juridicas.unam.mx

II. Disposiciones que determinan la mercantilidad de los actos jurídicos

El artículo 75 del Código de Comercio contiene una lista de actos jurídicos que se reputan como actos de comercio. Esta lista atiende a un criterio formal (requisitos establecidos por la ley) en lugar de un criterio material (la esencia del acto de comercio). De acuerdo con este artículo, son actos de comercio los siguientes actos jurídicos:

- Compraventa y arrendamiento de bienes muebles, en estado natural o después de trabajados o labrados cuando se realicen con propósito de especulación comercial.
- Compraventa de bienes inmuebles cuando se realicen con propósito de especulación comercial.
- Compraventa de títulos valor de sociedades mercantiles.
- Contratos que recaen sobre títulos de crédito emitidos por el Estado u otros títulos de crédito corrientes en el mercado.
- Los actos inherentes a las empresas de abastecimiento y suministros.
- Los actos inherentes a las empresas constructoras y de trabajos públicos y privados.
- Los actos inherentes a las empresas de fábricas y manufacturas.
- Los actos inherentes a las empresas transportistas y de turismo.
- Los actos inherentes a las librerías y empresas editoriales y tipográficas.
- Los actos inherentes a las empresas de comisiones, de agencias, de oficinas de negocios comerciales, casas de empeño y establecimientos de ventas en pública almoneda.
- Los actos inherentes a las empresas de espectáculos públicos.
- La comisión mercantil.

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx http://biblio.juridicas.unam.mx

- Operaciones de mediación mercantil.
- Operaciones de bancos.
- Contratos relacionados con el comercio marítimo y la navegación interior y exterior.
- Contrato de seguro.
- Depósito en almacenes generales de depósito y operaciones que recaen sobre títulos de crédito emitidos con motivo de dicho depósito.
- Cheques, letras de cambio y remesas.
- Títulos de crédito a la orden o al portador; obligaciones de los comerciantes a menos que se pruebe que derivan de una causa extraña al comercio.
- Contratos celebrados entre comerciantes, si no son de naturaleza esencialmente civil.
- Contratos celebrados por los empleados de los comerciantes cuando se llevan a cabo con motivo de la actividad del comerciante.
- Venta de productos agrícolas realizada por el propietario de la finca o el cultivador.
- Contratos regulados por la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito.

La última fracción de este artículo añade que también son actos de comercio aquéllos que tengan naturaleza análoga a aquéllos enunciados expresamente. La función de esta fracción es establecer que se trata sólo de una lista enunciativa.

En otras leyes también podemos encontrar enunciados actos de comercio como son el artículo 12 de la Ley Reglamentaria del Artículo 27 Constitucional en el Ramo del Petróleo, el artículo 1o. de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito y el artículo 10 de la Ley General de Instituciones de Fianzas, sólo por mencionar algunos.

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx http://biblio.juridicas.unam.mx

III. Características del acto de comercio

A pesar de la imposibilidad para definir al acto de comercio, por una cuestión de metodología, los estudiosos del derecho mercantil han tratado de identificar la esencia del acto de comercio para poder distinguirlo del acto civil, de lo cual han resultado las siguientes notas características:

1. Actos con propósito de lucro

El *lucro* es un término económico que consiste en la obtención de una utilidad o ganancia por medio de la especulación.

La ganancia es el excedente que se obtiene de los ingresos sobre los egresos, es decir, las ganancias se obtienen cuando los ingresos por una actividad son mayores que los costos generados para realizarla.

Por ejemplo, el productor ABC se dedica al cultivo de algodón. Este año produjo 1000 pacas de algodón, las que le costaron 6,000 pesos producir. El productor ABC vende 1000 pacas de algodón a 10,000 pesos a la fábrica DEF que produce telas de algodón. La ganancia del productor ABC por la producción y venta de 1000 pacas de algodón es de 4,000 pesos (10,000 pesos que recibió por la venta de las 1000 pacas de algodón menos 6,000 pesos que le costó producirlas).

Aunado al concepto de ganancia, está el de *especulación*. La especulación está íntimamente ligada al lucro y va de la mano de la ganancia, pero la especulación no es sinónimo de lucro ni de ganancia. La especulación consiste en la obtención de una ganancia con base en las variaciones en los precios de compra y venta; las variaciones en los precios de compra y venta implican a su vez un riesgo (posibilidad de una pérdida) pues a mayor variabilidad mayor será la ganancia esperada pero mayor será el riesgo de pérdida.

Por ejemplo, el señor XYZ se dedica a la especulación de los precios de monedas. Sus ganancias las obtiene de la siguiente manera: El lunes el precio del peso frente al dólar americano es de 10.00 pesos, el señor XYZ compra un dólar. El día de mañana, martes, el precio del peso frente al dólar americano se de 11.00 pesos, el señor XYZ vende su dólar. De la compra y venta del dólar, el señor XYZ obtiene una ganancia de 1 peso (1 peso es el resultado de restarle a 11.00 pesos que recibió por la venta del dólar, 10.00 pesos que le costó comprarlo).

Suponga usted ahora que el día de pasado mañana, miércoles, el precio del dólar americano es de 10.50 y el señor XYZ vuelve a comprar un

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx http://biblio.juridicas.unam.mx

dólar. El día siguiente, el jueves, el precio del dólar americano es de 11.50; entonces el señor XYZ vende su dólar. De la compra y venta del dólar, el señor XYZ obtiene una ganancia de 1.00 peso (1 peso es el resultado de restarle a 11.50 pesos que recibió por la venta del dólar, 10.50 pesos que le costó comprarlo). De la compra y venta sucesiva de dólares en esta semana, la ganancia total para el señor XYZ es de 2.00 pesos.

Cabe destacar que la especulación con el precio de las monedas conlleva un riesgo, pues el señor XYZ corre el riesgo de perder su inversión. El señor XYZ compra el dólar a la baja con la expectativa de que al día siguiente o en los siguientes días el dólar vuelva a apreciarse para poder venderlo y así obtener una ganancia. Sin embargo, existe la posibilidad de que el peso siga apreciándose al día siguiente o en los siguientes días, caso en el cual el señor XYZ perdería su inversión. Por ejemplo, suponga usted que después de que el señor XYZ compró el dólar a 10.00 pesos, el peso sigue apreciándose frente al dólar americano al punto de que el dólar se cotiza en 9.00 pesos. Suponga usted que tal cotización permanece sin alteraciones durante los siguientes doce meses. En este caso, el señor XYZ no podrá vender el dólar para obtener una ganancia; por el contrario, en caso de vender su dólar, perdería 1.00 peso (1 peso es el resultado de restarle a 9.00 pesos que recibe por la venta del dólar, 10.00 pesos que le costó comprarlo).

Debido a que el lucro es la obtención de una ganancia con base en las variaciones en los precios de compra y venta, éste implica que el acto jurídico por medio del cual se obtiene la ganancia no tiene como finalidad el uso o consumo personal, pues sólo a través de intercambios sucesivos se puede obtener provecho del alza o baja en los precios. En otras palabras, el lucro implica la obtención de una ganancia por la ganancia misma y no para satisfacer una necesidad. De ahí que este elemento sea utilizado para distinguir a los actos de comercio de los actos civiles.

En el derecho civil, la ganancia no se obtiene como resultado de intercambios sucesivos para aprovechar las variaciones en los precios pues de alguna forma hay una finalidad de uso o consumo personal de lo que se intercambia.

Por ejemplo, suponga usted que el señor FGH va a salir de viaje a Estados Unidos. Debido a que la moneda de curso legal en ese país es el dólar americano, necesita comprar dólares. El señor FGH compra 100 dólares a un precio de 13.00 pesos por dólar en una casa de cambio en el aeropuerto. Independientemente del precio del dólar en los días siguientes, el señor FGH utilizará los dólares que compró en su viaje en Estados Unidos para alimentarse y transportarse.

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx http://biblio.juridicas.unam.mx

En derecho mercantil, las ganancias se obtienen como resultado de intercambios sucesivos y por lo tanto no hay una finalidad de uso o consumo personal de lo que se intercambia.

En nuestro anterior ejemplo, el señor XYZ, no utiliza el dólar para utilizarlo en un viaje o para realizar la compra de una mercancía en el extranjero; por el contrario, la compra y venta de dólares americanos y de pesos mexicanos la realiza el señor XYZ para obtener ganancias y seguir reinvirtiendo sus ganancias en la obtención de más ganancias.

2. Actos de intermediación en el cambio

Esta nota característica está estrechamente ligada al lucro. La intermediación en el cambio implica que lo que se intercambia no es para uso o consumo personal pues el beneficio que se busca en las transacciones comerciales sólo es posible a través del intercambio sucesivo para aprovechar las variaciones en el precio. Como consecuencia, la intermediación en el cambio implica la interposición de un tercero entre el productor de un bien o servicio y el consumidor final para facilitar el intercambio entre estos dos.

La intermediación en el cambio no es una nota característica de los actos civiles porque al tratarse de actos que se realizan con una finalidad de uso o consumo personal, el intercambio se agota con el acto mismo pues no hay intercambios sucesivos. Esto no quiere decir que no sea posible un intercambio posterior en derecho civil como frecuentemente sucede con los bienes que no se agotan con su uso o consumo (por ejemplo, un automóvil) pero el intercambio sucesivo no es lo que motiva al acto civil.

3. Actos masivos

Cuando hablamos de actos masivos, no sólo nos referimos a la cantidad de actos llevados a cabo por una persona en particular, sino también a la cantidad de personas que llevan a cabo un determinado tipo de acto con respecto a una sola persona. En los actos de comercio, la cantidad de actos realizados por una persona son numerosos porque las ganancias se obtienen a través del intercambio sucesivo; un acto aislado no permite el lucro.

En los actos civiles, por el contrario, precisamente porque la finalidad de uso o consumo personal está presente, los actos son aislados (intercambiar más de lo que se usa o se consume conlleva un costo mucho mayor del beneficio que se obtiene).

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx http://biblio.juridicas.unam.mx

Por ejemplo, un comerciante de la central de abastos compra mil kilos de jitomate en una semana para revenderlos. Un ama de casa, compra dos kilos de jitomate en una semana para cocinar. Un ama de casa no podría comprar mil kilos de jitomate en una semana para cocinar, no sólo por su costo sino porque se le echarían a perder en su casa.

4. Actos realizados por empresas

Esta característica no ha sido adoptada de forma unánime por los mercantilistas por las razones que expondremos a continuación.

La empresa, como se explicará más adelante es una actividad que consiste en la organización de bienes materiales, inmateriales y recursos humanos con el propósito de producir un bien o un servicio. Por esta razón, se ha afirmado que sólo realiza actos de comercio quien es titular de una empresa (*i. e.* el empresario).

En muchos sistemas jurídicos, el concepto de empresa es utilizado como criterio para distinguir el derecho civil del derecho mercantil. Desafortunadamente, para nuestro sistema jurídico, este criterio sólo crea más confusión porque la empresa no está reconocida por el derecho. Erróneamente, en nuestro país, la empresa es identificada con las personas morales, con los comerciantes e incluso con los bienes o el establecimiento del comerciante, pero la empresa no está reconocida jurídicamente como un derecho ni como una obligación, ni como un bien ni como un sujeto de derecho ni mucho menos como una persona.

Esta nota característica también es problemática porque el derecho mercantil incluye varios actos que no necesariamente tienen que ver con una empresa. Por esta razón, en nuestro sistema jurídico, este elemento no ha sido adoptado unánimemente por la doctrina.

IV. Clasificación doctrinal de los actos de comercio

Las notas características que han sido identificadas por la doctrina mercantilista no han sido suficientes para distinguir a los actos de comercio, particularmente cuando se trata de determinar la ley aplicable. Por esta razón, la doctrina ha propuesto diversas clasificaciones del acto de comercio. En este texto enunciaremos la clasificación de los actos de comercio según el maestro Roberto Mantilla Molina.

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx http://biblio.juridicas.unam.mx

1. Actos esencialmente civiles

De acuerdo con este autor, para distinguir a los actos de comercio, es necesario primero descartar a los actos jurídicos que son esencialmente civiles. Dichos actos son aquéllos que sólo están regulados por el derecho civil, nunca por el derecho mercantil.

Los actos esencialmente civiles están regulados sólo por el derecho civil porque no implican actos de intercambio de bienes o servicios, sino actos jurídicos que tienen como base derechos personalísimos (no pueden renunciarse a ellos, tampoco transmitirse ni enajenarse ni embargarse). Estos actos se refieren a los comprendidos por el derecho familiar y el derecho sucesorio.

2. Actos absolutamente mercantiles

En segundo lugar, están los actos absolutamente mercantiles. Estos actos son aquéllos que están regulados sólo por el derecho mercantil, nunca por el derecho civil; dicho en otras palabras, son aquéllos actos que sólo están regulados por el Código de Comercio o alguna de las leyes mercantiles especiales y no es posible encontrar disposición alguna relativa a estos actos en la legislación civil.

Por ejemplo, el contrato de seguro es un acto jurídico que siempre ha estado regulado por el derecho mercantil, primero en el Código de Comercio y posteriormente en la Ley sobre el Contrato de Seguro y la Ley General de Instituciones y Sociedades Mutualistas de Seguros. El contrato de seguro nunca ha estado regulado por el Código Civil. Por lo tanto, de acuerdo con esta clasificación, el contrato de seguro es un acto absolutamente mercantil.

3. Actos de mercantilidad condicionada

En tercer lugar están los actos de mercantilidad condicionada. Estos actos de alguna manera están regulados tanto por la legislación civil como por el Código de Comercio o alguna de las leyes mercantiles especiales; en otras palabras, son aquéllos actos para los que existe una doble regulación. Por ejemplo, el contrato de compraventa está regulado tanto por el Código Civil como por el Código de Comercio.

Para el maestro Mantilla Molina, estos actos se pueden ser principales o accesorios de comercio.

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx http://biblio.juridicas.unam.mx

A. Actos principales de comercio

Los actos principales de comercio son aquéllos cuya eficacia no depende la existencia y validez de otro acto jurídico. Según el maestro Mantilla Molina, hay tres elementos que determinan la mercantilidad estos de actos jurídicos: el sujeto, el fin o motivo y el objeto.

a. Sujeto

Los actos de mercantilidad condicionada por el sujeto son aquellos actos jurídicos en los que la ley requiere que intervenga un comerciante para que sea mercantil.

Por ejemplo, el contrato de depósito está regulado tanto por el derecho civil como por el derecho mercantil. El contrato de depósito bancario es mercantil, no sólo porque está regulado por leyes mercantiles especiales, específicamente la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, sino porque para que sea depósito bancario es necesario que el depositario sea una institución de crédito, considerada por la ley como comerciante.

b. Fin o motivo

Los actos de mercantilidad condicionada por el fin o motivo son aquellos actos jurídicos en los que el fin de lucro determina que les sean aplicadas leyes mercantiles.

Por ejemplo, como ya mencionamos, el contrato de compraventa está regulado tanto por el derecho civil como por el derecho mercantil. En una compraventa de un automóvil entre dos personas cuyo único propósito es el uso o consumo personal, será aplicable la legislación civil. Por el contrario, si se trata de una compraventa de un automóvil entre un productor de automóviles y un distribuidor, la transacción ha sido realizada con fines de obtener una ganancia no sólo porque habrá un excedente que beneficie al vendedor, sino porque el comprador, realiza la operación con la finalidad de revender el automóvil y obtener de esa operación una ganancia. El distribuidor no ha comprado el automóvil con el fin de usarlo personalmente. En este caso, son aplicables las disposiciones del Código de Comercio en lo relativo a la compraventa.

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx http://biblio.juridicas.unam.mx

c. Objeto

Por último, los actos de mercantilidad condicionada por el objeto son aquellos actos jurídicos que recaen sobre una cosa mercantil, como lo son los títulos de crédito y los buques. Por ejemplo, la compraventa, como ya mencionamos, está regulada tanto por el derecho civil como por el derecho mercantil. Cuando en la compraventa se transmite la propiedad de un título de crédito a cambio de un precio determinado, sólo por recaer en un título de crédito, el cual está considerado por la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, como casa mercantil, se trata de un acto de comercio.

B. Actos accesorios de comercio

Los actos accesorios de comercio son aquéllos cuya eficacia depende de la existencia y validez de otro acto jurídico. En los actos accesorios de comercio entonces la subordinación a un acto de comercio determina la mercantilidad del acto accesorio.

Por ejemplo, la fianza es un contrato accesorio pues su eficacia depende de la existencia y validez de un contrato principal; además, la fianza es un contrato regulado tanto por la legislación civil como por la legislación mercantil. Un contrato de fianza será un acto civil, si el contrato principal del que depende su eficacia es un acto civil; por el contrario, un contrato de fianza será un acto de comercio, si el contrato principal del que depende su eficacia es un acto de comercio también.

4. Actos unilateralmente mercantiles (actos mixtos)

Los actos unilateralmente mercantiles, conocidos también como actos mixtos, son aquéllos en los que para una de las partes es un acto de comercio y para otra de las partes es un acto civil.

Por ejemplo, el señor ABCD es un médico que necesita un automóvil para transportarse al trabajo. El señor ABCD compra un automóvil en la distribuidora WXYZ. Para el señor ABCD la compra del automóvil es un acto civil pues no tiene un fin de lucro, no es un acto de intermediación en el cambio y es un acto aislado; en cambio para la distribuidora WXYZ, la venta del automóvil es un acto de comercio porque la realiza con un fin de lucro; es un acto de intermediación en el cambio pues la distribuidora se interpone entre el productor y el consumidor final; finalmente, este acto es sólo una de las múltiples ventas que realiza WXYZ al día.

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx http://biblio.juridicas.unam.mx

El artículo 1050 del Código de Comercio ofrece la siguiente solución: "Cuando conforme a las disposiciones mercantiles, para una de las partes que intervienen en un acto, éste tenga naturaleza comercial y para la otra tenga naturaleza civil la controversia que del mismo se derive se regirá conforme a las leyes mercantiles". En realidad, este artículo no especifica si este acto se reputa como acto de comercio o como acto civil, simplemente establece que las controversias que surjan de dicho acto ser rigen por las leyes mercantiles.

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx http://biblio.juridicas.unam.mx

Resumen

Si bien es cierto que en esencia el término "acto de comercio" se refiere al comercio en sí mismo, jurídicamente, no son sinónimos porque el concepto de comercio es demasiado amplio como para acotarlo exclusivamente al derecho mercantil.

Por esta razón, es necesario atender a un criterio formal en lugar de un criterio material. Con base en dicho criterio, el acto de comercio puede ser definido como todo acto jurídico que está calificado como mercantil por la ley.

Este criterio formal está plasmado en el artículo 75 del Código de Comercio, que contiene una lista de actos jurídicos que la ley reputa como mercantiles. El artículo 75 no es taxativo sino enunciativo pues es posible encontrar disposiciones en otras leyes que determinan la mercantilidad de los actos jurídicos.

A pesar de las dificultades para definir al acto de comercio, por una cuestión de metodología, los especialistas en derecho mercantil han tratado de identificar las notas características del acto de comercio para poder distinguirlo de los actos civiles. Dentro de estas notas características encontramos que son actos masivos, realizados con propósito del lucro y de intermediación en el cambio.

El lucro es la obtención de una ganancia con base en las variaciones en los precios de compra y venta, éste implica que el acto jurídico por medio del cual se obtiene la ganancia no tiene como finalidad el uso o consumo personal, pues sólo a través de intercambios sucesivos se puede obtener provecho del alza o baja en los precios. En otras palabras, el lucro implica la obtención de una ganancia por la ganancia misma y no para satisfacer una necesidad.

El lucro está estrechamente vinculado a la intermediación en el cambio en los actos de comercio lo que se intercambia no es para uso o consumo personal porque las ganancias se obtienen a través del intercambio sucesivo. La intermediación en el cambio, como consecuencia, consiste en la interposición de un tercero entre el productor de un bien o servicio y el consumidor final para facilitar el intercambio entre estos dos y la obtención de una ganancia.

Finalmente, los actos de comercio son masivos porque la cantidad de actos realizados por una persona son numerosos. La razón es que las ganancias se obtienen a través del intercambio sucesivo; un acto aislado no permite el lucro.

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx http://biblio.juridicas.unam.mx

Las notas características que han sido identificadas por la doctrina mercantilista no han sido suficientes para distinguir a los actos de comercio, particularmente cuando se trata de determinar la ley aplicable. Por esta razón, la doctrina ha propuesto diversas clasificaciones del acto de comercio, entre las más destacadas encontramos la propuesta por el maestro Roberto Mantilla Molina.

De acuerdo con la clasificación de Roberto Mantilla Molina, los actos de comercio pueden clasificarse de la siguiente manera: *a)* actos absolutamente mercantiles, que son aquéllos que están regulados únicamente por las leyes mercantiles, *b)* actos de mercantilidad condicionada, que son aquéllos que están regulados por las leyes civiles y leyes mercantiles, pero el sujeto, el objeto o el fin de dicho acto determina su mercantilidad, y *c)* actos unilateralmente mercantiles, que son aquéllos que para una de las partes es un acto civil y para otra de las partes es mercantil, y que a pesar de esta situación, en caso de conflicto se resuelve conforme a las leyes mercantiles.

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx http://biblio.juridicas.unam.mx

Cuestionario

1. Dé la definición de acto de comercio.
2. ¿Cómo se determina la mercantilidad de un acto jurídico?
3. ¿Cuáles son las características del acto de comercio?
4. Explique en qué consiste el propósito de lucro de un acto de comercio.
5. Explique en qué consiste que la intermediación en el cambio.
6. ¿Por qué un acto de comercio es masivo?
7. ¿Todos los actos de comercio son realizados por empresas?
8. Enuncie la clasificación de acto de comercio propuesta por el maestro Roberto Mantilla Molina.

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx http://biblio.juridicas.unam.mx

Capítulo cuarto
Comercio electrónico

Las operaciones de comercio electrónico han incrementado su importancia en los últimos tiempos como consecuencia de los avances tecnológicos; por lo que es importante comprender este término. Nos daremos cuenta de la importancia de contar con una regulación diferenciada en este ámbito; para esto es necesario que identifiquemos los instrumentos internacionales y las leyes nacionales que regulan del comercio electrónico en México.

I. Definición de comercio electrónico

En realidad, el término "comercio electrónico" no se refiere a una clase de operaciones o contratos, sino a actos jurídicos realizados a través de instrumentos que permiten transmitir información por medio de la electricidad. De manera general, el término "medios electrónicos" incluye al telégrafo, el teléfono, el fax y la televisión, por mencionar algunos, pero frecuentemente es identificado o es asociado con el Internet.

El artículo 89 del Código de Comercio contiene una lista de definiciones relacionadas con el comercio electrónico, pero no incluye ninguna definición de comercio electrónico como tal. Por esta razón, es necesario utilizar la definición de mensaje de datos, la cual hace mención de los medios electrónicos.

De acuerdo con este artículo, el mensaje de datos es: "la información generada, enviada, recibida o archivada por medios electrónicos, ópticos o cualquier otra tecnología". El término "medios electrónicos", según esta definición, no se refiere a cualquier medio que permite la transmisión de información a través de la electricidad, sino sólo un tipo de medios. No señala expresamente a qué tipo de medios se refiere pero por exclusión se

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx http://biblio.juridicas.unam.mx

infiere que se trata sólo del "Internet", pues existen otros medios "ópticos o cualquier otra tecnología" que permiten la transmisión de la información.

Por otra parte, es contradictorio considerar que "medios electrónicos" es un término que sólo se refiere al Internet y que medios electrónicos no es una categoría que se refiere a todo medio que permite la transmisión de información de la electricidad.

Desafortunadamente, no hay tesis de jurisprudencia hasta el momento que discuta este tema pues parece que se da por entendido que cuando la ley utiliza "medios electrónicos, ópticos o cualquier otra tecnología" quedan incluidos todos los instrumentos que permiten la transmisión de información por medio de la electricidad y que "medios electrónicos" se refiere al Internet.

Para efectos de este texto, utilizaremos el término "medios eléctricos" en su sentido más general, es decir, como todos los instrumentos que permiten transmitir información por medio de la electricidad, de tal manera que en un solo término podamos incluir a los "medios electrónicos, ópticos o cualquier otra tecnología".

Una vez aclarado este punto, podemos continuar con la definición de comercio electrónico.

Desde el punto de vista económico, el comercio electrónico consiste en el intercambio de bienes y servicios realizado a través de instrumentos que permiten transmitir información por medio de la electricidad.

Desde el punto de vista jurídico, tal como sucede con otros términos, la definición de comercio electrónico no coincide con su definición en sentido material (en su esencia), pues también hay actos civiles que consisten en el intercambio de bienes o servicios y que son realizados por medios electrónicos.

Desde el punto de vista jurídico, comercio electrónico se refiere sólo a aquéllos actos calificados por la ley como mercantiles y que son llevados a cabo por medio de instrumentos que permiten transmitir información por medio de la electricidad ("medios electrónicos, ópticos o cualquier otra tecnología"). Por lo tanto, *podemos definir al comercio electrónico como los actos de comercio realizados por medios electrónicos.*

Por esta razón, para aplicar las reglas del comercio electrónico es necesario realizar un análisis previo para determinar si se trata de actos de comercio o no; una vez que quedó establecido que se trata de actos de comercio, es necesario determinar si se llevaron a cabo a través de "medios electrónicos, ópticos o de otras tecnologías" o no, y una vez que se ha determinado que se trata de actos de comercio y que se han realizado a través de medios electrónicos, entonces es posible aplicar las normas que rigen al comercio electrónico.

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx http://biblio.juridicas.unam.mx

II. Justificación de la regulación del comercio electrónico

Las características del Internet tienen un impacto manifiestamente negativo en la certeza que debe prevalecer en todas las relaciones jurídicas y, por esta razón, ha sido necesario contar con un régimen especial para regular al comercio electrónico.

Si bien es cierto que el término "medios eléctricos", se refiere a todo instrumento que permite la transmisión de información por medio de la electricidad (lo cual incluye al telégrafo, el teléfono y el fax, por mencionar algunos), fue en realidad hasta la creación del Internet que surgió la necesidad de establecer reglas específicas para regular a los actos de comercio realizados a través de medios eléctricos.

El Internet permite la comunicación instantánea y constante entre las partes; no obstante, este contacto es indirecto y contingente. Para poder realizar una operación a través del Internet no es necesario un lugar específico (se puede acceder al Internet desde cualquier computadora) y tampoco es necesario acreditar la identidad de las personas que acceden al Internet.

Por otro lado, la autenticidad de la información enviada por Internet es particularmente vulnerable no sólo porque la parte que la envía puede modificarla fácilmente, sino porque terceras personas, como los *hackers*, pueden alterar la información enviada.

Por último, son frecuentes los conflictos de leyes pues el Internet permite llevar a cabo operaciones entre personas que se ubican en lugares diferentes y sobre cosas que pueden encontrarse en lugares distintos de aquéllos en los que se ubican las partes. Asimismo, el Internet permite que el cumplimiento de las obligaciones en este tipo de operaciones se lleve a cabo en lugares distintos a los de aquéllos en los que se encuentran las partes contratantes.

III. Marco jurídico

1. Constitución

La base constitucional del comercio electrónico se encuentra en la fracción X, del artículo 73 de la Constitución general, que establece la facultad del Congreso General para legislar en materia de comercio.

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx http://biblio.juridicas.unam.mx

2. Instrumentos internacionales

La Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (conocida por sus siglas en inglés como UNCITRAL) fue creada en 1966 con el objeto de realizar estudios sobre comercio internacional para promover la armonización y modernización de las normas en esta materia.

Para cumplir con este objetivo, la comisión funciona a través de grupos de trabajo, los cuales preparan documentos que contienen lineamientos generales sobre la regulación de un área determinada del comercio internacional para proponer a los Estados miembros su incorporación al derecho interno, ya sea a través de convenios o leyes modelo.

Las leyes modelo no son jurídicamente vinculantes para los Estados miembros pues, a diferencia de los convenios o convenciones, no son tratados internacionales. La adopción de las leyes modelo es recomendada por la Comisión a los Estados miembros, de tal forma que para adoptar la ley modelo basta que un Estado expida o modifique sus leyes internas conforme a ella total o parcialmente. Debido a que las leyes modelo son sólo propuestas para los Estados miembros, no es necesario apegarse totalmente al contenido de las leyes modelo sino que los Estados son libres de tomar las disposiciones que mejor le convengan a su sistema jurídico.

Por otro lado, los Estados miembros son libres de evitar la adopción de una ley modelo porque las leyes modelo no son tratados internacionales; sin embargo, el Estado, al no apegarse a la recomendación de la comisión puede ser sujeto a una sanción de carácter moral. A nivel internacional, las sanciones comúnmente son de carácter moral (la justificación se encuentra en el reconocimiento de la soberanía de los Estados) pero no por ello son menos efectivas que las sanciones que implican el uso de algún tipo de fuerza de la comunidad internacional; las sanciones morales son efectivas porque afectan la reputación internacional del Estado sancionado.

Por ejemplo, un Estado que no adopta alguna recomendación de un órgano internacional pierde credibilidad frente a los demás Estados y, por lo tanto, es probable que sus relaciones con otros Estados y con los nacionales de esos Estados se deterioren, afectando la economía y otros aspectos de ese país.

Las leyes modelo sobre comercio electrónico adoptadas por nuestro país son:

- Ley Modelo de la UNCITRAL sobre el Comercio Electrónico de 1996. Esta ley modelo estableció los lineamientos generales para determinar la validez de los mensajes de datos y la firma electrónica. El

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx http://biblio.juridicas.unam.mx

contenido de esta ley modelo se incorporó al Código de Comercio en las reformas publicadas en el *Diario Oficial de la Federación* del 29 de mayo de 2000.

- Ley Modelo de la UNCITRAL sobre Firmas Electrónicas. Esta ley modelo contiene lineamientos más específicos sobre los requisitos que debe cumplir la firma electrónica para cumplir con las mismas funciones que la firma autógrafa. El contenido de esta ley modelo también se incorporó al Código de Comercio en las reformas publicadas en el *Diario Oficial de la Federación* del 29 de agosto de 2003.

3. Código de Comercio

Como ya señalamos, el Código de Comercio fue modificado para incorporar el contenido de las leyes modelo propuestas por la UNCITRAL. Estas disposiciones se encuentran dentro del título segundo de "Comercio Electrónico", los artículos del 89 al 114 del Código de Comercio.

El Código de Comercio no ha sido la única ley cuyo contenido tuvo que modificarse para incorporar las leyes modelo de la UNCITRAL en materia de comercio electrónico, sino que también otras leyes como la Ley Federal de Protección al Consumidor y la Ley sobre el Contrato de Seguro, por mencionar algunas; sin embrago, el contenido esencial de esta normatividad se encuentra en el Código de Comercio.

4. Reglamentos

Con motivo de la adopción en el Código de Comercio de las leyes modelo de la UNCITRAL, fue necesario expedir el Reglamento del Código de Comercio en materia de Prestadores de Servicios de Certificación en 2004. Asimismo, se incorporaron en 2003 algunas disposiciones relativas al comercio electrónico en el Reglamento del Registro Público del Comercio.

5. Norma Oficial Mexicana

Con el objeto de ampliar la información en cuanto a los requisitos que el Código Comercio establece para la validez de los mensajes de datos, la Secretaría de Comercio y Fomento Industrial expidió la NOM-151-SCF1-2002. Sobre

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx http://biblio.juridicas.unam.mx

Prácticas Comerciales-Requisitos que deben observarse para la conservación de mensajes de datos, publicada en el *Diario Oficial de la Federación* del 4 de junio de 2004.

IV. Aspectos del comercio electrónico que regula el Código de Comercio

Como ya lo explicamos, las características de las operaciones realizadas a través de medios electrónicos, específicamente el Internet, tienen un impacto negativo en la confianza que se necesita para que tenga lugar un acto jurídico. Estas mismas características son las que impiden que el Estado regule detalladamente cada aspecto del comercio electrónico, entre los que podemos identificar a los siguientes:

- Por medio del Internet pueden realizarse miles de operaciones en un instante, lo cual hace imposible que el Estado vigile cada operación para determinar su existencia y validez.

- Es excesivamente costoso para el Estado determinar la identidad de todas las personas que intervienen en una operación realizada a través del Internet pues cualquier persona puede acceder al Internet desde cualquier lugar sin necesidad de identificarse.

- Debido a los avances tecnológicos, los costos para acceder al Internet son tan bajos que ha sido posible que grandes sectores de la población puedan realizar operaciones a través del Internet, sin importar el lugar, la hora o el día. Esta situación complica la aplicación de las normas pues, como ya lo mencionamos, los sujetos que intervienen en una operación pueden encontrarse en lugares distantes uno del otro en un mismo país, e incluso alguna de las partes puede encontrarse en el extranjero; de la misma manera, las cosas que se comercian pueden ubicarse en lugares distintos de aquéllos en los que se encuentran las partes contratantes; finalmente, el pago puede realizarse dentro del país o en el extranjero.

- El desarrollo tecnológico y su bajo costo también han facilitado que terceras personas, conocidas como *hackers*, tengan acceso a la infor-

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx http://biblio.juridicas.unam.mx

mación transmitida a través del Internet y la alteren; por lo que la identidad y el lugar desde donde operan las partes es vulnerable a sufrir alteraciones por terceras personas.

Por estas razones, el derecho se ha enfocado a regular algunos aspectos que permiten dar certeza en las operaciones comerciales. Estos aspectos se refieren a la autoría y la conservación íntegra de la información enviada a través de los medios eléctricos con el objeto de posibilitar la atribución de responsabilidades para exigir su cumplimiento; específicamente, regula ciertos aspectos de la manifestación de la voluntad, tales como el mensaje de datos y la firma electrónica.

Es necesario advertir que la regulación en la materia utiliza constantemente términos técnicos, razón por la cual, jurídicamente, a veces, dichos términos carecen de sentido. El artículo 89 del Código de Comercio contiene una lista de definiciones de estos términos pero su contenido es confuso porque se emplea un lenguaje técnico.

Esto no quiere decir que estos términos no puedan ser definidos o explicados en términos jurídicos, esto más bien quiere decir que negligentemente se incorporó a nuestra legislación la traducción de una ley modelo cuya base se encuentra en la legislación de un sistema jurídico ajeno al nuestro. A diferencia de un tratado internacional, en las leyes modelo, el objetivo es precisamente dar a los Estados flexibilidad para la incorporación del contenido de la ley a su normatividad interna, de tal forma que puedan hacerse las adecuaciones incluso lingüísticas para su adopción en un determinado sistema jurídico.

En este texto propondremos algunas definiciones que incorporen un lenguaje jurídico.

1. Mensaje de datos

A. Definición

De acuerdo con el artículo 89 del Código de Comercio, el mensaje de datos es: "La información generada, enviada, recibida o archivada por medios electrónicos, ópticos o cualquier otra tecnología." Aunado al concepto de mensaje de datos está el concepto de sistema de información. El artículo 89 del Código de Comercio lo define como "todo sistema utilizado para generar, enviar, recibir, archivar o procesar de alguna otra forma Mensajes de

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx http://biblio.juridicas.unam.mx

Datos". El sistema de información no es otra cosa que esos "medios electrónicos, ópticos o cualquier otra tecnología" pues se trata de instrumentos que permiten transmitir información por medio de la electricidad.

El mensaje de datos, doctrinalmente, puede ser definido como un documento electrónico, es decir, es un texto transmitido por instrumentos que permiten transmitir información por medio de la electricidad, en el que se hace constar la manifestación de la voluntad de las partes.

Como ejemplo de mensaje de datos podemos encontrar al correo electrónico, un documento transmitido por fax, un mensaje transmitido por telégrafo, un texto transmitido por un teléfono celular, etcétera.

B. Sujetos que intervienen en un mensaje de datos

A diferencia de un acto jurídico llevado a cabo entre personas reunidas en un lugar y momento determinados, la transmisión de la información por medios electrónicos es indirecta y, por lo tanto, es posible que intervengan no sólo las partes que manifiestan su voluntad sino también terceros.

El Código de Comercio distingue a los siguientes sujetos que intervienen en el acto de comercio realizado por medios electrónicos:

a. Emisor

De acuerdo con el artículo 89 del Código de Comercio, el emisor es: "Toda persona que, al tenor del Mensaje de Datos, haya actuado a nombre propio o en cuyo nombre se haya enviado o generado ese mensaje antes de ser archivado, si este es el caso, pero que no haya actuado a título de intermediario".

En otras palabras el emisor corresponde a lo que en derecho de las obligaciones se conoce como oferente, quien manifiesta su voluntad al proponer la celebración de un acto de comercio a otra persona, por sí mismo o por medio de quien lo representa, a través de un mensaje de datos.

El emisor es el sujeto que queda obligado en caso de que se forme el consentimiento del acto jurídico de que se trata.

b. Destinatario

De acuerdo con el artículo 89 del Código de Comercio, el destinatario es: "La persona designada por el Emisor para recibir el Mensaje de datos, pero que no esté actuando a título de intermediario con respecto a dicho Mensaje".

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx http://biblio.juridicas.unam.mx

El destinatario, por lo tanto, corresponde a lo que en derecho de las obligaciones se conoce como aceptante, que es la persona a quien va dirigida la propuesta del oferente, y por lo tanto, es el sujeto que queda obligado si se forma el consentimiento del acto jurídico de que se trata.

c. Firmante

Según el artículo 89 del Código de Comercio, el firmante es: "La persona que posee los datos de la creación de la firma y que actúa a nombre propio o de la persona a la que representa".

El término "firmante" pareciera implicar que la persona que es titular y usuaria de la firma es una persona diferente del emisor u oferente, así como del destinatario u aceptante. Sin embargo, no es así.

El Código de Comercio siguió la regla de la titularidad de la firma autógrafa, según la cual sólo las personas físicas pueden ser titulares de la firma autógrafa. Las personas físicas incapaces, actúan por medio de representante y es éste quien firma a nombre de su representado. En el caso de las personas morales es su representante legal, persona física, quien firma a nombre de la persona moral.

En este orden de ideas, en comercio electrónico, el firmante se identifica con el oferente (emisor), cuando el oferente firma por sí mismo. Cuando el oferente, por cualquier razón, actúa a través de un representante legal, es este último quien se identifica como el firmante. Aún así, será el oferente (emisor) quien queda obligado y no el firmante, pues se trata de un representante que actúa a nombre del oferente. Lo mismo aplica para el aceptante.

d. Intermediario

El artículo 89 del Código de Comercio dispone que: "En relación con un determinado Mensaje de Datos, se entenderá toda persona que, actuando por cuenta de otra, envíe, reciba o archive dicho Mensaje o preste algún otro servicio con respecto a él".

La definición de "intermediario" proporcionada por el Código de Comercio en realidad no parece determinar claramente quién es el intermediario. El texto podría interpretarse en el sentido de que se trata de alguien que actúa como mandatario o comisionista de otra persona para enviar, recibir o archivar mensajes de datos o prestar algún otro servicio respecto del mensaje de datos. Sin embargo, si el texto se lee en el contexto de la informática, el término "intermediario" no es un mandatario ni un comisionista. El in-

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx http://biblio.juridicas.unam.mx

termediario es un comerciante que facilita la transmisión de información por medios electrónicos a cambio de una ganancia por la prestación de este servicio. El intermediario es quien opera un "sistema de información" para crear un espacio donde concurren el oferente y el aceptante.

Por ejemplo, *Amazon.com* es un sitio de Internet que permite que los vendedores tengan un lugar (virtual) en donde pueden ofrecer sus productos para que sean comprados. El sitio *Amazon.com* es un servicio prestado por la sociedad anónima Amazon.com, Inc., quien no es mandatario ni comisionista de los compradores o de los vendedores; Amazon.com, Inc. es sólo un intermediario que facilita la concurrencia de compradores y vendedores y obtiene una ganancia por la prestación de este servicio.

De estas definiciones se derivan una serie de consecuencias jurídicas que explicaremos a continuación.

La manifestación de la voluntad expresada a través de un mensaje de datos produce efectos jurídicos tal como sucede con la manifestación de la voluntad expresada por cualquier otro medio (artículo 89 bis). Sin embargo, la ley establece como requisito para reconocerle dichos efectos, que pueda determinarse su autoría pues de esto depende que pueda determinarse a quién puede exigirse el cumplimiento de una obligación.

Debido a la vulnerabilidad de la información transmitida por medios electrónicos, especialmente a través del Internet, la legislación establece una serie hipótesis en las cuales es posible presumir la autoría de un mensaje de datos para dar cierta certeza a los actos jurídicos realizados por estos medios y atribuir responsabilidad a una persona determinada en caso de incumplimiento. El instrumento más importante para determinar la autoría de un mensaje de datos, aunque no es el único, es la firma electrónica.

2. Firma electrónica

La firma electrónica está definida en el artículo 89 del Código de Comercio como:

> Los datos en forma electrónica consignados en un Mensaje de Datos, o adjuntados o lógicamente asociados al mismo por cualquier tecnología, que son utilizados para identificar al Firmante en relación con el Mensaje de Datos e indicar que el Firmante aprueba la información contenida en el Mensaje de Datos, y que produce los mismos efectos jurídicos que la firma autógrafa, siendo admisible en juicio.

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx http://biblio.juridicas.unam.mx

Como puede observarse, la firma electrónica es aquélla que "produce los mismos efectos jurídicos que la firma autógrafa"; para poder proponer entonces una definición de firma electrónica es necesario establecer primero en qué consiste la firma autógrafa y cuál es su función.

De acuerdo con el *Diccionario de la lengua española*, firma es: "Nombre y apellido, o título, que una persona escribe de su propia mano en un documento, para darle autenticidad o para expresar que aprueba su contenido". Cabe mencionar que al término "firma" se le añade el término "autógrafa" porque está escrito con la mano de su autor.

La firma por sí misma no cumple ninguna función; por el contrario, la firma que acompaña al texto contenido en un documento cumple con dos funciones fundamentales: *a)* la firma permite atribuir la autoría del documento a una persona determinada, y *b)* la firma da autenticidad a la voluntad exteriorizada en el texto del documento. La firma, por lo tanto, crea certeza jurídica en la celebración de un acto jurídico.

Si bien es cierto que en muchos contratos basta que se consolide el consentimiento de las partes para que produzca efectos, muchos de estos contratos se hacen constar por escrito en un documento y al pie de éste se estampa la firma para que en caso de conflicto entre las partes sea más fácil probar la existencia y validez del contrato.

La firma electrónica cumple con la misma función de la firma autógrafa. La firma electrónica permite atribuir la autoría de un mensaje de datos a una persona determinada (firmante) y dar autenticidad a la voluntad expresada a través del mensaje de datos. La diferencia entre la firma electrónica y la firma autógrafa, por lo tanto, no se encuentra en sus funciones sino en los elementos que la integran.

Mientras que la firma autógrafa consiste en el nombre y apellidos que una persona estampa por sí misma en un documento, la firma electrónica consiste en sonidos, símbolos o procesos asignados a un mensaje de datos que permiten atribuir su autoría porque al ser asignados a un mensaje de datos han sido individualizados.

Con base en lo anterior, podemos definir a la firma electrónica como los sonidos, símbolos o procesos asignados a un documento electrónico (mensaje de datos) que permiten atribuir su autoría y autenticar la manifestación de la voluntad de su autor. La firma electrónica puede consistir en un número de identificación personal, en una clave confidencial, en el iris del ojo, la cara, la voz, una huella digital, un instrumento magnético, un sonido, etcétera.

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx http://biblio.juridicas.unam.mx

Cabe destacar que firma electrónica no es sinónimo de firma digital. La firma electrónica es el género y la firma digital es la especie. La firma electrónica es un concepto jurídico que incluye no sólo a la firma digital, sino a cualquier sonido, símbolo o proceso que se asigna a un mensaje de datos.

La firma digital es un concepto técnico, que se refiere a un proceso que consiste en un esquema matemático que permite verificar la autoría de un mensaje de datos enviado por medio del Internet. En otras palabras, la firma digital consiste en un valor numérico asignado a un documento electrónico (mensaje de datos) transmitido a través del Internet, que permite atribuir la autoría de dicho documento.

Debido a que la firma electrónica permite atribuir la autoría de un mensaje de datos y la autenticidad de su contenido, la ley ha establecido que el firmante debe cumplir con las obligaciones que se derivan del uso de la firma electrónica. Por esta razón, el firmante debe utilizar diligentemente y tomar las medidas necesarias para proteger a la firma electrónica de su utilización indebida. Si por cualquier razón alguien distinto al firmante hace uso de la firma electrónica como consecuencia de la negligencia del firmante, el firmante debe cumplir con las obligaciones derivadas del uso de la firma aunque haya sido utilizada sin su autorización (artículo 99, Código de Comercio).

Según la definición de firma electrónica en el artículo 89 del Código de Comercio, la firma electrónica "produce los mismos efectos que la firma autógrafa, siendo admisible como prueba en juicio". El Código de Comercio reconoce que la voluntad manifestada a través de un mensaje de datos produce efectos jurídicos; asimismo, el Código de Comercio reconoce que la autoría de un mensaje de datos y la autenticidad de la voluntad expresada en un mensaje de datos puede acreditarse si éste va acompañado de una firma electrónica. Sin embargo, en juicio, es necesario probar el nexo entre la firma electrónica y su autor, es decir, a diferencia de lo que sucede fuera del comercio electrónico, la firma electrónica por sí misma, no prueba que el firmante es la persona titular de la firma electrónica y autor del mensaje de datos, sino que es necesario probarlo en juicio, debido a la vulnerabilidad que implica el Internet.

Por esta razón, se han desarrollado procedimientos técnicos para establecer este nexo sin tener que probarlo en juicio. Cuando un mensaje de datos va acompañado de una firma electrónica y se ha seguido un procedimiento que permite establecer el nexo entre el autor y la firma electrónica, estamos en presencia de una firma electrónica avanzada.

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx http://biblio.juridicas.unam.mx

3. Firma electrónica avanzada

Para que en un juicio se pueda presumir la existencia y autenticidad tanto de un mensaje de datos como de la firma electrónica que la acompaña (es decir, que la parte que utiliza en un juicio ese mensaje de datos no necesita probar la autenticidad del mensaje de datos ni la autoría de la firma electrónica), es necesario cumplir ciertos requisitos. De acuerdo con el artículo 97 del Código de Comercio estos requisitos son:

- Que sea posible determinar que los datos de creación de la firma electrónica corresponden exclusivamente al firmante.

- Que sea posible determinar que los datos de creación de la firma electrónica estaban bajo el control exclusivo del firmante.

- Que se posible identificar cualquier alternación de la firma electrónica después de haber sido estampada o anexada al mensaje de datos.

- Que sea posible identificar cualquier alteración al mensaje de datos.

Si estos requisitos se cumplen (generalmente, esto se logra a través de un programa de computadora), entonces se constituye lo que la ley denomina como "firma electrónica avanzada o fiable". La firma electrónica avanzada es entonces un procedimiento que se debe seguir para que un mensaje de datos que ha va acompañado de una firma electrónica sea válido y que en un juicio permite que la carga de la prueba sea de quien le niega existencia o autenticidad a la voluntad expresada en dicho mensaje de datos.

La firma electrónica avanzada es vital para operaciones realizadas por medio del Internet no sólo porque la autenticidad de la información transmitida por este medio es más vulnerable sino también porque su funcionamiento es mucho más complejo que otros instrumentos. Por esta razón, la ley permite la intervención de un prestador de servicios de certificación.

4. Servicios de certificación

De acuerdo con el artículo 89 del Código de Comercio, el prestador de servicios de certificación es: "La persona o institución pública que preste servicios relacionados con Firmas Electrónicas y que expide los Certificados, en su caso".

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx http://biblio.juridicas.unam.mx

El mismo artículo determina qué debe entenderse por certificado: "Todo Mensaje de Datos u otro registro que confirme el vínculo entre un firmante y los datos de creación de Firma Electrónica".

De acuerdo con la definición del artículo 89, pareciera que sólo las dependencias del gobierno o los fedatarios públicos pueden obtener autorización para prestar servicios de certificación; sin embargo, según el artículo 100 del mismo código, no sólo éstas personas o instituciones están autorizadas para prestar servicios de certificación, sino también los particulares. Entonces, previa autorización de la Secretaría de Economía, pueden ser certificadores:

- Notarios públicos y corredores públicos.
- Personas morales de carácter privado.
- Instituciones públicas.

Por lo tanto, los prestadores de servicios de certificación son personas físicas o morales, públicas o privadas que han sido autorizadas por el Estado para confirmar el nexo que existe entre el firmante y la firma electrónica.
Ya que hemos establecido quiénes son los prestadores de servicios de certificación, podemos definir a los servicios de certificación como la actividad realizada por personas autorizadas por el Estado para confirmar el nexo entre el firmante y la firma electrónica.

Los prestadores de servicios de certificación no son fedatarios públicos (aunque un fedatario público puede ser además prestador de servicios de certificación) pues así lo establece el artículo 100 del Código de Comercio. Los prestadores de servicios de certificación son peritos que cuentan con los conocimientos y mecanismos necesarios para verificar que una firma electrónica pertenece efectivamente al firmante y que ésta no ha sido alterada; sin embargo, no basta con que estos peritos cuenten con los conocimientos y mecanismos necesarios para verificar el nexo entre el firmante y la firma electrónica, sino que es necesario que cuenten con la respectiva autorización de la Secretaría de Economía.

5. Consentimiento

El mensaje de datos y la firma electrónica son los medios para que una persona exprese su voluntad. El Código de Comercio, por lo tanto, también establece reglas específicas para la voluntad manifestada por medios que permiten transmitir la información a través de la electricidad.

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx http://biblio.juridicas.unam.mx

Momento en que se forma el consentimiento

Como recordaremos, el consentimiento es el acuerdo de voluntades para llevar a cabo un acto jurídico con el fin de producir consecuencias jurídicas. El consentimiento es el acuerdo de dos voluntades, una que consiste en una propuesta de una parte a otra (oferta) y otra que consiste en la conformidad con la oferta (aceptación).

El consentimiento puede formarse instantáneamente. Si la oferta no está sujeta a plazo y las partes están presentes en el mismo lugar, una vez que ha sido dada la aceptación lisa y llanamente, inmediatamente después de que se expresó la oferta, entonces, en ese mismo momento se ha formado el consentimiento (artículo 1805, CCF).

El consentimiento, por otro lado, puede formarse progresivamente si la oferta está sujeta a un plazo. En este caso, no importa considerar si las partes en un contrato están presentes en el mismo lugar o no pues la formación del consentimiento depende de un plazo (artículo1804, CCF).

Finalmente, el consentimiento puede formarse progresivamente cuando las partes no se encuentran presentes en el mismo lugar y la oferta no está sujeta a un plazo. El Código Civil Federal establece que, en estos casos, el consentimiento se forma hasta el momento en que el oferente recibe la aceptación (artículo 1807 CCF).

El Código de Comercio recoge reglas similares a las del Código Civil Federal en cuanto a la formación del consentimiento para el comercio electrónico. Sin embargo, el Código de Comercio no es explícito, razón por la cual es necesario emplear el artículo 91 del Código de Comercio, del cual se deriva que el comercio electrónico es considerado como un acto jurídico que tiene lugar entre ausentes, al establecer que "salvo pacto en contrario entre el Emisor y el Destinatario, el momento de la recepción de un Mensaje de Datos se determina como sigue […]". De este mismo artículo, se desprende que el Código de Comercio, también adopta el sistema de la recepción para determinar el momento en que se forma el consentimiento.

A diferencia del Código Civil, el Código de Comercio permite que, en actos de comercio realizados por medios que permiten la transmisión de información por medio de la electricidad, las partes puedan condicionar la formación del consentimiento a la recepción de un acuse de recibo (artículo 92, fracción II, Código de Comercio).

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx http://biblio.juridicas.unam.mx

Capítulo quinto
El comerciante

Uno de los elementos principales en cualquier disciplina jurídica son los sujetos que intervienen y la manera en que se relacionan. En el derecho mercantil distinguimos al comerciante como sujeto principal de los actos jurídicos de esta rama del derecho. El régimen jurídico del comerciante tiene características particulares que pueden comprenderse después de distinguir a cada uno de los sujetos que intervienen en los actos de comercio.

I. Sujetos de derecho mercantil

Al definir al derecho mercantil, afirmamos que es la rama del derecho privado que regula, entre otros aspectos, a los comerciantes; sin embargo, como lo señalamos, el derecho mercantil se ha ampliado a tal grado que no sólo regula a los comerciantes sino también a otras personas que de algún modo intervienen en un acto de comercio.

El término "sujetos de derecho mercantil" se refiere a todas aquellas personas que por alguna razón intervienen en un acto de comercio (independientemente de que sean comerciantes o no) y que, por lo tanto, se les aplica el derecho mercantil. Esta definición atiende a un criterio formal pues depende de lo que la ley considere como acto de comercio.

La doctrina ha clasificado a los sujetos de derecho mercantil en tres categorías:

1. Comerciantes

A reserva de explicar detenidamente a esta categoría, el artículo 3o. del Código de Comercio, con base en un criterio formalista, establece que:

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx http://biblio.juridicas.unam.mx

> Se reputan en derecho comerciantes: I. Las personas que teniendo capacidad legal para ejercer el comercio, hacen de él su ocupación ordinaria; II. Las sociedades constituidas con arreglo a las leyes mercantiles; III. Las sociedades extranjeras o las agencias y sucursales de éstas, que dentro del territorio nacional ejerzan actos de comercio.

Por lo tanto, pueden ser comerciantes tanto personas físicas como personas morales. Las personas morales pueden ser tanto nacionales como extranjeras; a éstas últimas les son aplicables las normas mercantiles mexicanas siempre que realizan actos de comercio en territorio nacional.

2. Personas que realizan actos de comercio accidentalmente

El artículo 4o. del Código de Comercio dispone que: "Las personas que accidentalmente, con o sin establecimiento fijo, hagan alguna operación de comercio aunque no son en derecho comerciantes, quedan, sin embargo, sujetas por ella a las leyes mercantiles."

Por lo tanto, basta con que una persona realice un acto de comercio accidentalmente para que le sean aplicadas las reglas del derecho mercantil. La jurisprudencia no ha establecido qué se entiende por "accidentalmente" pero se puede inferir que se a la realización de actos de comercio de manera casual y no de manera regular.

3. Personas que intervienen en actos mixtos

También son sujetos de derecho mercantil aquellas personas que realizan actos mixtos. Como recordaremos, los actos mixtos son actos jurídicos en los que para una de las partes dicho acto es de comercio y para la otra parte dicho acto es civil.

Según el artículo 1050 del Código de Comercio, los conflictos relacionados con estos actos se resuelven conforme a las leyes mercantiles.

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx http://biblio.juridicas.unam.mx

II. El comerciante

1. Marco jurídico

Las normas que regulan a la profesión de las personas que se dedican al comercio se encuentran en diversas leyes.

A. Constitución

La base constitucional del régimen del comerciante se encuentra en el artículo 5o. de la Constitución federal. Este artículo establece que:

> A ninguna persona podrá impedirse que se dedique a la profesión, industria, comercio o trabajo que le acomode siendo lícitos. El ejercicio de esta libertad sólo podrá vedarse por determinación judicial, cuando se ataquen los derechos de tercero, o por resolución gubernativa, dictada en los términos que marque la ley, cuando se ofendan los derechos de la sociedad.

Este artículo consagra el derecho a la libertad de trabajo, conocida también como libertad de ocupación. El ejercicio de esta libertad, según este artículo, tiene sus límites en la ilicitud, los derechos de tercero y los derechos de la sociedad.

El artículo 1830 del Código Civil Federal establece que "es ilícito el hecho que es contrario a las leyes de orden público o a las buenas costumbres". Aunque esta definición de ilicitud no es del todo clara, se desprende que la ilicitud consiste en actos contrarios a la ley. Aquí cabe hacer mención de aquel principio general del derecho que establece que, para los particulares, lo que no está prohibido, está permitido; por lo tanto, para los particulares, es ilícito todo aquello que les está prohibido por la ley.

Por actos contrarios a los derechos de tercero, entendemos aquellos actos que causan un daño a un tercero. Para que un acto sea contrario a los derechos de un tercero no es necesario que sea ilícito, basta que se cause un menoscabo o disminución en el patrimonio del tercero para que se actualice este supuesto.

Por último, los derechos de la sociedad se refieren al orden público y las buenas costumbres; estos últimos se refieren a los valores que rigen a una sociedad en un momento determinado. Por lo tanto, para que un acto sea contrario a los derechos de la sociedad es necesario que sean contrarios al orden público y las buenas costumbres.

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx http://biblio.juridicas.unam.mx

En términos del comercio, el artículo 5o. constitucional garantiza que el comerciante realice su actividad siempre y cuando no se trate de actos ilícitos, que causen un daño o un perjuicio a un tercero y que no vaya contra el orden público o las buenas costumbres.

B. Código de Comercio

El Código de Comercio contiene las reglas generales del régimen de los comerciantes en su título primero, de los artículos 3o al 5o.

C. Código Civil Federal

El Código Civil Federal se aplica de forma supletoria, pues contiene las normas generales sobre la personalidad jurídica de las personas físicas y personas morales.

2. Definición de comerciante

Definir al comerciante, enfrenta los mismos obstáculos que se presentan al tratar de definir los conceptos de derecho mercantil y de comercio por su carácter formal.

Como señalamos anteriormente, el artículo 3o. del Código de Comercio determina quiénes son comerciantes. Según esta disposición, pueden ser comerciantes tanto personas físicas que "teniendo su capacidad legal para ejercer el comercio, hacen de él su ocupación ordinaria", como personas morales, siempre y cuando se trate de "sociedades constituidas con arreglo a las leyes mercantiles" o "sociedades extranjeras o las agencias y sucursales de éstas, que dentro del territorio nacional ejerzan actos de comercio".

El artículo 3o. del Código de Comercio utiliza un criterio mixto, es decir una combinación del criterio material y el criterio formal. El criterio material es utilizado para establecer quiénes son comerciantes individuales, pues atiende a la naturaleza de la actividad desempeñada, mientras que el criterio formal es utilizado para establecer quiénes son comerciantes colectivos, pues basta con que una sociedad se constituya conforme a las leyes mercantiles nacionales o extranjeras para ser considerada como comerciante. Por esta razón, es imposible dar una definición de comerciante atendiendo sólo a un criterio, ya sea el material o el formal.

Por cuestiones de didáctica, la doctrina define al comerciante como un intermediario en el cambio, lo cual implica que es quien realiza actos a

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx http://biblio.juridicas.unam.mx

través de los que intercambia bienes o servicios con un fin de lucro. El comerciante es un intermediario porque los bienes o servicios que intercambia los emplea en su uso o consumo personal sino que los destina al intercambio; el intercambio sucesivo es lo que lo hace a una persona ser intermediario entre el productor y el consumidor. Cabe mencionar que el productor también puede tener como finalidad el lucro, razón por la cual, el artículo 4o. del Código de Comercio, en su segundo párrafo dispone que:

> Los labradores y fabricantes, y en general todos los que tienen planteados almacén o tienda en alguna población para el expendio de los frutos de su finca, o de los productos ya elaborados de su industria o trabajo, sin hacerles alteración al expenderlos, serán considerados comerciantes en cuanto concierne a sus almacenes o tiendas.

3. Comerciante individual

Los comerciantes individuales son personas físicas "que teniendo capacidad legal para ejercer el comercio, hacen de él su ocupación ordinaria" (artículo 3o., fracción I, Código de Comercio). Esto implica que para ser comerciante es necesario:

A. Capacidad de ejercicio

La fracción I del artículo 3o. del Código de Comercio utiliza el término "capacidad legal", pero en realidad se refiere a la capacidad de ejercicio. Ésta consiste en la aptitud de una persona para ejercer derechos y cumplir deberes por sí misma.

Las personas afectadas en su inteligencia (incapacidad natural) o menores de edad (incapacidad legal) no pueden ejercer actos de comercio por sí mismos y, por lo tanto, no pueden ser comerciantes. Lo mismo sucede con los emancipados respecto de bienes inmuebles (artículo 643, fracción I, CCF).

B. Profesión de comerciante

La fracción I del artículo 3o. del Código de Comercio dispone que es necesario que una persona física haga del comercio su "ocupación ordinaria". Este término, según la interpretación de nuestros tribunales, consiste en "ejecutar actos de comercio de modo habitual, reiterado o repetido, haciendo de esa actividad mercantil el verdadero ejercicio de una profesión."[13]

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx http://biblio.juridicas.unam.mx

Por lo tanto, para que una persona física sea considerada como comerciante, no basta que realice un acto de comercio aislado, así como tampoco importa el monto de los ingresos que obtenga por ese acto, sino que es necesario que los actos de comercio se realicen de forma habitual (de manera repetida).

4. Comerciante colectivo

Es difícil dar una definición de comerciantes colectivos debido a que el Código de Comercio utiliza un criterio formal.

A. Sociedades mercantiles nacionales

De acuerdo con la fracción II del artículo 3o. del Código de Comercio, son comerciantes las "sociedades constituidas con arreglo a las leyes mercantiles".

Según el artículo citado, entonces, los comerciantes colectivos son personas morales para quienes basta con que se constituyan bajo una de las formas de societarias establecidas por las leyes mercantiles para que sean consideradas como comerciantes, sin importar si efectivamente realizan actos de comercio.

Las formas societarias están determinadas por el artículo 1o. de la Ley General de Sociedades Mercantiles y son: *a)* Sociedad en nombre colectivo, *b)* sociedad en comandita simple, *c)* sociedad de responsabilidad limitada, *d)* sociedad anónima, *e)* sociedad en comandita por acciones, y *f)* sociedad cooperativa.

B. Sociedades mercantiles extranjeras

El artículo 3o. del Código de Comercio en su fracción III, también incluye a los "sociedades extranjeras o agencias y sucursales de éstas, que dentro del territorio nacional ejerzan actos de comercio". Por lo tanto, también las personas morales constituidas como sociedades mercantiles conforme a las leyes de su país pero que ejercen actos de comercio en territorio nacional son comerciantes.

Conforme a lo anterior, los comerciantes colectivos son tanto aquellas personas morales que se constituyen como sociedades mercantiles bajo las leyes mercantiles mexicanas como las personas morales extranjeras que se constituyen bajo las leyes mercantiles de su país siempre que éstas realizan actos de comercio en nuestro país.

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx http://biblio.juridicas.unam.mx

III. Derechos y deberes del comerciante.

La importancia de determinar quiénes son comerciantes radica en que de la calidad de comerciante se derivan una serie de derechos y obligaciones.

1. Derechos

Los principales derechos que tiene el comerciante por el hecho de serlo son:

A. Concurso mercantil

En caso de insolvencia, un comerciante puede obtener la declaración de concurso mercantil con la finalidad de acordar un plan que permita al comerciante obtener la quita o espera de sus acreedores.

La ventaja del concurso mercantil es que representa una oportunidad para que el comerciante negocie con sus acreedores para poder salir de la insolvencia; fuera del concurso mercantil, el deudor insolvente debe liquidar sus bienes para repartir el valor obtenido entre sus acreedores.

B. Exclusividad en ciertas actividades económicas

Para poder realizar determinadas actividades, particularmente las de carácter financiero, es necesario tener la calidad de comerciante, como son el caso de las instituciones de seguros, las instituciones de fianzas y las instituciones de crédito por mencionar a algunos.

C. Agremiación.

Los comerciantes pueden agremiarse para la defensa de sus intereses. En los últimos años, la agremiación ha cobrado una posición estratégica en la economía del país pues es a través de los gremios de comerciantes que es posible defender la actividad comercial nacional frente a prácticas desleales de productores extranjeros. Por esta razón, el 20 de enero de 2005 fue publicada en el *Diario Oficial de la Federación* una nueva Ley de Cámaras Empresariales y sus Confederaciones (LCEC) que abrogó la anterior de 1996.

La Ley de 1996 hacía obligatoria a la agremiación; dicha disposición, en su momento fue declarada inconstitucional. Como consecuencia, en la nueva ley se estableció que la agremiación es de carácter voluntario (artículo 17, LCEC). No obstante, por efecto de otras disposiciones, pareciera que la

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx http://biblio.juridicas.unam.mx

agremiación es obligatoria, específicamente porque en el artículo 29 se establece como obligación de los comerciantes de registrarse en el Sistema de Información Empresarial Mexicano, lo cual sólo puede llevarse a cabo por medio de una cámara de comercio (artículo 29, LCEC).

2. Obligaciones

De la calidad de comerciante también se derivan una serie de obligaciones:

A. Anuncio de la calidad mercantil

De acuerdo con la fracción I del artículo 16 del Código de Comercio: "Todos los comerciantes, por el hecho de serlo, están obligados: I. A la publicación, por medio de la prensa, de la calidad mercantil; con sus circunstancias esenciales, y en su oportunidad, de las modificaciones que se adopten".
Esta obligación se refiere a una hacer del conocimiento del público que una persona determinada es comerciante. El objetivo es fomentar la certeza jurídica que se necesita para que tengan lugar las relaciones comerciales.
El artículo 17 del Código de Comercio explica más detalladamente en qué consiste. Según este artículo el anuncio de la calidad mercantil incluye:

> Participar la apertura del establecimiento o despacho de su propiedad, por los medios de comunicación que sean idóneos, en las plazas que tengan domicilio, sucursales, relaciones o corresponsales mercantiles; esta información dará a conocer el nombre del establecimiento o despacho, su ubicación y objeto; si hay persona encargada de su administración, su nombre y firma; si hay compañía, su naturaleza, la indicación del gerente o gerentes, la razón social o denominación y la persona o personas autorizadas para usar una y otra, y la designación de las casas, sucursales o agencias, si las hubiere.

El anuncio de la calidad mercantil consiste entonces en hacer del conocimiento del público que determinada persona física realiza actos de comercio y que hace de ellos su ocupación ordinaria, así como también hacer del conocimiento del público que determinada persona moral es comerciante porque está constituida bajo alguna de las formas societarias establecidas por las leyes mercantiles.

A través del anuncio de la calidad mercantil, también se da a conocer el lugar en donde realiza actos de comercio el comerciante, y permite que

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx http://biblio.juridicas.unam.mx

los terceros tengan conocimiento de quién es la persona encargada de la administración del establecimiento del comerciante.

En resumen, el anuncio de la calidad mercantil es un aviso a terceras personas de que una persona determinada es comerciante.

El anuncio de la calidad mercantil es de singular importancia pues las consecuencias jurídicas de una relación con un comerciante son diferentes a aquéllas que se derivan de una relación con una persona que no tiene la calidad de comerciante. En el primer caso, estamos hablando de situaciones reguladas por el derecho mercantil, mientras que en el segundo caso estamos hablando de situaciones reguladas, en principio, por el derecho civil.

El anuncio de la calidad mercantil, no es sinónimo de publicidad (en su sentido económico). La publicidad, se refiere a dar a conocer al público los productos o servicios que el comerciante ofrece con el objetivo de intercambiarlos.

Si bien es cierto que por medio de la publicidad se da a conocer que una persona es comerciante, su objetivo no es dar certeza jurídica como sí es el caso del anuncio de la calidad mercantil, pues incluso, está permitido que la publicidad exagere algunas de las cualidades de los productos y servicios con el objetivo de atraer clientela. El objetivo de la publicidad es dar a conocer al comerciante entre los consumidores para aumentar la venta de los productos o servicios que ofrece.

En resumen, la finalidad de la publicidad es meramente la obtención de un lucro, mientras que la finalidad del anuncio de la calidad mercantil es crear certeza jurídica.

B. Inscripción en el Registro Público de Comercio

La fracción II del artículo 16 del Código de Comercio establece que: "Todos los comerciantes, por el hecho de serlo, están obligados: [...] II. A la inscripción en el Registro Público de Comercio, de los documentos cuyo tenor y autenticidad deben hacerse notorios".

Esta obligación también consiste en publicitar información sobre el comerciante. A diferencia del rubro anterior, que impone la obligación al comerciante de dar a conocer a terceros su calidad de comerciante, en este caso, se impone la obligación de dar a conocer a terceros los actos de comercio que realiza el comerciante mediante su inscripción en el Registro Público de Comercio.

La razón de requerir que ciertos actos se inscriban en el Registro Público de Comercio es también dar certeza jurídica en el comercio.

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx http://biblio.juridicas.unam.mx

Una de las principales funciones de la publicidad en materia mercantil, es dar a conocer a los posibles y actuales acreedores de un deudor la situación su patrimonio, de tal forma que el acreedor pueda tomar una decisión informada sobre la aceptación o no aceptación de celebrar un contrato o de ampliar su crédito. De ahí que sea tan importante requerir la inscripción en el Registro Público del Comercio de las enajenaciones y la imposición de algún gravamen sobre determinados bienes.

El artículo 21 amplía esta obligación al establecer que además de estos actos, también se creará "un folio electrónico por cada comerciante o sociedad". Es decir, impone la obligación a los comerciantes individuales y colectivos de inscribirse en el Registro Público de Comercio para hacer constar determinados datos, a saber:

- Nombre del comerciante.
- Clase de comercio u operaciones a que se dedica el comerciante.
- La fecha en que deba comenzar o haya comenzado sus operaciones.
- El domicilio con especificación de las sucursales que hubiere establecido, sin perjuicio de inscribir las sucursales en el Registro del partido judicial que estén domiciliadas.
- Los poderes generales y nombramientos, y revocación de los mismos si la hubiere, conferidos a los gerentes, factores, dependientes y cualesquiera otros mandatarios.

Si se trata de comerciantes individuales (personas físicas), también debe anotarse en el folio respectivo:

- La licencia que un cónyuge haya dado al otro cuando estando casados bajo el régimen de sociedad conyugal graven bienes de la sociedad.
- Las capitulaciones matrimoniales y los documentos que acrediten alguna modificación a las mismas.
- Los documentos justificativos de los haberes o patrimonio que tenga el hijo o pupilo que estén bajo la patria potestad o bajo la tutela del padre o tutor comerciantes.

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx http://biblio.juridicas.unam.mx

Si se trata de comerciantes colectivos (personas morales) además será necesario anotar en el folio respectivo:

- Las escrituras de constitución de la sociedad mercantil, así como las modificaciones, su rescisión, disolución o escisión.

- El aumento o disminución del capital efectivo en las sociedades anónimas y en comandita por acciones.

- Las emisiones de títulos valor.

La ley sanciona al incumplimiento de esta obligación de la siguiente manera: "La falta de registro de los actos cuya inscripción sea obligatoria, hará que éstos sólo produzcan efectos jurídicos entre los que lo celebren y no podrán producir perjuicio a tercer, el cual sí podrá aprovecharse de ellos en lo que le fueren favorables". En otras palabras, los actos que no sean inscritos en el Registro Público de Comercio no producen efectos jurídicos frente a terceros.

Esta disposición es particularmente relevante en materia de garantías y de insolvencia. Por ejemplo, una hipoteca sobre un inmueble de un deudor que no ha sido inscrita en el Registro Público del Comercio pierde su prioridad frente a otros acreedores en caso de insolvencia del deudor.

C. Contabilidad adecuada

La fracción III del artículo 16 del Código de Comercio señala que: "Todos los comerciantes, por el hecho de serlo, están obligados: "[…] III. A mantener un sistema de contabilidad conforme al artículo 33".

El artículo 33 del mismo Código, establece que: "El comerciante está obligado a llevar y mantener un sistema de contabilidad adecuado. Este sistema podrá llevarse mediante los instrumentos, recursos y sistemas de registro y procesamiento que mejor se acomoden a las características particulares del negocio".

La contabilidad es una técnica para registrar de forma sistemática las operaciones de un comerciante con la finalidad de cuantificar su activo y su pasivo.

Existen varios sistemas de contabilidad pero el Código de Comercio no impone ninguno de estos sistemas en particular. El Código de Comercio sólo exige al comerciante que lleve un registro de sus operaciones adecuado para que sea posible cuantificar su activo y su pasivo, es decir, sólo establece ciertos lineamientos generales sobre lo que considera como "siste-

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx http://biblio.juridicas.unam.mx

ma de contabilidad adecuado" y que básicamente se traduce en que pueda identificarse y rastrearse cada una de las operaciones y las cifras realizadas por el comerciante.

El Código de Comercio también impone como obligación llevar el libro mayor y además para las personas morales el libro de actas (artículo 34, Código de Comercio).

D. Conservación de correspondencia

De acuerdo con la fracción IV del artículo 16 del Código de Comercio, los comerciantes están obligados a conservar la correspondencia que tenga relación con el giro del comerciante.

El artículo 47 del Código de Comercio explica en qué consiste esta obligación: "Los comerciantes están obligados a conservar debidamente archivadas las cartas, telegramas y otros documentos que reciban en relación con sus negocios o giro, así como las copias de las que expidan".

El artículo 49 complementa la disposición anterior al determinar el tiempo durante el cual debe conservarse la correspondencia: "Los comerciantes están obligados a conservar por un plazo mínimo de diez años los originales de aquellas cartas, telegramas, mensajes de datos o cualesquiera otros documentos en que se consignen contratos, convenio o compromisos que den nacimiento a derechos y obligaciones".

En resumen, esta obligación consiste en guardar la correspondencia que tiene alguna relación con la calidad de comerciante o la actividad que realiza el comerciante por un periodo de diez años.

La finalidad de esta disposición es proteger las relaciones del comerciante con sus acreedores porque en caso de conflicto estos documentos pueden ser utilizados para probar la existencia y validez de las operaciones realizadas por el comerciante. Asimismo, esta disposición está íntimamente relacionada con la obligación de mantener un sistema de contabilidad adecuado pues en la correspondencia puede encontrarse información que respalde lo registrado por la contabilidad.

La obligación de conservar la correspondencia incluye a los documentos enviados y recibidos por medios electrónicos (mensajes de datos) (artículo 49, Código de Comercio).

E. Competencia leal

El artículo 6o. bis del Código de Comercio añade otra obligación para los comerciantes que consiste en que "deben realizar su actividad de acuerdo

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx http://biblio.juridicas.unam.mx

a los usos honestos en materia industrial o comercial"; específicamente, los comerciantes deben abstenerse de realizar actos que incurran en competencia desleal.

Según el artículo 6o. BIS, la competencia desleal son actos que:

> I. Creen confusión, por cualquier medio que sea, respecto del establecimiento, los productos o la actividad industrial o comercial de otro comerciante; II. Desacrediten, mediante aseveraciones falsas, el establecimiento, los productos o la actividad industrial o comercial, de cualquier otro comerciante; III. Induzcan al público a error sobre la naturaleza, el modo de fabricación, las características, la aptitud en el empleo o la cantidad de los productos [...].

De acuerdo con lo anterior, la competencia desleal consiste en realizar prácticas que induzcan al error al público sobre la naturaleza de los productos o servicios ofrecidos por el comerciante o que creen confusión o desacrediten los productos o servicios de otros comerciantes.

El Código de Comercio reprime a la competencia desleal pues establece que puede ejercerse una acción civil por daños y perjuicios causados una vez que "se haya obtenido un pronunciamiento firme en la vía administrativa, si ésta es aplicable".

La finalidad de la represión de la competencia desleal es garantizar el ejercicio de la libertad de ocupación y de libre concurrencia en el mercado.

La competencia desleal está regulada de forma detallada por otras disposiciones como la Ley de Propiedad Industrial y la Ley Federal de Protección al Consumidor.

F. Registro en el Sistema de Información Empresarial Mexicano (SIEM)

El artículo 30 de la Ley de Cámaras Empresariales y sus Confederaciones, establece la obligación para los comerciantes de inscribirse en el Sistema de Información Empresarial Mexicano.

El SIEM depende de la Secretaría de Economía (artículo 2o., LCEC) y es "un instrumento del Estado mexicano con el propósito de captar, integrar, procesar y suministrar información oportuna y confiable sobre las características y ubicación de los establecimientos de comercio, servicios, turismo e industria en el país, que permita un mejor desempeño y promoción de las actividades empresariales" (artículo 29, LCEC).

El registro en el SIEM está estrechamente relacionado con el derecho de agremiación de los comerciantes para la defensa de sus intereses aunque no es el único objetivo de este registro. Como ya lo explicamos, en los últimos

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx http://biblio.juridicas.unam.mx

años, la agremiación ha cobrado una gran importancia, pues a través de los gremios es posible defender la actividad comercial nacional frente a prácticas desleales de productores extranjeros. De hecho, para poder plantear una controversia a nivel internacional es necesario probar que un determinado porcentaje de la producción nacional está siendo afectada por las importaciones. De ahí la necesidad de contar con un registro de quiénes se dedican al comercio y qué actividad es la que realizan.

IV. Auxiliares mercantiles

En una transacción comercial no sólo interviene el comerciante y la contraparte sino también otras personas, subordinadas del comerciante o totalmente independientes de cualquier comerciante, que hacen posible ese intercambio.

La doctrina ha denominado a estas terceras personas como auxiliares mercantiles y las ha clasificado en dos: *a)* auxiliares del comerciante y *b)* auxiliares del comercio.

1. Auxiliares del comerciante

Los auxiliares del comerciante son aquellas personas que no sólo se encuentran en una relación de subordinación con un comerciante determinado sino que en general le prestan sus servicios de forma exclusiva.

Los auxiliares del comerciante están reconocidos en el capítulo II del título tercero del Código de Comercio y los subdivide en factores y dependientes.

Los factores o gerentes son "los que tengan la dirección de alguna empresa o establecimiento fabril o comercial, o estén autorizados para contratar respecto a todos los negocios concernientes a dichos establecimientos o empresas, por cuenta y nombre de los propietarios de los mismos" (artículo 309, Código de Comercio). Los factores o gerentes son entonces aquellas personas que se encargan de la administración de los negocios del comerciante.

Los dependientes o empleados son aquellas personas que "desempeñen constantemente alguna o algunas gestiones propias del tráfico, en nombre y por cuenta del propietario de éste" (artículo 309, Código de Comercio). Los

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx http://biblio.juridicas.unam.mx

dependientes o empleados son entonces aquellas personas que están subordinadas al comerciante y lo ayudan en la realización de su actividad.

Desde el punto de vista del derecho del trabajo, los auxiliares dependientes o del comerciantes son trabajadores (incluyendo a los gerentes o factores).

El artículo 8o. de la Ley Federal del Trabajo define al trabajador como "la persona física que presta a otra, física o moral, un trabajo personal subordinado". La subordinación consiste, por una parte, en la facultad jurídica de mando del patrón y, por otra parte, el deber del trabajador de obedecer.

El mismo artículo agrega que "por trabajo se entiende toda actividad humana, intelectual o material, independientemente del grado de preparación técnica requerido por cada profesión u oficio".

Por lo tanto, sin importar la actividad que realicen, tanto los factores o gerentes como los dependientes o empleados tienen la obligación de obedecer las órdenes del comerciante.

La terminología del Código de Comercio es distinta a la de la Ley Federal del Trabajo, y se explica históricamente porque el Código de Comercio es anterior a la Constitución de 1917, la cual consagró los derechos de los trabajadores en el artículo 123.

2. Auxiliares del comercio

Los auxiliares del comercio no están subordinados a un comerciante determinado, sino que prestan sus servicios a quien lo requiera. Los auxiliares del comercio son independientes de cualquier comerciante pues son meramente mediadores, de ahí que la doctrina les haya dado tal denominación.

Dentro de esta clasificación podemos incluir a los corredores públicos, los notarios, los contadores externos y los agentes de comercio.

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx http://biblio.juridicas.unam.mx

Resumen

El término "sujetos de derecho mercantil" se refiere a todas aquellas personas que por alguna razón intervienen en un acto de comercio aunque no sean comerciantes y que, por lo tanto, se les aplica el derecho mercantil.

Los sujetos de derecho mercantil se clasifican en las siguientes categorías: los comerciantes, personas que realizan accidentalmente actos de comercio y personas que intervienen en un acto mixto.

Por lo anterior, es imposible dar una definición de comerciante atendiendo sólo a un criterio material o sólo atendiendo a un criterio formal.

Por cuestiones de didáctica, la doctrina define al comerciante como un intermediario en el cambio, lo cual implica que es quien realiza actos a través de los que intercambia bienes o servicios con un fin de lucro, por lo que los destina a su intercambio sucesivo y no a su uso o consumo personal.

Los comerciantes pueden ser comerciantes individuales (personas físicas) o comerciantes individuales (personas morales).

Los comerciantes individuales son personas físicas que teniendo capacidad legal para ejercer el comercio, hacen de él su ocupación ordinaria.

Los comerciantes colectivos son tanto aquellas personas morales que se constituyen como sociedades mercantiles bajo las leyes mercantiles mexicanas como las personas morales extranjeras que se constituyen bajo las leyes mercantiles de su país siempre que éstas realizan actos de comercio en nuestro país.

La importancia de determinar quiénes son comerciantes radica en que de la calidad de comerciante se derivan una serie de derechos y obligaciones.

Los principales derechos que se derivan de la calidad de comerciante son hacer uso del concurso mercantil, tener la exclusividad de ciertas prácticas comerciales y agremiarse para la defensa de sus intereses.

Las principales obligaciones que se derivan de la calidad de comerciante son anunciar la calidad mercantil, inscribir en el Registro Público de Comercio los actos que así lo requieran, llevar una contabilidad adecuada, guardar la correspondencia por un tiempo determinado, evitar actos que incurran en competencia desleal e inscribirse en el Sistema de Información Empresarial Mexicano.

En una transacción comercial no sólo interviene el comerciante y la contraparte sino también otras personas, subordinadas o independientes del comerciante, que hacen posible ese intercambio. La doctrina ha denominado a estas terceras personas como auxiliares mercantiles y las ha clasificado en auxiliares del comerciante y auxiliares del comercio.

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx http://biblio.juridicas.unam.mx

Cuestionario

1. ¿Quiénes son los sujetos de derecho mercantil?
2. Dé la definición de comerciante.
3. ¿Quiénes son los comerciantes individuales?
4. ¿Cuáles son los criterios para determinar quién es un comerciante individual?
5. ¿Quiénes son los comerciantes colectivos?
6. Explique cuáles son los derechos del comerciante.
7. Enuncie las obligaciones del comerciante.
8. ¿En qué consiste la obligación de anunciar la calidad mercantil?
9. ¿En qué consiste la obligación de inscribir los actos que así lo requieran en el Registro Público del Comercio?
10. ¿En qué consiste la obligación de llevar una contabilidad adecuada?
11. ¿En qué consiste la obligación de guardar la correspondencia?
12. ¿Qué es la competencia desleal?
13. ¿En qué consiste la obligación de inscribirse en el Sistema de Información Empresarial Mexicano?
14. ¿Quiénes son los auxiliares mercantiles?
15. ¿Quiénes son los auxiliares del comerciante?
16. ¿Quiénes son los auxiliares del comercio?

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx http://biblio.juridicas.unam.mx

Capítulo sexto
La empresa

Uno de los elementos principales en el derecho mercantil es la empresa, que muchas veces se confunde con otros conceptos como la sociedad mercantil, el establecimiento o la negociación. Por lo anterior es importante definirla e identificar sus elementos

I. Definición de empresa

Aún cuando podemos encontrar disposiciones en diversas leyes mercantiles y de otras materias que hacen referencia a la empresa y comúnmente se le identifica con una sociedad mercantil, la empresa no está reconocida como tal jurídicamente porque la empresa es un concepto meramente económico. Por esta razón es necesario estudiar este concepto para poder distinguirla de otros términos que sí tienen un significado jurídico.

1. Definición legal

En el Código de Comercio no encontramos definición alguna de empresa. La razón es precisamente que no tiene reconocimiento jurídico como tal. No obstante, en leyes de otras materias podemos encontrar disposiciones que definen a la empresa. Este es el caso de la Ley de Navegación y Comercio Marítimos, la Ley Federal del Trabajo y el Código Fiscal de la Federación.

La fracción IX del artículo 2o. de la Ley de Navegación y Comercio Marítimos define al "naviero o empresa marítima" o "armador o empresa armadora" como:

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx http://biblio.juridicas.unam.mx

> Persona física o moral que teniendo bajo su propiedad o posesión una o varias embarcaciones, y/o artefactos navales, y sin que necesariamente constituya su actividad principal, realice las siguientes funciones: Equipar, avituallar, aprovisionar, dotar de tripulación, mantener en estado de navegabilidad, operar por sí mismo y explotar embarcaciones.

Por otro lado, el artículo 16 de la Ley Federal del Trabajo define a la empresa como la "unidad económica de producción y distribución de bienes y servicios". Esta misma disposición distingue a la empresa del establecimiento al definir a ese último como "la unidad técnica que como sucursal, agencia u otra forma semejante, sea parte integrante y contribuya a la realización de los fines de la empresa".

Por su parte, el artículo 16 del Código Fiscal de la Federación define a la empresa como "persona física o moral que realice las actividades a que se refiere este artículo, ya sea directamente o a través de fideicomiso o por conducto de terceros". Las actividades empresariales enunciadas en dicho artículo son: actividades comerciales, industriales, agrícolas, ganaderas, de pesca y silvícola.

El articulo citado del Código Fiscal de la Federación también distingue entre empresa y establecimiento al establecer que: "por establecimiento se entenderá cualquier lugar de negocios en que se desarrollen, parcial o totalmente, las citadas actividades empresariales".

De las definiciones enunciadas, por lo menos las de la LNCM y del CFF, se desprende que la empresa es una persona física o moral, lo cual no es jurídicamente correcto porque la empresa en nuestro sistema jurídico carece de personalidad jurídica.

La personalidad jurídica de un sujeto de derecho sólo puede ser reconocida mediante ley. El artículo 25 del Código Civil Federal contiene una lista de personas morales, es decir, entidades cuya personalidad jurídica está reconocida. Esta lista incluye a:

- La nación, los estados y los municipios.
- Otras entidades públicas cuya personalidad jurídica está reconocida por la ley.
- Las sociedades civiles o mercantiles.
- Los sindicatos.

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx http://biblio.juridicas.unam.mx

- Las sociedades cooperativas y mutualistas.
- Las asociaciones civiles.
- Las personas morales extranjeras.

La lista del artículo 25 del Código Civil Federal no es exhaustiva pues es posible encontrar en cualquier otra ley el reconocimiento de la personalidad jurídica. La empresa, no obstante, no es reconocida como persona en ninguna ley. Por lo tanto, las definiciones legales que hemos citado son inexactas.

2. Definición doctrinal

La doctrina mercantilista reconoce el carácter económico del concepto de empresa pero, tomando en cuenta su importancia para el derecho mercantil, algunos autores han propuesto definiciones de este concepto:

- Según Jorge Barrera Graf, la empresa es el "conjunto de personas y cosas organizadas por el titular con el fin de realizar una actividad onerosa, generalmente lucrativa de producción o de intercambio de bienes y servicios destinados al mercado".[14]
- Raúl Cervantes Ahumada define a la empresa como la "universalidad de hecho, constituida por un conjunto de trabajo, de elementos materiales y de valores incorpóreos, coordinado para la producción o el intercambio de bienes o servicios destinados al mercando general".[15]
- Para Roberto Mantilla Molina la empresa se identifica con el concepto de negociación, la cual puede se definida como "el conjunto de cosas y derechos combinados para obtener u ofrecer al público bienes o servicios, sistemáticamente y con propósito de lucro".[16]

Tomando como referencia la definición de Raúl Cervantes Ahumada, desde nuestro punto de vista, la empresa es la actividad que le da el carácter de comerciante a una persona. La empresa es una actividad que consiste en coordinar u organizar tanto elementos corpóreos como incorpóreos, así como el trabajo de las personas para producir o intercambiar bienes o servicios.

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx http://biblio.juridicas.unam.mx

II. Diferencias entre la empresa y otros términos jurídicos

1. Empresa y sociedad mercantil

La sociedad mercantil es una persona moral, cuya personalidad jurídica está reconocida por el artículo 25 del Código Civil Federal. La sociedad mercantil, además es un comerciante como lo establece la fracción II del artículo 3o. del Código de Comercio. Para que una persona moral se constituya como sociedad mercantil, es necesario celebrar el contrato respectivo que cumpla con las formalidades establecidas por la LGSM.

La empresa no es una persona moral, es una actividad. No es un tipo de sociedad mercantil, es decir, la empresa no es un comerciante. La empresa es la actividad que realiza la sociedad mercantil o comerciante colectivo. La sociedad mercantil se sirve de la empresa para lograr su finalidad.

2. Empresa y establecimiento

El establecimiento es el lugar donde el comerciante realiza sus actividades. La empresa es una actividad que se desarrolla en un lugar determinad.

El establecimiento es un elemento de la empresa pues es en el establecimiento en donde se desarrolla la empresa.

3. Empresa y negociación

La negociación es entendida como el conjunto de bienes y derechos de un comerciante. La negociación no es sinónimo de empresa pues es sólo una parte de ésta.

La empresa se sirve de la negociación. La empresa consiste en organizar o coordinar a varios elementos, incluyendo a la negociación.

III. Elementos de la empresa

La empresa es una actividad que consiste en organizar ciertos elementos con el objetivo de producir o intercambiar bienes o servicios. Estos elementos

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx http://biblio.juridicas.unam.mx

han sido clasificados en: materiales o corporales, inmateriales o incorporales, y personales.

1. Elementos materiales o corpóreos

Los elementos materiales o corpóreos se identifican con la clasificación del derecho civil de bienes corpóreos. Los bienes corpóreos son aquéllos que ocupan un lugar en el espacio y, por lo tanto, son visibles y tangibles.

Dentro de los elementos materiales o corpóreos encontramos a las materias primas, los bienes inmuebles y los productos.

Para explicar estos bienes conforme al Código Civil Federal, utilizaremos la clasificación de bienes en muebles e inmuebles.

A. Bienes muebles

Los bienes muebles, en principio, son aquellos que por su naturaleza pueden trasladarse de un lugar a otro (artículo 735, del CCF). No obstante, el Código Civil incluye dentro de esta clasificación a otros bienes atendiendo a un criterio formal (artículos 754 a 759, CCF).

B. Bienes inmuebles

Los bienes inmuebles, en principio, son aquellos que por su naturaleza no pueden trasladarse de un lugar a otro como el suelo y todo lo que está adherido a él, incluyendo a las construcciones y las líneas telefónicas fijas, así como los derechos reales que sobre éste (artículo 750, CCF).

2. Elementos inmateriales o incorpóreos

Los elementos inmateriales o incorpóreos son aquellos que no son visibles ni tangibles y, por lo tanto, su existencia no es material sino meramente jurídica.

Los bienes intangibles de la empresa son el avío y los derechos de propiedad intelectual.

A. Clientela o Avío

La clientela se refiere a los consumidores y a los proveedores.

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx http://biblio.juridicas.unam.mx

A través del tiempo, el comerciante se va relacionando con terceros con quienes realiza operaciones comerciales; estas relaciones no sólo implican a los consumidores finales, sino también a otros comerciantes quienes, a su vez, proveen o son proveídos de bienes o servicios. Todas estas personas son la clientela de la empresa.

El avío consiste en las listas de consumidores y proveedores del comerciante. Esta lista le da valor a una empresa.

B. Derechos de propiedad intelectual

Los derechos de propiedad intelectual son el conjunto de prerrogativas que los creadores de productos o procesos industriales o de obras literarias o artísticas gozan para explotarlas de forma exclusiva.

Los derechos de propiedad intelectual se clasifican en: *a)* derechos de propiedad industrial y *b)* derechos de autor.

a. Derechos de propiedad industrial

Los derechos de propiedad industrial son las prerrogativas de explotación exclusiva que gozan los creadores de productos o procedimientos.

Los derechos de propiedad industrial comprenden los siguientes aspectos:

- Las invenciones (artículo 15, LPI).
- El modelo de utilidad (artículo 28, LPI).
- El diseño industrial (artículo 32, LPI).
- Las marcas (artículo 88, LPI).
- El aviso comercial (artículo 100, LPI).
- El nombre comercial (artículo 105, LPI).
- La denominación de origen (artículo 156, LPI).

Los derechos de propiedad industrial son protegidos por medio de la patente (artículo 25 LPI), las licencias, el registro y el secreto industrial (artículo 82, LPI), así como por la represión de la competencia desleal.

b. Derechos de autor

Los derechos de autor son "el reconocimiento que hace el Estado a favor de todo creador de obras literarias y artísticas previstas en el artículo 13 de esta Ley, en virtud del cual otorga su protección para que el autor goce de prerrogativas y privilegios exclusivos de carácter personal y patrimonial" (artículo

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx http://biblio.juridicas.unam.mx

11, LFDA). En otras palabras, son las prerrogativas de explotación exclusiva así como de otros privilegios de carácter personal que gozan los creadores de obras originales artísticas o literarias.

Los derechos de autor se clasifican en:

- *Derechos morales.* Estos derechos consisten en el reconocimiento jurídico como creador al autor de una obra artística o literaria. Los derechos morales incluyen: el derecho al nombre, el derecho de edición o publicación, el derecho a la integridad, conservación y respeto de la obra y el derecho de rectificación.

- *Derechos patrimoniales.* Estos derechos se refieren a la explotación económica de la obra artística o literaria.

3. Elementos personales

Los elementos personales de la empresa se refieren al personal de la empresa.

Como lo explicamos en otro apartado, el comerciante se auxilia de sus trabajadores, que son el personal de la empresa. Los trabajadores pueden desempeñar diversas actividades dentro de la empresa, incluso de dirección. Sin importar su denominación, sueldo, habilidades o actividades que desempeñen dentro de una empresa, son trabajadores, según la LFT, todos aquéllos que prestan un servicio personal subordinado al patrón, pues este último tiene la facultad jurídica de mando y los primeros la obligación de obedecerlo. Por lo tanto, gerentes y empleados son trabajadores de una empresa.

Las habilidades del personal determinan la calidad de los productos y servicios producidos por la empresa; es esta calidad la que determina hasta cierto punto la producción y venta de bienes y servicios, lo que afecta el valor de la empresa.

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx http://biblio.juridicas.unam.mx

Resumen

Aún cuando podemos encontrar disposiciones en diversas leyes mercantiles y de otras materias que hacen referencia a la empresa y comúnmente se le identifica con una sociedad mercantil, la empresa no está reconocida como tal jurídicamente porque la empresa es un concepto meramente económico.

En el Código de Comercio no encontramos definición alguna de empresa. La razón es precisamente que no tiene reconocimiento jurídico como tal. No obstante, doctrinalmente, la empresa puede ser definida como una actividad que consiste en coordinar u organizar tanto elementos corpóreos como incorpóreos, así como el trabajo de las personas para producir o intercambiar bienes o servicios.

La empresa es una actividad que consiste en organizar ciertos elementos con el objetivo de producir o intercambiar bienes o servicios. Estos elementos han sido clasificados en: materiales o corporales, inmateriales o incorporales, y personales.

Los elementos materiales o corpóreos se identifican con la clasificación del derecho civil de bienes corpóreos. Los bienes corpóreos son aquéllos que ocupan un lugar en el espacio y, por lo tanto, son visibles y tangibles.

Los elementos inmateriales o incorpóreos son aquellos que no son visibles ni tangibles y, por lo tanto, su existencia no es material sino meramente jurídica.

Los bienes intangibles de la empresa son el avío y los derechos de propiedad intelectual.

Los elementos personales de la empresa se refieren al personal de la empresa.

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx http://biblio.juridicas.unam.mx

Cuestionario

1. ¿Qué es la empresa?
2. ¿Cuál es la diferencia entre la empresa y la sociedad mercantil?
3. ¿Cuál es la diferencia entre la empresa y el establecimiento?
4. ¿Cuál es la diferencia entre la empresa y la negociación?
5. Enuncie los elementos de la empresa.
6. ¿Cuáles son los elementos materiales o corpóreos de la empresa?
7. ¿Cuáles son los elementos inmateriales o incorpóreos de la empresa?
8. ¿Qué es la clientela o el avío de una empresa?
9. ¿Qué son los derechos de propiedad intelectual?
10. ¿Qué son los derechos de propiedad industrial?
11. ¿Qué son los derechos de autor?
12. ¿Cuáles son los elementos personales de la empresa?

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx http://biblio.juridicas.unam.mx

Capítulo séptimo
Asociación en participación

Los especialistas dan diversos puntos de vista para explicar la naturaleza jurídica del contrato de asociación en participación, el cual tiene sus orígenes en el contrato de *comenda* del derecho romano; trataremos de explicar porqué lo consideramos como una verdadera operación de crédito, para lo cual será necesario distinguir sus elementos y su clasificación.

I. Antecedentes históricos

Los antecedentes del contrato de asociación en participación se encuentran en el contrato de *comenda* del derecho romano. Por medio de este contrato, el comendador confiaba dinero o mercancías al comendatario para su utilización comercial en un viaje, una vez concluido el viaje se repartían las pérdidas y las ganancias en la proporción convenida.

II. Definición de asociación en participación

La asociación en participación es "un contrato por el cual una persona concede a otras que le aportan bienes o servicios una participación en las utilidades y en las pérdidas en una negociación mercantil o de una o varias operaciones de comercio" (artículo 252 LGSM).

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx http://biblio.juridicas.unam.mx

III. Naturaleza jurídica

Diversas son las explicaciones que dan los especialistas en la materia sobre la naturaleza jurídica del contrato de asociación en participación, pero dos son las más discutidas por la doctrina. La primera considera que se trata de una asociación momentánea y la segunda considera que se trata de una sociedad oculta.

1. Sociedad momentánea

Según esta corriente, las partes celebran un contrato para constituir una sociedad con la finalidad de realizar determinados actos jurídicos; una vez que dicha actividad es realizada, la sociedad desaparece.

2. Sociedad oculta

Esta corriente considera que la asociación en participación es un contrato por medio del cual se constituye una sociedad que no se exterioriza como tal frente a terceros.

3. Nuestro punto de vista

Desde nuestro punto de vista, la asociación en participación es una verdadera operación de crédito que comúnmente se confunde con un contrato de sociedad y que erróneamente está incluida en la Ley General de Sociedades Mercantiles.

Entendemos por crédito la obtención de un bien presente a cambio de un bien futuro, y por operación de crédito un contrato por medio del cual es posible obtener un bien presente a cambio de un bien futuro. El contrato de asociación es una operación de crédito.

El contrato de asociación en participación que permite al asociante (deudor) obtener bienes o servicios del asociante (acreedor) para poder realizar alguna actividad comercial a cambio de bienes futuros que consisten en una participación en las utilidades.

La asociación en participación es una transacción por medio de la cual se obtiene un crédito y que está caracterizada por que el riesgo de pérdida recae sobre el acreedor.

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx http://biblio.juridicas.unam.mx

Mediante el contrato de asociación en participación, el acreedor puede generar grandes ganancias, si la empresa del deudor es exitosa; al mismo tiempo, el acreedor corre el riesgo sufrir grandes pérdidas, pues si la empresa del deudor fracasa, el acreedor pierde lo aportado al deudor. En otras palabras, si el asociante fracasa, el asociado tendrá que compartir con el asociante las pérdidas; sin embargo, si el asociante tiene éxito, el asociado compartirá con el asociado las ganancias que pueden ser mucho mayores al valor del bien o los servicios que aportó.

Por estas razones, consideramos que el contrato de asociación en participación es una operación de crédito que aparenta ser una asociación entre el asociante y el asociado.

IV. Clasificación del contrato de asociación en participación

Como todos los contratos, la asociación en participación tiene características que la distinguen de otros contratos.

El contrato de asociación en participación es un:

- *Contrato principal*. Se trata de un contrato principal pues su existencia no depende de otra relación contractual.

- *Contrato nominado*. Es un contrato expresamente regulado por la Ley General de Sociedades Mercantiles.

- *Contrato consensual en oposición a real*. Es un contrato que se perfecciona con la formación del consentimiento.

- *Contrato formal*. Es un contrato requiere del cumplimiento de determinados requisitos para que tenga plena eficacia.

- *Contrato bilateral*. Es un contrato en el que hay una correlación entre las prestaciones del acreedor y las contraprestaciones del deudor.

- *Contrato aleatorio*. Es un contrato en el que los derechos y las obligaciones dependen de la realización de un evento; específicamente, las ganancias o las pérdidas para ambas partes dependen de la suerte de la empresa del asociante.

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx http://biblio.juridicas.unam.mx

- *Contrato de eficacia continuada*. Es un contrato en el que se realiza el objeto a través de una serie de actos.

- *Contrato oneroso*. Es un contrato en el que las partes obtienen un provecho.

V. Elementos del contrato

1. Partes

Las partes en el contrato de asociación en participación son:

A. Asociante

Es la persona a quien se le transmite la propiedad de bienes o quien recibe la prestación de servicios por parte del asociado con la finalidad de utilizarlos en la realización de una actividad determinada. A cambio de los bienes o servicios que recibe, el asociante comparte con el asociado las ganancias y las pérdidas obtenidas. El asociante obra en nombre propio frente a terceros (artículo 256, LGSM).

B. Asociado

Es la persona que transmite la propiedad de bienes o aporta servicios al asociante. El asociado no tiene relación con terceros acreedores o deudores del asociante (artículo 256, LGSM).

2. Objeto

El objeto del contrato consiste, por una parte, en la transmisión de la propiedad de bienes o la prestación de servicios por parte del asociado, con la finalidad de financiar una actividad determinada.

Por otra parte, el objeto del contrato consiste en distribuir las pérdidas y las ganancias entre el asociante y el asociado. Cabe destacar que las pérdidas para el asociado no pueden ser superiores al valor de los bienes o servicios aportados (artículo 258, LGSM).

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx http://biblio.juridicas.unam.mx

3. Fin o motivo

El fin de este contrato es facilitar la obtención de un crédito para la realización de una actividad económica que produzca ganancias.

4. Forma

Es necesario que el contrato se haga constar por escrito (artículo 254, LGSM), pero no es necesario que se otorgue ante fedatario público ni que se inscriba en el Registro Público de Comercio.

Sólo será necesario cumplir con formalidades relativas a la publicidad del acto jurídico cuando la naturaleza de las aportaciones así lo determine, como sería el caso de bienes inmuebles.

La Ley también reconoce que las partes pueden acordar el cumplimiento de dichas formalidades aún cuando la naturaleza de las aportaciones no lo requiera (artículo 257, LGSM).

VI. Causas de terminación del contrato

El contrato termina una vez que se ha realizado el acto o actos jurídicos para los cuales se aportaron los bienes o servicios y se han repartido las ganancias o pérdidas entre las partes.

De acuerdo con el artículo 259 de la LGSM, el contrato también puede terminar por las mismas causas por las que puede disolverse una sociedad en nombre colectivo. Las causas de disolución de este tipo de sociedades son: muerte, incapacidad, exclusión o retiro de uno de los socios o porque el contrato social se rescinde respecto de uno de ellos (artículo 229, LGSM).

VII. Diferencia entre el contrato de asociación en participación y la sociedad mercantil

La asociación en participación es un contrato que puede ser fácilmente confundido con las sociedades mercantiles.

La nota que distingue al contrato de asociación en participación es que de éste no surge una persona moral.

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx http://biblio.juridicas.unam.mx

Del contrato de asociación en participación no surge una persona moral porque su finalidad es obtener financiamiento para realizar una actividad determinada; la finalidad de este contrato no es formar una persona moral como sí sucede con los contratos de organización.

En este contrato, a diferencia del contrato de sociedad, no hay un fin común pues mientras que la finalidad del contrato de sociedad es crear una persona moral, en el contrato de asociación las partes tienen intereses opuestos: la finalidad del deudor es obtener crédito, mientras que la finalidad de acreedor es obtener el principal más los intereses. Por esta razón, no es siquiera posible hablar de una sociedad oculta pues no cuenta con las características de la sociedad (fin común, *afectio societatis* y vocación a las pérdidas y las ganancias).

Como la asociación en participación no es una persona moral, no tiene personalidad jurídica propia y, por lo tanto, no cuenta con los atributos correspondientes (capacidad jurídica, nombre, domicilio, nacionalidad y patrimonio propios).

Entre el contrato de asociación en participación y el contrato de sociedad hay otras diferencias como los requisitos de forma. Mientras que para constituir una sociedad es necesario su otorgamiento ante notario público y su inscripción en el Registro Público de Comercio, para que el contrato de asociación en participación tenga plena eficacia basta, en principio, con que conste por escrito.

Otra nota que distingue al contrato de asociación en participación del contrato de sociedad radica en la responsabilidad de las partes frente a terceros. Mientras que en el contrato de sociedad todos los socios son responsables limitada o ilimitadamente por las deudas de la sociedad, en la asociación en participación el único responsable frente a terceros por el acto jurídico para el que obtuvo financiamiento es el asociante, el cual responde ilimitadamente con sus propios bienes.

Por último, mientras que en una sociedad mercantil se requiere la integración de órganos colegiados, en la asociación en participación no hay órganos colegiados. La razón es que al tratarse de una verdadera operación de crédito, el asociante es el único que responde frente a terceros, también el asociante es el único que toma decisiones respecto del acto o actos jurídicos para los que se obtuvo financiamiento.

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx http://biblio.juridicas.unam.mx

Resumen

Los antecedentes del contrato de asociación en participación se encuentran en el contrato de *comenda* del derecho romano.

De acuerdo con el artículo 252 de la Ley General de Sociedades Mercantiles, la asociación en participación es "un contrato por el cual una persona concede a otras que le aportan bienes o servicios una participación en las utilidades y en las pérdidas en una negociación mercantil o de una o varias operaciones de comercio."

Diversas son las explicaciones que dan los especialistas en la materia sobre la naturaleza jurídica del contrato de asociación en participación pero dos de ellas son las más relevantes. La primera considera que se trata de una asociación momentánea; mientras que la segunda considera que se trata de una sociedad oculta.

Desde nuestro punto de vista, la asociación en participación es una verdadera operación de crédito que comúnmente se confunde con un contrato de sociedad y que erróneamente está incluida en la Ley General de Sociedades Mercantiles. La asociación en participación es un contrato para obtener un crédito en el que el riesgo de pérdida recae sobre el acreedor. Mediante esta operación, el acreedor puede generar grandes ganancias si la empresa del deudor es exitosa, pero en la que también el acreedor corre el riesgo sufrir grandes pérdidas si la empresa del deudor fracasa.

Para que el contrato tenga validez, es necesario que el contrato se haga constar por escrito, aunque no es necesario otorgarlo ante notario ni su inscripción en el Registro Público de Comercio a menos que por la naturaleza de las aportaciones, como sería el caso de bienes inmuebles, sea necesaria su inscripción pública o que así lo hayan acordado las partes.

El contrato termina una vez que se ha realizado el acto o actos jurídicos para los cuales se aportaron los bienes o servicios y se han repartido las ganancias o pérdidas entre las partes.

La asociación en participación es un contrato que puede ser fácilmente confundido con las sociedades mercantiles. La nota que distingue al contrato de asociación en participación del contrato de sociedad es que de él no surge una persona moral.

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx http://biblio.juridicas.unam.mx

Cuestionario

1. Explique los antecedentes históricos del contrato de asociación en participación.
2. ¿Cómo define la Ley General de Sociedades Mercantiles al contrato de asociación en participación?
3. ¿Por qué el contrato de asociación en participación es considerado como una sociedad momentánea?
4. ¿Por qué el contrato de asociación en participación es considerado como una sociedad oculta?
5. ¿Por qué el contrato de asociación en participación es desde nuestro punto de vista una verdadera operación de crédito?
6. Explique la clasificación del contrato de asociación en participación.
7. ¿Quiénes son las partes en el contrato de asociación en participación?
8. ¿Cuál es el objeto del contrato de asociación en participación?
9. ¿Cuál es el fin del contrato de asociación en participación?
10. ¿Qué requisitos de forma se deben cumplir para que el contrato de asociación en participación tenga validez?
11. ¿Cuáles son las causas de terminación del contrato de asociación en participación?
12. ¿Cuál es la diferencia entre el contrato de asociación en participación y la sociedad mercantil?

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx http://biblio.juridicas.unam.mx

Capítulo octavo
Generalidades de las sociedades mercantiles

Las sociedades mercantiles tienen sus orígenes en la Edad Media; el día de hoy son un elemento primordial para concebir al derecho mercantil, por lo que en nuestro país se ha desarrollado legislación especial para regular su régimen jurídico, que tiene como base el contrato de sociedad que celebran los socios, y del cual derivan derechos y obligaciones que son fundamentales para el funcionamiento de la sociedad.

I. Antecedentes históricos

Los antecedentes de las sociedades mercantiles se remontan a la Edad Media. Como recordaremos, en la Edad Media los comerciantes y artesanos se agrupaban en gremios con el fin de organizar sus actividades y defender sus intereses. Estas agrupaciones son los primeros antecedentes de lo que después serán las sociedades mercantiles.

Como lo explicamos, la formación de los gremios medievales obedece a una serie de eventos que tuvieron lugar durante la Baja Edad Media; específicamente, durante este periodo floreció la economía debido a las innovaciones técnicas y la implementación de mejoras en el cultivo y en el riego. Durante este período, también tuvieron lugar las cruzadas que permitieron la movilización de personas y de la riqueza.

Todos estos factores tuvieron un impacto en la economía de la sociedad de la Edad Media pues permitieron la especialización en la actividad económica y la creación de estructuras más complejas para la producción de bienes. Asimismo, fue posible emplear a mayor número de personas en la producción y comercialización de productos.

Al llegar el Renacimiento, los comerciantes se habían consolidado como una nueva clase social y como un grupo influyente políticamente.

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx http://biblio.juridicas.unam.mx

Como recodaremos, durante este periodo tienen lugar los grandes descubrimientos geográficos.

Debido a los escasos recursos de los soberanos, para la realización de estas empresas fue necesario obtener el financiamiento de los comerciantes. No obstante, se trataba de empresas que requerían de inversiones que difícilmente podía soportar un solo comerciante, no sólo por el monto de los recursos que se necesitaban para llevarla a cabo, sino por el excesivo riesgo de pérdida.

Por estas razones, fue necesario organizar entidades formadas por varios comerciantes, los cuales recibían la autorización del soberano, dando como resultado a las sociedades mercantiles.

II. Marco jurídico

El régimen de las sociedades mercantiles se encuentra en diversas disposiciones:

1. Constitución

La base constitucional de las sociedades mercantiles se encuentra en el artículo 9o. de la CPEUM, el cual establece que: "No se podrá coartar el derecho de asociarse o reunirse pacíficamente con cualquier objeto lícito".

El artículo citado consagra dos derechos fundamentales: el derecho de reunión y el derecho de asociación.

El derecho de reunión consiste en congregarse transitoriamente, mientras que el derecho de asociación consiste en congregarse permanentemente. Los efectos para uno y otro son distintos. El ejercicio del derecho de reunión no trasciende para dar como resultado a un ente jurídico; del ejercicio del derecho de asociación surge una persona moral.

El ejercicio de este derecho requiere de dos elementos: *a)* realizarse pacíficamente y *b)* tener un objeto lícito.

El término "pacíficamente" ha sido interpretado por nuestros tribunales como "respeto al derecho de los demás y al orden público y el ejercicio de la no violencia".[17]

El término "objeto" se refiere a la finalidad; el término "lícito", como lo habíamos explicado con anterioridad, se refiere a actos que no sean con-

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx http://biblio.juridicas.unam.mx

trarios a la ley, pues de acuerdo con el artículo 1830 del Código Civil Federal "es ilícito el hecho que es contrario a las leyes de orden público o a las buenas costumbres". El sentido de este requisito ha sido reiterado por la interpretación que han hecho nuestros tribunales del artículo 9o. constitucional.

Considerando lo anterior, podemos concluir que el ejercicio de los derechos de reunión y de asociación deben realizarse sin violencia, sin estar prohibidos por la ley, sin atacar derechos de tercero y sin ser contrarios al orden público.

2. Código de Comercio

El Código de Comercio contenía en un principio las disposiciones que regían a estas sociedades, en su título segundo, el cual se denominaba "De las sociedades de comercio" y comprendía los artículos del 89 al 272, pero con el desarrollo de la economía en nuestro país, se hizo necesario regular de forma más específica la actividad de estas sociedades.

Actualmente, el Código de Comercio establece en sus primeros artículos los lineamientos generales del régimen del comerciante, el cual es aplicable a las sociedades mercantiles pues éstas son comerciantes colectivos, pero la Ley General de Sociedades Mercantiles regula de forma específica los términos del contrato de sociedad, los derechos y obligaciones de los socios y la estructura y funcionamiento de la sociedad.

3. Ley General de Sociedades Mercantiles

El 4 de agosto de 1934 fue publicada en el *Diario Oficial de la Federación*, la Ley General de Sociedades Mercantiles, vigente hasta nuestros días.

La Ley General de Sociedades Mercantiles regula la constitución de las sociedades mercantiles, las obligaciones que se derivan del contrato para los socios y la estructura de la sociedad.

La Ley General de Sociedades Mercantiles distingue seis tipos de sociedades mercantiles: sociedad en nombre colectivo, sociedad en comandita simple, sociedad de responsabilidad limitada, sociedad anónima, sociedad en comandita por acciones y sociedad cooperativa.

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx http://biblio.juridicas.unam.mx

4. Ley General de Sociedades Cooperativas

A pesar de que la Ley General de Sociedades Mercantiles distingue a la sociedad cooperativa, éste cuerpo normativo no contiene disposiciones para regularla, sino que se creó una ley especializada en la materia.

Actualmente, la sociedad cooperativa está regulada por la Ley General de Sociedades Cooperativas, publicada en el *Diario Oficial de la Federación* el 3 de agosto de 1994, abrogando a su antecesora, la Ley General de Sociedades Cooperativas de 1938.

5. Código Civil Federal

El Código Civil Federal se aplica de forma supletoria, pues contiene las normas generales sobre la personalidad jurídica de las personas morales.

III. Definición de sociedad mercantil

Ni el Código de Comercio ni la Ley General de Sociedades Mercantiles define a las sociedades mercantiles. La razón es que nuestro sistema jurídico adoptó un criterio formal para regular a las sociedades mercantiles.

De acuerdo con el artículo 3o. del Código de Comercio como en los artículos 1o. y 4o. de la Ley General de Sociedades Mercantiles, basta con que una persona moral se constituya bajo alguno de los tipos de sociedades establecidos por la LGSM para que sea comerciante. En este sentido, es posible afirmar que, sin importar la finalidad con la cual se constituya una sociedad o las actividades que una sociedad realice, ésta será mercantil siempre que cumpla con los requisitos establecidos por la LGSM para constituirse bajo alguna de las formas de sociedad mercantil para que sea considerada como tal por el derecho.

A pesar de este criterio formal, comúnmente se toma como base la definición de sociedad civil del artículo 2688 del Código Civil Federal, según el cual: "Por el contrato de sociedad, los socios se obligan mutuamente a combinar sus recursos o sus esfuerzos para la realización de un fin común, de carácter preponderantemente económico pero que no constituya una especulación comercial".

Comúnmente, se afirma que la sociedad mercantil persigue un fin común que constituye "una especulación comercial". No obstante, esta afirma-

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx http://biblio.juridicas.unam.mx

ción enfrenta el problema que se deriva de los artículos 4o. de la LGSM y 2698 del Código Civil Federal.

El artículo 4o. de la LGSM señala que "Se reputarán mercantiles todas las sociedades que se constituyan en alguna de las formas reconocidas en el artículo 1o. de esta ley". Por otro lado, el artículo 1698 del Código Civil Federal dispone que: "Las sociedades de naturaleza civil, que tomen la forma de sociedades mercantiles, quedarán sujetas al Código de Comercio".

Ambas disposiciones confirman que basta con que en una sociedad tome la forma de sociedad mercantil para constituirse como tal, sin importar que el fin común sea de lucro.

Desde nuestro punto de vista, el criterio formal de los ordenamientos mercantiles y el criterio material del Código Civil Federal se complementan, pues, si bien es cierto que basta con que una sociedad adopte alguna de las formas societarias señaladas por el artículo 1o. de la Ley General de Sociedades Mercantiles, la sociedad es un contrato en el que hay un fin común y del cual se derivan derechos y obligaciones para las partes, este fin es la realización de una actividad para obtener un lucro. Además, ni el Código de Comercio ni la Ley General de Sociedades Mercantiles niegan el fin de lucro que persiguen las sociedades mercantiles; si adoptan un criterio formal es porque las disposiciones fueron diseñadas para afrontar el frecuente incumplimiento de los requisitos establecidos por la ley.

Por lo tanto, tomando en cuenta tanto el contenido de las disposiciones del Código de Comercio y de la Ley General de Sociedades Mercantiles, como la definición de sociedad del Código Civil Federal, proponemos la siguiente definición de sociedad mercantil: contrato plurilateral por medio del cual se adopta alguna de las formas de sociedades mercantiles reconocidas por la ley y en el cual los socios se obligan mutuamente a combinar sus recursos o sus esfuerzos para la realización de un fin común que constituye una especulación comercial.

IV. Elementos característicos del contrato de sociedad

Los especialistas en la materia han identificado ciertos elementos que están presentes en las sociedades mercantiles.

En primer lugar en las sociedades mercantiles hay un fin común, que consiste en realizar a través de una persona moral determinadas actividades; las partes no tienen intereses contrapuestos, sino paralelos, pues van encaminados a realizar un fin común.

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx http://biblio.juridicas.unam.mx

En segundo lugar, está presente la *affectio societatis* que consiste en que las partes combinan sus recursos y sus esfuerzos, es decir, aportan bienes o servicios para hacer posible la realización del fin común.

En tercer lugar, encontramos la vocación a las pérdidas y las ganancias. Esta característica consiste en que, sin excepción alguna, todos los socios reciben ganancias y todos los socios soportan con su patrimonio, en los montos establecidos en los estatutos de la sociedad, las pérdidas sociales.

V. Clasificación del contrato

Como todos los contratos, el contrato de sociedad tiene características que lo distinguen de otros contratos.

- *Contrato principal*. Se trata de un contrato principal pues su existencia no depende de otra relación contractual.

- *Contrato nominado*. Es un contrato expresamente regulado por la Ley General de Sociedades Mercantiles.

- *Contrato consensual en oposición a real*. Es un contrato que se perfecciona con la formación del consentimiento.

- *Contrato formal*. Es un contrato requiere del cumplimiento de determinados requisitos para que tenga plena eficacia.

- *Contrato plurilateral*. Es un contrato en el que las partes tienen un fin común, por lo tanto, los intereses de las partes no son opuestos sino paralelos.

- *Contrato conmutativo*. Es un contrato en el que los derechos y las obligaciones son ciertos y determinados desde un inicio.

- *Contrato de eficacia continuada*. Es un contrato en el que se realiza el objeto a través de una serie de actos.

- *Contrato oneroso*. Es un contrato en el que las partes obtienen un provecho económico.

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx http://biblio.juridicas.unam.mx

VI. Elementos del contrato

1. Objeto

El objeto del contrato de sociedad se integra por dos elementos: *a)* realizar aportaciones de bienes o servicios, y *b)* participar en las pérdidas y las ganancias que resulten de las actividades de la sociedad.

2. Motivo o fin lícitos

Este elemento es necesario para la validez de cualquier contrato. De acuerdo con el derecho de las obligaciones, el motivo o fin ilícitos en un contrato produce la nulidad absoluta de este acto jurídico.

En materia de sociedades mercantiles, el motivo o fin ilícitos en un contrato de sociedad se sanciona con la disolución y liquidación de la sociedad (artículo 3o., LGSM). Asimismo, la LGSM sanciona a los socios de una sociedad que hubiese tenido un fin ilícito, pues a diferencia de lo que sucedería con cualquier disolución y liquidación de una sociedad mercantil, el remanente no se reparte entre los socios, sino que se destina al pago de la responsabilidad civil que corresponda o a la beneficencia pública.

La ilicitud del motivo o fin del contrato puede ser denunciado por el Ministerio Público o cualquier interesado (artículo 3o., LGSM).

Las sociedades mercantiles que han sido constituidas para realizar un fin ilícito son denominadas por la doctrina como "sociedades ilícitas".

3. Forma

La LGSM establece determinados requisitos para la constitución de una sociedad, a saber:

A. Requisitos

a. Contrato escrito

El artículo 6o. de la LGSM dispone que el contrato de sociedad debe constar por escrito, el cual se denomina "escritura constitutiva", y que además debe

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx http://biblio.juridicas.unam.mx

incluir determinadas cláusulas. La doctrina clasifica a estas cláusulas en: elementos personales, reales y funcionales.

i. Requisitos personales

Se refieren a las cláusulas relativas a la partes en el contrato de sociedad como tales, así como las relativas a la sociedad entendida como persona moral.

En cuanto a los socios, deben incluirse cláusulas que indiquen el nombre, la nacionalidad y el domicilio de las personas físicas o morales que constituyen a la sociedad (artículo 6o., fracción I, LGSM).

En cuanto a la sociedad, es necesario integrar cláusulas que indiquen la razón o denominación social, el domicilio de la sociedad, el objeto social, es decir, la finalidad de la sociedad y su duración (artículo 6o., fracciones II, III, IV y VII, LGSM).

ii. Requisitos reales

Son las cláusulas relativas al objeto del contrato, es decir, a las cosas sobre las cuales recae el contrato, tales como las aportaciones, las ganancias y las pérdidas. Específicamente, la LGSM requiere la expresión del importe del capital social, la expresión de lo que cada socio aporte en dinero o en otros bienes, el importe del fondo de reserva y la manera de hacer la distribución de las utilidades y las pérdidas (artículo 6o., fracciones V, VI y XI, LGSM).

iii. Requisitos funcionales

Son cláusulas relativas a la estructura y funcionamiento de la sociedad; en particular, la LGSM requiere la expresión de las facultades de los administradores y su nombramiento, la designación del representante legal, los casos de disolución y la forma de llevar a cabo la liquidación de la sociedad (artículo 6o., fracciones VIII, IX, X, XII y XIII, LGSM).

b. Protocolización ante fedatario público

De acuerdo con el artículo 5o. de la LGSM el contrato de sociedad además debe otorgarse ante fedatario público "y en la misma forma se harán constar sus modificaciones".

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx http://biblio.juridicas.unam.mx

c. Inscripción en el Registro Público de Comercio

No basta con otorgar la escritura pública ante notario público, sino también es necesaria su inscripción en el Registro Público de Comercio (artículo 2o. LGSM).

B. Falta de formalidades

La formalidad es un elemento de validez en los contratos; en derecho civil, el incumplimiento de los requisitos formales provoca la nulidad del acto jurídico.

En materia de sociedades mercantiles, la formalidad también es un elemento de validez, pero la falta de ésta no provoca la nulidad del contrato de sociedad.

Reconociendo la realidad social y económica de nuestro país, la LGSM fue diseñada para hacer posible aplicar el régimen de las sociedades mercantiles a las personas morales que se exteriorizan como tales frente a terceros aún cuando no cumplan con los requisitos de forma (*i. e.* constar por escrito, ante notario público e inscribirse en el Registro Público del Comercio). El objetivo que se persigue con esta medida es proteger a los terceros que están en alguna relación jurídica con el comerciante.

Existen diversos niveles de informalidad dependiendo de los requisitos de forma con los que no se cumplan, pero la sanción por la falta de forma para cualquiera de estos niveles es esencialmente la misma.

a. Falta de inscripción en el Registro Público de Comercio

El primer nivel de informalidad consiste en la falta de inscripción del contrato de sociedad en el Registro Público de Comercio. De acuerdo con el artículo 2o. de la LGSM, la falta de cumplimiento con este requisito no afecta la existencia de la sociedad; incluso, la LGSM reconoce que la sociedad que se ha exteriorizado como tal frente a terceros es mercantil y tiene personalidad jurídica propia.

La LGSM dispone que cualquier socio puede solicitar judicialmente su inscripción (artículo 7o., LGSM). La LGSM, sin embargo, impone una sanción a los "representantes o mandatarios de una sociedad irregular", quienes serán responsables subsidiaria, solidaria e ilimitadamente de los actos jurídicos que realicen en tal carácter frente a terceros (artículo 2o., LGSM). Asimismo, sanciona a todos aquéllos que celebren actos jurídicos a nombre de la socie-

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx http://biblio.juridicas.unam.mx

dad, quienes también serán responsables ilimitada y solidariamente frente a terceros por esos actos jurídicos (artículo 7o., LGSM).

b. Falta de protocolización por un fedatario público

El segundo nivel de informalidad radica en que además de faltar la inscripción del contrato en el Registro Público de Comercio, falta el otorgamiento del contrato ante fedatario público. De acuerdo con el artículo 7o. de la LGSM, este incumplimiento tampoco afecta la existencia de la sociedad mercantil, pues basta con que el contrato contenga las cláusulas esenciales (artículo 6o., fracciones I a VII), para que uno de los socios solicite judicialmente su protocolización.

La sanción por el incumplimiento de estos requisitos de forma consiste también en hacer responsables subsidiaria, ilimitada y solidariamente frente a terceros a quienes realicen actos jurídicos a nombre de la sociedad (artículo 7o., LGSM).

c. Falta de contrato escrito

Por último, en el tercer nivel de informalidad, consiste en que no sólo no se otorga ante fedatario público y no se inscribe en el Registro Público de Comercio, sino que tampoco se hace constar por escrito. Aún en estos casos, para proteger a terceros, según el segundo párrafo del artículo 2o. de la LGSM, estas sociedades tienen personalidad jurídica propia. La sanción, sin embargo, es la misma que la del artículo 7o. de la LGSM, es decir, todas aquéllas personas que realicen actos jurídicos a nombre de la sociedad, son responsables ilimitadamente y solidariamente de esos actos jurídicos frente a terceros.

Las sociedades que no cumplen con algún requisito de forma son denominadas por la doctrina y la ley como "sociedades irregulares".

Las sociedades irregulares no son sociedades ilícitas pues las primeras son aquéllas que para su constitución no se cumplieron los requisitos de forma, mientras que para las segundas, el fin o motivo para el cual se constituyeron es ilícito.

VII. Efectos del contrato de sociedad

Los principales efectos del contrato de sociedad son dos: *a)* la creación de una persona moral, y *b)* la constitución de la calidad de socio.

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx http://biblio.juridicas.unam.mx

1. Sociedad mercantil como persona moral

A. Tipos de sociedades

Dependiendo del tipo de responsabilidad que los socios asumen por los actos jurídicos de la sociedad, doctrinalmente las sociedades mercantiles se clasifican en: *a)* sociedades de personas, y *b)* sociedades de capitales.

a. Sociedades de personas

Las sociedades de personas son aquéllas en las que los socios responden ilimitadamente por las deudas de la sociedad. Por esta razón, la identidad de los socios es de vital importancia para los acreedores de la sociedad.

Por ejemplo, son sociedades de personas la sociedad en nombre colectivo y la sociedad en comandita simple.

b. Sociedades de capitales

Las sociedades de capitales son aquéllas en las que los socios asumen una responsabilidad limitada por las deudas de la sociedad. Por esta razón, el capital social con el que cuenta una sociedad es esencial para los acreedores, mientras que la identidad de los socios es irrelevante.

Por ejemplo, son sociedades de capitales la sociedad de responsabilidad limitada y la sociedad anónima.

B. Atributos de la personalidad

Como cualquier persona moral, la sociedad mercantil cuenta con determinados atributos que se derivan de la personalidad jurídica, a saber: nombre, domicilio, nacionalidad, capacidad jurídica y patrimonio.

a. Nombre

El nombre es un atributo de la personalidad jurídica que consiste en una palabra o conjunto de palabras que permiten identificar a una persona. Las sociedades mercantiles cuentan con una razón o denominación social.

La razón social "se formará con el nombre de uno o más socios, y cuando en ella no figuren los de todos, se le añadirán las palabras 'y compañía' u otras equivalentes" (artículo 27, LGSM).

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx http://biblio.juridicas.unam.mx

La denominación social "se formará libremente" (artículo 87, LGSM); es decir, la ley permite que se utilice cualquier palabra o conjunto de palabras para identificar a la sociedad.

Dependiendo del tipo de sociedad, el nombre de ésta se integrará con una razón social o con una denominación social. Si se trata de una sociedad de personas, es importante para los acreedores de la sociedad conocer la identidad de los socios; por lo tanto, el nombre consistirá en una razón social. En cambio, si se trata de una sociedad de capitales, es irrelevante para los acreedores de la sociedad conocer la identidad de los socios; por lo tanto, el nombre consistirá en una denominación social.

b. Domicilio

El domicilio es el lugar jurídicamente reconocido para que una persona ejercite sus derechos y cumpla sus deberes.

El domicilio de las personas morales se encuentra "en el lugar donde se halle establecida su administración" (artículo 33, CCF). Para el cumplimiento de obligaciones contractuales está permitido "designar un domicilio convencional" (artículo 34, CCF).

Una sociedad puede operar en diversos lugares a través de sucursales. En este caso, para efectos de cumplimiento de las obligaciones contraídas en esos lugares, se considerarán domiciliadas en ese lugar (artículo 33, CCF).

c. Nacionalidad

La nacionalidad es un vínculo jurídico entre el Estado y una persona para considerarla como parte de su población. De acuerdo con el artículo 8o. de la Ley de Nacionalidad, la nacionalidad está determinada por las leyes conforme a las cuales se constituye una persona moral y el domicilio donde opera.

d. Capacidad jurídica

La capacidad jurídica es la aptitud de una persona para ser titular de derechos y deberes. En las personas morales la capacidad jurídica está determinada por el objeto social establecido en el acta constitutiva.

Como explicamos en otro capítulo, la capacidad jurídica se clasifica en: *a)* capacidad de goce, y *b)* capacidad de ejercicio.

La definición de la capacidad de goce se identifica con la definición de capacidad jurídica en general, es decir, es la aptitud de una persona para ser titular de derechos y deberes. En las personas morales, la capacidad de

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx http://biblio.juridicas.unam.mx

goce nace en el momento en que se constituyen, pues es en ese momento que surge un ente con la aptitud de ser titular de derechos y deberes.

La capacidad de ejercicio es la aptitud de una persona para ejercer derechos y cumplir obligaciones por sí mismo. En las personas morales, la capacidad de ejercicio, también surge al momento en que se constituyen y está limitada por el objeto social.

Las personas morales no pueden ejercer sus derechos por sí mismas pues son una ficción jurídica; por esta razón, es necesario que al momento de constituir a una sociedad se designe a un representante legal, quien siempre será una persona física y se encargará de actuar en nombre de la sociedad mercantil.

De acuerdo con el artículo 10 del Código de Comercio, la representación de las sociedades mercantiles corresponde al administrador o administradores; sin embargo, no basta ser administrador para poder actuar como representante de una persona moral.

Para que una persona física actúe como representante de una sociedad mercantil es necesario que la sociedad, mediante el órgano colegiado por el cual actúan los socios o mediante quién este órgano determine, otorgue un poder ante notario público. El cumplimiento de esta disposición es vital para poder acreditar la representación legal.

e. Patrimonio

El patrimonio comúnmente es definido como el conjunto de derechos y deberes susceptibles de valoración pecuniaria que constituyen una universalidad de derecho. Esta definición ha sido criticada pues hay quienes afirman que también hay derechos que no son susceptibles de valoración pecuniaria que también forman parte del patrimonio. Para efectos de este texto, adoptamos la definición mencionada.

En un principio, el patrimonio de la sociedad sólo consiste en las aportaciones de los socios, las que en conjunto integran el capital social de la sociedad. Con el transcurso del tiempo, la sociedad realiza actividades que le generan ganancias o pérdidas, unas y otras van modificando el patrimonio, de tal manera que el capital social pasa a formar sólo una parte del patrimonio de la sociedad.

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx http://biblio.juridicas.unam.mx

2. Calidad de socio

La calidad de socio es el conjunto de derechos y obligaciones que se derivan del contrato de sociedad. Estos derechos y obligaciones se ocupan de las relaciones entre los socios y del vínculo que existe entre el socio y la sociedad.

A. Obligaciones

a. Realizar aportaciones

Esta obligación de los socios consiste en realizar las aportaciones prometidas cuando se constituyó la sociedad.

Como ya lo explicamos, las aportaciones integran el capital social con el cual se realizarán las actividades para las cuales fue constituida la sociedad, de ahí su importancia.

Las aportaciones pueden consistir en bienes, derechos y servicios. Cuando las aportaciones consisten en bienes, salvo pacto en contrario, son traslativas de dominio (artículo 11, LGSM). Cuando las aportaciones consisten en un crédito a favor, los socios están obligados a responder por la existencia y legitimidad de esos créditos y de la solvencia del deudor (artículo 12, LGSM).

b. Responder por las deudas de la sociedad

Otra de las obligaciones de los socios consiste en responder de forma subsidiaria por las deudas de la sociedad.

De acuerdo con la forma societaria que se haya adoptado la responsabilidad de los socios por las deudas de la sociedad será ilimitada o limitada.

En las sociedades de personas, la responsabilidad de los socios es ilimitada; esto quiere decir que, en caso de que los bienes de la sociedad no sean suficientes para pagar sus deudas, los socios responderán con todos sus bienes por esas deudas.

En las sociedades de capitales, la responsabilidad de los socios es limitada; esto implica que en caso de que los bienes de la sociedad no sean suficientes para pagar sus deudas, los socios responderán con sus bienes sólo hasta el monto de la aportación realizada.

c. Lealtad

Esta obligación consiste en abstenerse de realizar directa o indirectamente actividades del mismo género de las que constituyen el objeto de la sociedad,

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx http://biblio.juridicas.unam.mx

salvo el consentimiento de los demás socios. Esta obligación sólo existe para los socios de sociedades de personas (artículo 35, LGSM).

d. Permitir que el nombre forme parte de la razón social

En aquéllas sociedades cuyo nombre consiste en una razón social, es decir, en las sociedades de personas, los socios tienen la obligación de permitir que su nombre forme parte de la razón social aún cuando haya dejado de ser socio. Esta obligación sólo existe para las sociedades de personas (artículos 27, 29 y 52 LGSM).

B. Derechos

Los derechos derivados de la calidad de socio pueden derivarse directamente de la ley o pueden ser negociados por las partes. Unos y otros, por su contenido pueden clasificarse en: *a)* derechos patrimoniales, y *b)* derechos corporativos.

a. Derechos patrimoniales

Los derechos patrimoniales son aquéllos que facultan a los socios a exigir participar en las ganancias de la sociedad. La doctrina distingue entre derechos principales y derechos accesorios. Los segundos aún cuando no consisten en la obtención de una ganancia en sí mismos, guardan una relación estrecha con este derecho.

i. Derechos principales

Participación en las utilidades

El derecho patrimonial más importante es el derecho de participación en la distribución de las utilidades y es de tal importancia que está protegido por la siguiente disposición: "No producirán efecto legal las estipulaciones que excluyan a uno o más socios de la participación de las ganancias." (artículo 17 LGSM).

Cuota de liquidación

Los socios también tienen el derecho de obtener una cuota de liquidación. Este derecho patrimonial se refiere al derecho a recibir una

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx http://biblio.juridicas.unam.mx

porción del remanente que se haya obtenido de la liquidación de los bienes de la sociedad cuando se haya determinado disolverla (artículo 48, LGSM). Dependiendo del monto de las aportaciones realizadas, será la proporción de la cuota de liquidación.

Intereses constructivos

Por último, en las sociedades de capitales, los socios fundadores tienen derecho a recibir intereses no mayores al 9% anual sobre sus aportaciones durante un plazo que no exceda de tres años. Estos intereses son denominados por la doctrina como "intereses constructivos" porque tienen por objeto crear un incentivo para que los socios realicen aportaciones al constituir la sociedad (artículos 85 y 123, LGSM).

ii. Derechos accesorios

Transmisión de la calidad de socio

Cualquiera que sea la forma societaria bajo la cual se constituyó una sociedad, los socios tienen derecho a transmitir su parte social. En las sociedades de capitales, los socios tienen el derecho de transferir libremente su calidad de socios; en las sociedades de personas es necesario obtener la aprobación de los demás socios.

Derecho de preferencia

El derecho de tanto es una consecuencia de la transmisión de socio y no en todas las sociedades es aplicable este derecho. Cuando uno de los socios pretende transmitir su calidad de socio, los demás socios tienen derecho de preferencia por quince días para adquirir la parte social que pretende cederse a un tercero (artículos 33, 57 y 66 LGSM).

Derecho de retiro

Los socios no sólo tienen el derecho de transferir su calidad de socio a una tercera persona, sino también de dejar de ser socios sin transferirle a persona alguna su calidad de socio; este derecho se denomina derecho de retiro. Este derecho, sin embargo, sólo surge cuando se hayan modificado los estatutos y existen socios inconformes; precisamente estos socios que no están de acuerdo con los cambios realizados a los

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx http://biblio.juridicas.unam.mx

estatutos tienen derecho de retirarse y de que les sean reembolsadas sus aportaciones (artículos 34, 57 y 206 LGSM).

iii. Derechos corporativos

Los derechos corporativos son aquellos que facultan a los socios a tomar parte en los órganos de la sociedad.

Derechos de administración

Una de las principales ventajas de las sociedades mercantiles como forma de organización es que permiten la división de labores y la especialización en la realización de una actividad determinada. De esta manera, las sociedades mercantiles hacen posible que una persona invierta sin necesidad de encargarse de tomar decisiones sobre las actividades diarias de la sociedad, sino que los órganos de administración se encargan de dicha labor.

A pesar de la división de labores que prevalece en las sociedades mercantiles, hay decisiones que afectan la existencia misma de la sociedad, por esta razón, los socios tienen derecho tomar decisiones relacionadas con la administración de la sociedad. En este sentido, los derechos de administración entonces consisten en: *a)* la facultad de integrar el órgano de administración, *b)* el derecho a participar en las asambleas, y *c)* el derecho a ejercer el derecho de voto en las decisiones que la ley determina.

Derechos de vigilancia

Estos derechos tienen como finalidad evitar el conflicto de intereses entre los administradores y los socios, y el conflicto de intereses entre los socios mayoritarios y los socios minoritarios.

Este derecho se traduce en obtener información sobre el desempeño de la sociedad, en aprobar el balance general cada año, en el nombramiento tanto de los miembros de los órganos de administración y de los órganos de vigilancia, así como en convocar a la celebración de asambleas generales.

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx http://biblio.juridicas.unam.mx

Resumen

Los antecedentes de las sociedades mercantiles se remontan a la Edad Media. La movilización de la riqueza como consecuencia de las cruzadas facilitó la participación de mayor número de personas en la producción y comercialización de productos e hizo posible emprender actividades más riesgosas. Por esta razón, fue necesario organizar entidades formadas por comerciantes para la producción y comercialización de bienes.

Ni el Código de Comercio ni la Ley General de Sociedades Mercantiles define a las sociedades mercantiles. La razón es que nuestro sistema jurídico adoptó un criterio formal para regular a las sociedades mercantiles.

A pesar de este criterio formal, supletoriamente se aplica el artículo 2688 del Código Civil Federal, según el cual: "Por el contrato de sociedad, los socios se obligan mutuamente a combinar sus recursos o sus esfuerzos para la realización de un fin común, de carácter preponderantemente económico pero que no constituya una especulación comercial". Como esta definición se refiere a la sociedad civil, entonces es necesario modificar la última frase de esta disposición para afirmar que el fin de la sociedad mercantil sí constituye una especulación comercial.

El contrato de sociedad mercantil se distingue de otros contratos de organización porque se caracteriza por los siguientes elementos: fin común, *affectio societatis* y vocación a las pérdidas y las ganancias.

Debido al criterio formal que rige a las sociedades mercantiles, es de suma importancia cumplir con los requisitos de forma establecidos por la ley. En este sentido, para que el contrato de sociedad tenga validez, debe constar por escrito y debe incluir determinadas cláusulas. Asimismo, es necesario que el contrato se otorgue ante notario público y se inscriba en el Registro Público de Comercio.

La Ley General de Sociedades Mercantiles distingue diversos niveles de informalidad dependiendo de los requisitos de forma con los que no se cumplan y de acuerdo a estos niveles de informalidad impone determinadas sanciones. A diferencia de lo que sucede en derecho civil, la falta de forma en el contrato de sociedad no da lugar a su nulidad. La LGSM reconoce la existencia de la sociedad mercantil pero sanciona a todos aquéllos que celebren actos jurídicos a nombre de la sociedad, quienes son responsables ilimitada y solidariamente frente a terceros por esos actos jurídicos.

Los principales efectos del contrato de sociedad son dos: *a)* la creación de una persona moral, y *b)* la constitución de la calidad de socio.

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx http://biblio.juridicas.unam.mx

La sociedad mercantil como persona moral cuenta con determinados atributos que se derivan de la personalidad jurídica, a saber: nombre, domicilio, nacionalidad, capacidad jurídica y patrimonio.

Como consecuencia del contrato de sociedad, las partes en el contrato adquieren la calidad de socio. Ésta consiste en un conjunto de derechos y obligaciones. Dichos derechos y obligaciones versan sobre las relaciones entre los socios y el vínculo que existe entre el socio y la sociedad.

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx http://biblio.juridicas.unam.mx

Cuestionario

1. ¿A qué época histórica se remonta el origen de las sociedades mercantiles?
2. Dé la definición del contrato de sociedad mercantil.
3. Explique las características que distinguen al contrato de sociedad mercantil de otros contratos de organización.
4. Explique la clasificación del contrato de sociedad mercantil.
5. ¿Cuáles son los requisitos de forma que deben cumplirse para que el contrato de sociedad tenga validez jurídica?
6. ¿Cuáles son las consecuencias de la falta de cumplimiento de los requisitos de forma?
7. ¿Cuáles son los principales efectos del contrato de sociedad?
8. ¿Cuáles son los atributos de la sociedad mercantil como persona moral?
9. ¿Qué es la calidad de socio?
10. ¿Cuáles son las obligaciones que se derivan de la calidad de socio?
11. ¿En qué consiste la obligación de realizar aportaciones?
12. ¿En qué consiste la obligación de responder por las deudas de la sociedad?
13. ¿En qué consiste la obligación de lealtad?
14. ¿En qué consiste la obligación de permitir que el nombre forme parte de la razón social de la sociedad?
15. ¿Cómo se clasifican los derechos que se derivan de la calidad de socio?
16. ¿En qué consisten los derechos patrimoniales?
17. ¿En qué consisten los derechos corporativos?

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx http://biblio.juridicas.unam.mx

Capítulo noveno
Sociedad anónima

La sociedad anónima es uno de los tipos de sociedad con especial importancia en el sistema jurídico mexicano. Para comprender su importancia es necesario estudiar su definición, características, así como los órganos mediante los cuales opera y las funciones de los mismos.

I. Definición de sociedad anónima

La Ley General de Sociedades Mercantiles define a todas las sociedades tomando dos elementos en cuenta: *a)* el nombre bajo el cual se constituyen, es decir, una razón o una denominación social, y *b)* el tipo de responsabilidad de los socios por las deudas de la sociedad.
De esta manera, el artículo 87 de esta ley define a la sociedad anónima como "la que existe bajo una denominación y se compone exclusivamente de socios cuya obligación se limita al pago de sus acciones".

II. Denominación social

La denominación es la palabra o palabras que identifican a una sociedad; según el artículo 88 de la LGSM, la denominación se forma libremente, es decir, puede utilizarse cualquier palabra o frase, siempre y cuando permita distinguir a la sociedad de otras.

También, es necesario que se añada a la denominación la frase "Sociedad Anónima" o su abreviatura "S. A." (artículo 88, LGSM). La finalidad de esta disposición es indicarle a los terceros acreedores el tipo de sociedad con la cual se encuentran en una relación jurídica, de tal manera que sepan que

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx http://biblio.juridicas.unam.mx

en caso de insolvencia de la sociedad, los socios no responderán con todo su patrimonio de las deudas sociales, sino que sólo serán responsables hasta un monto determinado.

A diferencia de otras sociedades mercantiles, la ley es omisa en cuanto a las sanciones que corresponden en caso de que no se especifique que la sociedad está constituida como una sociedad anónima. Sin embargo, comúnmente se considera que tal omisión no da lugar a sanción alguna.

III. Responsabilidad limitada de los socios

La palabra "responsabilidad" proviene del latín *respondere* que significa "responder".

En términos coloquiales, la responsabilidad se entiende como la acción de asumir las consecuencias de los actos propios.

En términos jurídicos, la responsabilidad es una obligación de responder por el cumplimiento de un deber o de otra obligación. En este sentido, la responsabilidad se entiende como una obligación de "segundo grado" pues surge de un hecho ilícito. La responsabilidad surge cuando se ha realizado una conducta contraria a una ley, cuando se ha incumplido con una obligación o cuando se ha afectado el derecho de terceros. La responsabilidad, por lo tanto, implica la reparación de los daños y perjuicios causados como consecuencia del hecho ilícito, cualquiera que sea su origen.

Los socios tienen la obligación de responder de forma subsidiaria por las deudas sociales, aunque el monto varía dependiendo del tipo de sociedad mercantil. En el caso de las sociedades anónimas, los socios responden con todo su patrimonio por las deudas de la sociedad hasta el monto de sus acciones.

La sociedad anónima entonces es una sociedad en la que los socios tienen responsabilidad limitada porque, a diferencia de las sociedades de personas, la totalidad del patrimonio de los socios no queda expuesto a los terceros acreedores de la sociedad, sino que hay un límite que está determinado por el monto sus acciones. Ahora, por ese monto que corresponde al valor de sus acciones, sigue existiendo la obligación del artículo 2984 del Código Civil Federal de responder con todo su patrimonio por esa obligación.

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx http://biblio.juridicas.unam.mx

IV. Formas de constitución

A diferencia de otras sociedades, existen dos procedimientos para constituir una sociedad anónima: *a)* constitución simultánea o por comparecencia ante fedatario público, y *b)* constitución sucesiva o por suscripción pública.

1. Constitución simultánea

Esta forma de constituir a la sociedad anónima es la más común y requiere de la realización de los siguientes actos. Los socios fundadores deben comparecer ante un fedatario público para que proceda a la protocolización de la escritura constitutiva de la sociedad. Una vez cumplido este requisito, la escritura constitutiva debe inscribirse en el Registro Público de Comercio (artículo 90, LGSM).

La escritura constitutiva que se otorga ante un fedatario público y se inscribe en el Registro Público del Comercio debe contener las cláusulas que a que se refiere el artículo 91 de la LGSM, que consisten en:

- Especificar la parte exhibida del capital social.
- Especificar el número, valor nominal y naturaleza de las acciones.
- Determinar los intereses constructivos para los fundadores.
- Indicar la forma, términos y condiciones en que se ha de pagar la parte insoluta de las acciones.
- Nombrar a uno o varios comisarios.
- Señalar tanto las facultades de la asamblea general de accionistas, así como los términos y condiciones para que este órgano delibere.

Asimismo, la escritura constitutiva debe contener las cláusulas a que se refiere el artículo 6o. de la LGSM (aplicables a todas las sociedades mercantiles).

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx http://biblio.juridicas.unam.mx

2. Constitución sucesiva o por suscripción pública

Esta forma de constituir a la sociedad anónima implica básicamente los mismos requisitos de forma que la constitución simultánea; lo que varía es el orden en que se deben cumplir dichos requisitos.

En primer lugar, los socios fundadores deben depositar por duplicado en el Registro Público de Comercio un proyecto de estatutos que contenga las cláusulas con los datos a que se refieren los artículos 6o. y 91 de la LGSM. Este proyecto queda en el Registro Público para su exhibición a terceros con el objetivo de que posteriormente se adhieran otros socios (artículo 90, LGSM).

En segundo lugar, las personas que se adhieran al proyecto de estatutos deben suscribirse en el Registro Público de Comercio y su solicitud debe incluir los datos que señala el artículo 93 de la LGSM, a saber:

- Nombre, nacionalidad y domicilio del suscriptor.
- Número, naturaleza y valor de las acciones suscritas.
- Forma y términos en que se obligue el suscriptor a pagar la primera exhibición.
- Determinación de los bienes con que se pagarán las acciones.
- Forma de hacer la convocatoria de la asamblea constitutiva.
- La fecha de suscripción.
- La manifestación de la voluntad para aceptar los estatutos.

En tercer lugar, los suscriptores deben depositar en el banco asignado, las cantidades a aportar para el pago de sus acciones (artículo 94, LGSM).

En cuarto lugar, todas las acciones deben quedar suscritas en un plazo de un año contado a partir de que se depositaron los estatutos en el Registro Público de Comercio; vencido este plazo, si no sea han suscrito todas las acciones, los demás suscriptores quedan liberados de exhibir las aportaciones prometidas para constituir el capital social. Por el contrario, si vencido este plazo se suscribieron todas las acciones, los socios fundadores procederán a convocar a la asamblea constitutiva (artículo 99, LGSM).

Finalmente, en la asamblea constitutiva los socios aprobarán la constitución de la sociedad y se procederá a la protocolización ante notario público del acta constitutiva y de los estatutos, para su posterior inscripción en el Registro Público del Comercio.

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx http://biblio.juridicas.unam.mx

V. Capital social

El capital social se integra con las aportaciones de los socios, que en este caso están representadas por acciones.

El capital social es un concepto contable. Jurídicamente, el capital social forma parte del patrimonio. No es un bien en sí mismo, sino que un instrumento jurídico de protección para los acreedores de la sociedad.

VI. Acciones

1. Definición

En las sociedades anónimas, el capital se divide en unidades o partes iguales que, como ya lo mencionamos, están representadas por acciones.

Para efectos de este texto, las acciones son títulos de crédito, es decir, un documento necesario para ejercitar el derecho literal y autónomo que en él mismo se consigna (artículo 5o., LGTOC).

Las acciones tienen diferentes valores. El valor nominal de una acción es la expresión en términos monetarios de cada parte alícuota del capital social. Este valor no necesariamente es el valor real de la acción.

El valor real es la expresión en términos monetarios del resultado obtenido después de dividir el patrimonio social entre las acciones.

El valor nominal y el valor real no necesariamente coinciden con el valor de mercado que es la expresión en términos monetarios de la oferta y demanda de las acciones.

2. Acciones ordinarias y acciones preferentes

Existen diversas clases de acciones, pero una de las principales es la que atiende a los derechos que la acción confiere a los socios. Este criterio está reconocido por el artículo 182 de la Ley General de Sociedades Mercantiles y las clasifica en: *a)* acciones ordinarias y *b)* acciones preferentes.

Las acciones ordinarias confieren todos los derechos patrimoniales y corporativos establecidos por la ley a sus tenedores; mientras que las acciones preferentes confieren derechos corporativos limitados a sus tenedores, a cambio de mayores derechos patrimoniales.

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx http://biblio.juridicas.unam.mx

Las acciones preferentes sólo dan el derecho a sus tenedores a votar en las asambleas extraordinarias y tienen ciertas limitantes para integrar los órganos de la sociedad; a cambio de esta limitación en los derechos corporativos, tienen derecho al pago de dividendos en un orden preferente a las acciones ordinarias pues no puede realizarse la distribución de los dividendos a los tenedores de las acciones ordinarias sin antes pagar dividendos a los tenedores de las acciones preferentes de un 5%.

El dividendo de las acciones preferentes es acumulativo, es decir, si por cualquier razón al cierre del ejercicio social no se reparten dividendos a los socios, entonces se acumula para el siguiente ejercicio social y así sucesivamente. Esto no sucede con las acciones ordinarias pues si en al cierre del ejercicio social no se reparten dividendos, éstos no se acumulan.

Las acciones preferentes también tienen derecho de prelación sobre las acciones ordinarias de recibir la cuota de liquidación cuando se ha resuelto disolver a la sociedad.

Debido a esta diferenciación en los derechos que confieren las acciones ordinarias y las acciones preferentes, los tenedores de las acciones ordinarias tienen incentivos para tomar decisiones en las asambleas ordinarias que afectan a los tenedores de las acciones preferentes. Para proteger a los tenedores de las acciones preferentes de ese posible conflicto de intereses, la LGSM les otorga los mismos derechos que la misma ley les otorga a los accionistas minoritarios para oponerse a los acuerdos de la asamblea general de accionistas y revisar la contabilidad de la sociedad.

3. Emisión de las acciones

Las acciones deben expedirse en un plazo máximo de un año contado a partir de la fecha en que se otorgó la escritura constitutiva, mientras tanto, pueden expedirse certificados provisionales (artículo 124, LGSM).

4. Contenido

De acuerdo con el artículo 125 de la Ley General de Sociedades Mercantiles, las acciones deben contener los siguientes datos:

- Nombre, nacionalidad y domicilio del tenedor.
- Denominación, domicilio y duración de la sociedad.

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx http://biblio.juridicas.unam.mx

- Fecha de constitución de la sociedad y datos de su inscripción en el Registro Público de Comercio.
- Importe del capital social, número y valor de las acciones.
- Monto de las exhibiciones que haya realizado hasta el momento el tenedor.
- Serie y número de las acciones.
- Derechos y obligaciones conferidos al tenedor de las acciones.
- Firma autógrafa de los administradores de la sociedad.

VII. Estructura de la sociedad anónima.

La sociedad anónima opera a través de diversos órganos, a saber: el órgano deliberante, el órgano de administración y el órgano de vigilancia.

1. Órgano deliberante

El órgano deliberante de las sociedades anónimas es la asamblea general de accionistas. Este es el órgano supremo de la sociedad (artículo 178, LGSM).

La asamblea general de accionistas se integra por todos los socios y se encarga de tomar las decisiones que afectan la existencia misma de la sociedad.

A. Tipos de asamblea

La asamblea general de accionistas se reúne con regularidad. Dependiendo de la frecuencia y las decisiones que se toman en una reunión, las asambleas se clasifican en: *a)* asamblea constitutiva, *b)* asamblea ordinaria, *c)* asamblea extraordinaria, y d) asamblea especial.

a. Asamblea constitutiva

La asamblea constitutiva es aquélla en la que los socios se reúnen para aprobar la constitución de la sociedad y la adopción de los estatutos (artículo 100, LGSM).

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx http://biblio.juridicas.unam.mx

b. Asamblea ordinaria

Las asambleas ordinarias se celebran por lo menos una vez al año dentro de los cuatro primeros meses siguientes a la clausura del ejercicio social (artículos 179 a 181, LGSM).

El artículo 8-A de la Ley General de Sociedades Mercantiles dispone que: "El ejercicio social de las sociedades mercantiles coincidirá con el año de calendario, salvo que las mismas queden legalmente constituidas con posterioridad al 1o. de enero del año en que corresponda, en cuyo caso el primer ejercicio se iniciará en la fecha de su constitución y concluirá el 31 de diciembre del mismo año".

En caso de que no se realice la asamblea ordinaria correspondiente, los accionistas que representen por lo menos el 33% del capital social, pueden solicitar al administrador o consejo de administración o a los comisarios que realicen la convocatoria respectiva. Si en un plazo de quince días no se realiza la convocatoria solicitada, entonces la autoridad judicial podrá realizar la convocatoria a solicitud de por lo menos 33% del capital social (artículo 184, LGSM).

Llevar a cabo las asambleas ordinarias es de especial importancia para los socios, pues es en ellas se aprueba el balance general del ejercicio social correspondiente y se decide la distribución de dividendos entre los accionistas (artículo 19, LGSM). Asimismo, en esta asamblea se nombran a los administradores y a los comisarios (artículo 181, LGSM).

c. Asamblea extraordinaria

Las asambleas extraordinarias se realizan en cualquier tiempo para tomar alguna de las siguientes decisiones:

- Prórroga de la duración de la sociedad.
- Transformación, fusión, escisión o disolución de la sociedad.
- Aumento o reducción del capital social.
- Emisión de acciones privilegiadas o de bonos.
- Cambio de objeto social.
- Cualquier modificación a los estatutos.

d. Asamblea especial

Las asambleas especiales tienen por objeto reunir a los tenedores de una clase de acción para poder deliberar sobre una proposición que pueda afectar

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx http://biblio.juridicas.unam.mx

sus derechos (artículo 195, LGSM). Esta es una disposición para combatir los conflictos de intereses entre las distintas clases de accionistas.

B. Convocatoria

Para llevar a cabo las asambleas es necesario cumplir con determinados requisitos, los cuales tienen como objetivo evitar tanto el conflicto de intereses entre los administradores y los accionistas, como el conflicto de intereses entre los accionistas mayoritarios y los accionistas minoritarios, o entre los accionistas de una clase y otra.

a. Facultad para convocar la asamblea

La facultad para convocar a los accionistas para celebrar una asamblea corresponde al administrador o administradores (artículo 183, LGSM).

Los accionistas no tienen derecho a convocar a una asamblea. Los accionistas sólo tienen derecho a solicitar al administrador o consejo de administración o a los comisarios que realicen la convocatoria respectiva, y en determinados casos, la solicitud será hecha a la autoridad judicial (artículo 184, LGSM).

b. Publicidad

La convocatoria debe publicarse en el periódico oficial correspondiente y los periódicos de mayor circulación, con una anticipación de quince días anteriores a la fecha en que se celebre la asamblea (artículo 186, LGSM).

c. Contenido

La convocatoria debe incluir la orden del día, la cual consiste en una lista de los actos que se realizarán y de los temas que se discutirán y se deliberarán (artículo 187, LGSM).

d. Sanciones

El incumplimiento de los requisitos para convocar a los accionistas se sanciona con la nulidad de la asamblea (artículo 188, LGSM).

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx http://biblio.juridicas.unam.mx

C. Quórum

Para que una asamblea pueda llevarse a cabo y sus deliberaciones produzcan efectos, es necesario cumplir con los requisitos de asistencia mínima establecida por la LGSM.

Para que tengan lugar las asambleas ordinarias, es necesario que estén presentes los tenedores de las acciones representativas de por lo menos la mitad del capital social. Sus resoluciones se toman por mayoría de votos (artículo 189, LGSM).

En el caso de las asambleas extraordinarias, se requiere que estén presentes de los tenedores de las acciones que representen por lo menos tres cuartas partes del capital social. Sus resoluciones se toman por mayoría de votos de las acciones que representen por lo menos la mitad del capital social (artículo 190, LGSM).

Si por cualquier razón, incluida la falta de quórum, no puede llevarse a cabo la asamblea, entonces, se realizará una segunda convocatoria. Si se trata de una asamblea ordinaria, se celebrará y deliberará sin importar el número de votos presentes. Si se trata de una asamblea extraordinaria será necesario que las decisiones se tomen por el voto de las acciones que representen por lo menos la mitad del capital social (artículo 191, LGSM).

D. Actas

Las discusiones y deliberaciones tomadas en una asamblea de accionistas deben hacerse constar en el libro de actas. Las actas deben estar firmadas por el presidente y el secretario de la asamblea (artículo 194 LGSM).

2. Órgano de administración

El órgano de administración de las sociedades anónimas está integrado por el administrador único o el consejo de administración (artículo 143, LGSM). Este órgano se encarga de tomar las decisiones diarias para desempeñar las actividades de la sociedad.

Los administradores pueden ser nombrados de entre los accionistas o terceros extraños a la sociedad (artículo 142, LGSM). Este nombramiento sólo puede recaer en personas físicas (artículo 147, LGSM). Las personas designadas como administradores, deben otorgar una garantía para poder desempeñar su cargo (artículo 152, LGSM).

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx http://biblio.juridicas.unam.mx

3. Órgano de vigilancia

El órgano de vigilancia se integra por el comisario o comisarios (artículo 164, LGSM) y su función es vigilar los actos de los administradores. La posición de los administradores crea incentivos para que realicen actos que los benefician a costa de los socios, por esta razón, los comisarios vigilan la actuación de los administradores. Este cargo puede ser desempeñado por los mismos socios o terceros extraños a la sociedad; no obstante, están imposibilitados para ser administradores de la sociedad anónima las personas que están inhabilitadas para ejercer el comercio, empleados y familiares de los administradores (artículo 166, LGSM).

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx http://biblio.juridicas.unam.mx

Resumen

El artículo 87 de la Ley General de Sociedades Mercantiles define a la sociedad anónima como "la que existe bajo una denominación y se compone exclusivamente de socios cuya obligación se limita al pago de sus acciones".

De acuerdo con esta definición, la sociedad anónima se constituye bajo una denominación social. La denominación es la palabra o palabras que identifican a una sociedad y que se forma libremente, es decir, con cualquier palabra o frase.

En la sociedad anónima, los socios tienen la obligación de responder de forma subsidiaria por las deudas sociales, pero sólo hasta el monto de sus acciones, es decir, su responsabilidad es limitada. Esta es la característica que ha hecho de la sociedad anónima el tipo social preferido por encima de otros tipos sociales.

Existen dos procedimientos para constituir una sociedad anónima: *a)* constitución simultánea o por comparecencia ante fedatario público, y *b)* constitución sucesiva o por suscripción pública.

La principal obligación de los socios es realizar aportaciones para constituir el capital social. Las aportaciones están representadas por acciones que son títulos valor. El valor de las acciones representa una unidad o partes iguales del total del capital social.

Existen diversas clases de acciones, pero una de las principales es la que atiende a los derechos que la acción confiere a los socios. Conforme a este criterio, las acciones se dividen en: *a)* acciones ordinarias y, *b)* acciones preferentes.

La sociedad anónima opera a través de diversos órganos, a saber: el órgano deliberante, el órgano de administración y el órgano de vigilancia.

El órgano deliberante se encarga de tomar las decisiones que afectan la existencia misma de la sociedad anónima y recae en la asamblea general de accionistas. El órgano de administración se encarga de la toma de decisiones relativas a la actividad diaria para la cual fue constituida la sociedad anónima y recae sobre el consejo de administración. El órgano de vigilancia se encarga de supervisar la actuación del órgano de administración y recae sobre el comisario.

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx http://biblio.juridicas.unam.mx

Cuestionario

1. ¿Cómo define la Ley General de Sociedades Mercantiles a la sociedad anónima?
2. ¿Cuáles son las reglas de la denominación de una sociedad anónima?
3. ¿Qué tipo de responsabilidad tienen los socios por las deudas de la sociedad anónima?
4. ¿Cuáles son los tipos de constitución de una sociedad anónima?
5. ¿Qué es una acción?
6. Explique qué clases de acciones hay.
7. ¿Cuáles son los órganos de la sociedad?
8. ¿En qué consiste el órgano deliberante?
9. ¿En qué consiste el órgano de administración?
10. ¿En qué consiste el órgano de vigilancia?
11. ¿Cuántos tipos de asamblea hay?
12. ¿Cuáles son los requisitos que deben cumplirse para poder llevar a cabo una asamblea?

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx http://biblio.juridicas.unam.mx

Notas y referencias

1 Barrera Graf, Jorge, *Temas de derecho mercantil,* México, unam, 1983, p. 11.

2 Cervantes Ahumada, Raúl, *Derecho mercantil,* 4a. ed., México, Porrúa, 2007, p. 21

3 Mantilla Molina, Roberto L. *Derecho mercantil,* 24a. reimp., México, Porrúa, 2007, p. 23.

4 Rodríguez Rodríguez, Joaquín, *Curso de derecho mercantil*, 24a. ed., México, Porrúa, 1999, t. I, p. 12.

5 Otros ejemplos los encontramos en Suiza e Italia.

6 Díaz Bravo, Arturo, *Derecho mercantil,* Iure Editores, México, 2006, pp. 13 y ss.

7 *Idem*.

8 Tesis P. /J. 18/98, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, novena época, marzo de 1998, t.VII, p. 7.

9 García Máynez, Eduardo, *Introducción al estudio del derecho,* 47a. ed., México, Porrúa, 1995, pp. 51 y ss.

10 Tesis 1a./ J. 80/2004, "Supremacía constitucional y orden jerárquico normativo, principios de interpretación de. Interpretación del artículo 133 constitucional que los contiene", *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, novena época, octubre de 2004, p. 264.

11 "La jurisprudencia definida al resolverla no está sujeta a los mismos requisitos que la jurisprudencia por reiteración". Tesis 3a. CV/91, *Semanario Judicial de la Federación*, México, novena época, junio de 1991, t.VII, p. 92.

12 "Doctrina. La cita o invocación de una posición teórica determinada no implica que sea acertada, ni obligatoria para los órganos judiciales". Tesis II. 2o. P.J/24, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, novena época, febrero de 2007, t. XXV, p. 1436

13 "Comerciante. No adquieren tal carácter por el hecho de ser socio o accionista o desempeñar cargos de administración, gerente, factor o dependiente de una sociedad mercantil". Tesis I. 11o. C. 174C., *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, México, novena época, t. XXVI, septiembre de 2007, p. 2493.

14 Barrera Graf, Jorge, *op. cit*., nota 1, p. 82.

15 Cervantes Ahumada, Raúl, *op.cit*., nota 2, p. 495.

16 Mantilla Molina, Roberto, *op. cit*., nota 3, p. 105.

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx http://biblio.juridicas.unam.mx

17 "Garantías individuales. El retardo, omisión o incumplimiento de los deberes de la autoridades puede dar lugar a la violación grave de aquéllas". Tesis P. XLIX/2007, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, novena época, diciembre 2007, t. XXVI, p. 21.

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx http://biblio.juridicas.unam.mx

Abreviaturas

CCF	Código Civil Federal
CFPC	Código Federal de Procedimientos Civiles
CFF	Código Fiscal de la Federación
UNCITRAL	Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercatil Internacional
CPEUM	Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos
LFDA	Ley Federal del Derecho de Autor
LCEC	Ley de Cámaras Empresariales y sus Confederaciones
LNCM	Ley de Navegación y Comercio Marítimos
LPI	Ley de Propiedad Industrial
LFT	Ley Federal del Trabajo
LGSM	Ley General de Sociedades Mercantiles
LGTOC	Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito
SCJN	Suprema Corte de Justicia de la Nación
TCC	Tribunales colegiados de circuito
SIEM	Sistema de Información Empresarial Mexicano

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx http://biblio.juridicas.unam.mx

Bibliografía

I. Bibliografía básica

Barrera Graf, Jorge, Temas de derecho mercantil, México, unam, 1983.

Cervantes Ahumada, Raúl, Derecho mercantil, 4a. ed., México, Porrúa, 2007.

Mantilla Molina, Roberto L., Derecho mercantil, 24a. reimp., México, Porrúa, 2007.

Rodríguez Rodríguez, Joaquín, Curso de derecho mercantil, 24a. ed., México, Porrúa, 1999, t. 1.

II. Bibliografía complementaria

Acosta Romero, Miguel y Lara Luna, Julieta, Nuevo derecho mercantil, 2a. ed., México, Porrúa, 2003.

Acosta Romero, Miguel y García Ramos, Francisco, Tratado de sociedades mercantiles con énfasis en la sociedad anónima, México, Porrúa, 2001.

García Rendón, Manuel, Sociedades mercantiles, México, Oxford, 2003.

Guadarrama López, Enrique, Las sociedades anónimas, 3a. ed., México, Porrúa, 1999.

Pina Vara, Rafael de, Elementos de derecho mercantil mexicano, 24a. ed., México, Porrúa, 1996.

_____, Las sociedades anónimas. Análisis de los subtipos societarios, México, unam, 1993.

Fradejas Rueda, Olga María, Derecho mercantil, México, McGraw-Hill, 1996.

Tena, Felipe de Jesús, Derecho mercantil mexicano, 14a. ed., México, Porrúa, 1994.

Vázquez Arminio, Fernando, Derecho mercantil. Fundamentos e historia, 22a. ed., México, Porrúa, 1991.

García Rendón, Manuel, Sociedades mercantiles, México, Harla, 1996.

Vásquez del Mercado, Oscar, Asambleas, fusión y liquidación de sociedades mercantiles, 4a. ed., México, Porrúa, 1992.

Walter Frisch, Philipp, Sociedad anónima mexicana, 3a. ed., México, Harla, 1996.