



UNIVERSIDAD PANAMERICANA
CAMPUS GUADALAJARA

KATHERINE LIZETE ZAPATA PÉREZ

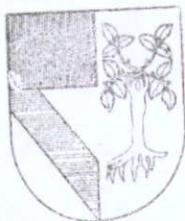
UNIFICACIÓN DEL DERECHO CIVIL Y
MERCANTIL EN MATERIA DE
CONTRATOS Y OBLIGACIONES

Tesis presentada para optar por el título de Licenciado en
Derecho con Reconocimiento de Validez
Oficial de Estudios de la SECRETARÍA DE EDUCACIÓN PÚBLICA,
según acuerdo número 86809 con fecha 13-VIII-86.

Zapopan, Jal., Agosto de 2005.



58960



UNIVERSIDAD PANAMERICANA
SEDE GUADALAJARA
BIBLIOTECA





UNIVERSIDAD PANAMERICANA

CAMPUS GUADALAJARA

KATHERINE LIZETE ZAPATA PÉREZ

UNIFICACIÓN DEL DERECHO CIVIL Y
MERCANTIL EN MATERIA DE
CONTRATOS Y OBLIGACIONES

Tesis presentada para optar por el título de Licenciado en
Derecho con Reconocimiento de Validez
Oficial de Estudios de la SECRETARÍA DE EDUCACIÓN PÚBLICA,
según acuerdo número 86809 con fecha 13-VIII-86.

Zapopan, Jal., Agosto de 2005.

CLASIF: TE DER 2005 ZAP

ADQUIS: 58,960 ej 1

FECHA: 02/03/06

DONATIVO DE _____

\$ _____

169 h.; 23 cm. + Libro de computación de 160 p.

500. Publicado también en forma electrónica en formato PDF a través de World Wide Web

502 Tesis (Licenciatura) - Universidad Panamericana Campus Guadalajara, 2005

504 Bibliografía: h. 166
343.08 ZAP 2005

1. Derecho - Tesis y documentos académicos - Universidad Panamericana Campus Guadalajara
2. Derecho comercial
3. Contratos



UNIVERSIDAD PANAMERICANA

CAMPUS GUADALAJARA

ESCUELA DE DERECHO

DICTAMEN DEL TRABAJO DE TITULACIÓN

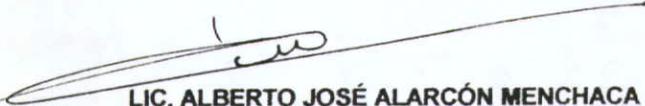
C. KATHERINE LIZETE ZAPATA PÉREZ

Presente.

En mi calidad de Presidente de la Comisión de Exámenes Profesionales y después de haber analizado el trabajo de titulación en la opción TESIS titulado: **“UNIFICACIÓN DEL DERECHO CIVIL Y MERCANTIL EN MATERIA DE CONTRATOS Y OBLIGACIONES”** presentado por usted, le manifiesto que reúne los requisitos a que obligan los reglamentos para ser presentado ante el H. Jurado del Examen Profesional, por lo que deberá entregar ocho ejemplares como parte de su expediente al solicitar el examen.

Atentamente

EL PRESIDENTE DE LA COMISIÓN



LIC. ALBERTO JOSÉ ALARCÓN MENCHACA

LIC. ALBERTO ALARCÓN MENCHACA

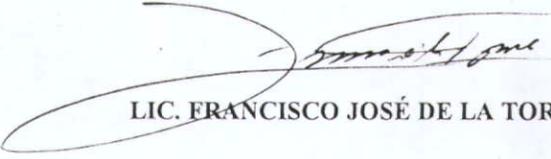
Presente

En mi calidad de Asesor y después de haber analizado el trabajo de titulación en la alternativa de TESIS titulado: UNIFICACIÓN DEL DERECHO CIVIL Y MERCANTIL EN MATERIA DE CONTRATOS Y OBLIGACIONES, presentado por la señora KATHERINE LIZETE ZAPATA PEREZ, le manifiesto que reúne los requisitos a que obligan los reglamentos en vigor, por lo que manifiesto mi anuencia respecto a la conclusión del citado trabajo de investigación y proyecto de tesis, por lo que deberá turnarlo para su aprobación al Comité de titulación correspondiente.

A T E N T A M E N T E

Guadalajara, Jalisco, a 22 de Junio de 2004.

EL ASESOR DE TESIS



LIC. FRANCISCO JOSÉ DE LA TORRE CUÉLLAR.

INDICE

	Página
INTRODUCCIÓN	5
CAPÍTULO I. ORIGEN DEL DERECHO CIVIL Y SURGIMIENTO DEL DERECHO MERCANTIL	7
1. Origen del Derecho Civil	7
2. Aparición del Derecho Mercantil	10
2.1. <i>Derecho Antiguo</i>	10
2.2. <i>Edad Media</i>	11
CAPÍTULO II. EVOLUCIÓN LEGISLATIVA	
1. Derecho Civil	16
1.1. <i>Antecedentes Internacionales</i>	16
1.2. <i>Derecho Civil Mexicano</i>	18
1.3. <i>Naturaleza y función del Derecho Civil</i>	19
2. Derecho Mercantil	19
2.1. <i>Antecedentes Internacionales</i>	21
2.2. <i>Derecho Mercantil Mexicano</i>	25
2.3. <i>Naturaleza y función del Derecho Mercantil</i>	34

CAPÍTULO III. EL ACTO DE COMERCIO

1. La Definición de acto de comercio	40
2. Sistema enunciativo de la legislación Mercantil mexicana	42
3. Clasificación de los actos de comercio	43
4. Actos mixtos	52

CAPÍTULO IV. OBLIGACIONES Y CONTRATOS CIVILES Y MERCANTILES

1. Obligaciones Civiles	58
2. Obligaciones Mercantiles	60
2.1. <i>Artículo 77</i>	60
2.2. <i>Artículo 78</i>	62
2.3. <i>Artículo 79</i>	63
2.4. <i>Artículo 80</i>	65
2.5. <i>Artículo 81</i>	67
2.6. <i>Artículo 82</i>	69
2.7. <i>Artículo 83</i>	70
2.8. <i>Artículo 84</i>	72
2.9. <i>Artículo 85</i>	74
2.10. <i>Artículo 86</i>	76
2.11. <i>Artículo 87</i>	77
2.12. <i>Artículo 88</i>	77
3. El contrato.....	81

3.1. Contratos Civiles	87
3.2. Contratos Mercantiles	89
3.2.1. Contrato de Comisión Mercantil	90
3.2.2. Contrato de depósito	94
3.2.3. Contrato de préstamo mercantil	99
3.2.4. Contrato de compraventa	105
3.2.5. Contrato de consignación	121
3.2.6. Contrato de transporte mercantil..	122
4. Conclusiones	126

CAPÍTULO V. ALGUNAS SEMEJANZAS Y DIFERENCIAS ENTRE EL DERECHO CIVIL Y EL DERECHO MERCANTIL EN MATERIA DE CONTRATOS Y OBLIGACIONES

1. Obligaciones.....	128
2. Contratos	132

CAPÍTULO VI. DERECHO COMPARADO

1. Suiza	138
2. Italia	140
3. Argentina	143
4. Paraguay	151
5. Estados Unidos de América y Canadá	156

6. Otros antecedentes Internacionales y Códigos Unificados	1578
CONCLUSIONES	159
PROPUESTA	163
BIBLIOGRAFÍA	166

INDICE

	Página
INTRODUCCIÓN	5
CAPÍTULO I. ORIGEN DEL DERECHO CIVIL Y SURGIMIENTO DEL DERECHO MERCANTIL	7
1. Origen del Derecho Civil	7
2. Aparición del Derecho Mercantil	10
2.1. <i>Derecho Antiguo</i>	10
2.2. <i>Edad Media</i>	11
CAPÍTULO II. EVOLUCIÓN LEGISLATIVA	
1. Derecho Civil	16
1.1. <i>Antecedentes Internacionales</i>	16
1.2. <i>Derecho Civil Mexicano</i>	18
1.3. <i>Naturaleza y función del Derecho Civil</i>	19
2. Derecho Mercantil	19
2.1. <i>Antecedentes Internacionales</i>	21
2.2. <i>Derecho Mercantil Mexicano</i>	25
2.3. <i>Naturaleza y función del Derecho Mercantil</i>	34

CAPÍTULO III. EL ACTO DE COMERCIO

1. La Definición de acto de comercio	40
2. Sistema enunciativo de la legislación Mercantil mexicana	42
3. Clasificación de los actos de comercio	43
4. Actos mixtos	52

CAPÍTULO IV. OBLIGACIONES Y CONTRATOS CIVILES Y MERCANTILES

1. Obligaciones Civiles	58
2. Obligaciones Mercantiles	60
2.1. <i>Artículo 77</i>	60
2.2. <i>Artículo 78</i>	62
2.3. <i>Artículo 79</i>	63
2.4. <i>Artículo 80</i>	65
2.5. <i>Artículo 81</i>	67
2.6. <i>Artículo 82</i>	69
2.7. <i>Artículo 83</i>	70
2.8. <i>Artículo 84</i>	72
2.9. <i>Artículo 85</i>	74
2.10. <i>Artículo 86</i>	76
2.11. <i>Artículo 87</i>	77
2.12. <i>Artículo 88</i>	77
3. El contrato.....	81

3.1.	<i>Contratos Civiles</i>	87
3.2.	<i>Contratos Mercantiles</i>	89
	3.2.1. <i>Contrato de Comisión Mercantil</i>	90
	3.2.2. <i>Contrato de depósito</i>	94
	3.2.3. <i>Contrato de préstamo mercantil</i>	99
	3.2.4. <i>Contrato de compraventa</i>	105
	3.2.5. <i>Contrato de consignación</i>	121
	3.2.6. <i>Contrato de transporte mercantil.</i>	122
4.	Conclusiones	126

CAPÍTULO V. ALGUNAS SEMEJANZAS Y DIFERENCIAS ENTRE EL DERECHO CIVIL Y EL DERECHO MERCANTIL EN MATERIA DE CONTRATOS Y OBLIGACIONES

1.	Obligaciones.....	128
2.	Contratos	132

CAPÍTULO VI. DERECHO COMPARADO

1.	Suiza	138
2.	Italia	140
3.	Argentina	143
4.	Paraguay	151
5.	Estados Unidos de América y Canadá	156

6. Otros antecedentes Internacionales y	
Códigos Unificados	1578

CONCLUSIONES	159
---------------------------	------------

PROPUESTA	163
------------------------	------------

BIBLIOGRAFÍA	166
---------------------------	------------

INTRODUCCIÓN

"Simplicitas legibus amica."¹

En un mundo como el que vivimos, en el fenómeno de la globalización es ya una realidad cada vez más palpable para todos, en el la ciencia y la tecnología avanzan a pasos agigantados, en el las computadoras e internet son herramientas de las que ya nadie puede prescindir, la actividad económica se ha generalizado y ampliado de tal forma, que el comercio ya no es propio únicamente de los comerciantes, sino que se ha extendido a otros sectores de la sociedad convirtiéndose en una actividad del común de los ciudadanos.

Las crisis económicas del siglo pasado, han llevado a la sociedad a buscar formas más elaboradas de ganar el sustento. Hoy en día, la mayoría de las personas especula, es decir, realiza actos con el ánimo de obtener un lucro, una ganancia extra, lo cual se puede apreciar en la proliferación de las instituciones bancarias, las casas de bolsa y en general las instituciones financieras. Actualmente cualquier persona, sea comerciante profesional, Ama de Casa, Empleado o Estudiante, realiza actos de comercio cuando firma cheques, suscribe pagarés, participa de la constitución de sociedades mercantiles, abre cuentas en los bancos, etcétera. El comercio se ha extendido a toda la sociedad con instituciones y figuras jurídicas que siendo propias del derecho mercantil, por disposición legal forman parte de la actividad de sujetos no comerciantes, quienes en teoría son o deberían ser regulados por el derecho civil.

Resulta necesario contar con un sistema jurídico actualizado, que tome en cuenta las condiciones imperantes y pueda así cumplir con su principal objetivo: regular la actuación de los miembros de la sociedad de forma efectiva para alcanzar el bien común de los mismos.

¹ La sencillez es amiga de las leyes.

Es el caso que con la histórica y actual división entre el derecho mercantil y el derecho civil, la aplicación del derecho y la impartición de la justicia se ve entorpecida por disposiciones legales arcaicas, las que generan una serie de confusiones y problemas prácticos.

Problemas tales como la calificación de un acto en concreto como civil o mercantil para efectos de determinar la legislación aplicable y la vía en la que se seguirá un litigio en caso de ser necesario; la existencia de un código elaborado para comerciantes que se aplica también a todas las personas que con ellos contratan, sean o no comerciantes; la supletoriedad de la ley civil sobre la mercantil, que origina la utilización simultánea de dos ordenamientos que en ciertas disposiciones se contraponen y otros tantos, algunos de los cuales serán expuestos en el presente trabajo.

Ante muchos de estos problemas, nuestras leyes no ofrecen una respuesta cierta para resolverlos, con lo que nos obligan a acudir a la interpretación de las normas lo que origina diversidad de opiniones que muchas veces no consiguen alcanzar un criterio uniforme, todo lo cual termina en una total incertidumbre jurídica en la aplicación de derecho.

Por todo lo anterior, el presente trabajo propone, como su nombre lo indica, la unificación del derecho civil y mercantil en materia de contratos y obligaciones, ramas que ya han sido prácticamente unificadas. La existencia de una regulación jurídica como la planteada, vendría a simplificar las operaciones de nuestra diaria relación intersubjetiva, así el derecho cumplirá con su misión de regular eficazmente la vida en sociedad.

CAPÍTULO I. ORIGEN DEL DERECHO CIVIL Y SURGIMIENTO DEL DERECHO MERCANTIL

1. ORIGEN DEL DERECHO CIVIL

La vida del derecho coincide con el nacimiento de las primeras civilizaciones del desarrollo humano Grecia y Roma, siendo esta última la de mayor interés en este estudio, ya que nuestro sistema vigente de derecho positivo, tanto civil como mercantil, está fuertemente inspirado por la tradición jurídica romana, y en general todo el esquema jurídico mexicano deriva de las ideas que los romanos tenían del derecho.

Nuestro sistema mexicano recibe la influencia de: a) el derecho español, contenido en las siete partidas vigentes en México hasta antes de la expedición del Código Civil de 1870; b) el derecho napoleónico y los demás códigos europeos, fuentes de inspiración para la codificación mexicana; c) el estudio del Corpus Iuris que hicieron nuestros juristas y d) la influencia de pensadores romanistas como Von Savigny, Von Ihering, Windscheid, Dernburg y otros.

Derecho civil es la traducción literal de *ius civile*, que constituía el conjunto de normas jurídicas aplicadas dentro del Imperio Romano que regulaban las relaciones de los ciudadanos romanos entre sí, en contraposición con las del *ius gentium*, que reglamentaban las relaciones entabladas entre los extranjeros y los ciudadanos romanos, siendo éstas últimas las más dúctiles y menos formalistas que las del *ius civile*.

El derecho romano no conoció la distinción entre el derecho civil y el mercantil como hoy la comprendemos, a pesar de la abundante práctica comercial de la época. Las normas reguladoras de las relaciones entre particulares estaban comprendidas en el llamado *ius privatum* o derecho privado que a decir de Ulpiano en el primer fragmento del Digesto, citado por Iglesias, es "el que vela por los intereses de los

*particulares ... es tripartito, pues está recogido en preceptos naturales, de derecho de gentes y civiles.*²

El derecho privado romano en la primera época de su historia o periodo arcaico, que va desde la fundación de Roma en el año 753 antes de Cristo, hasta la Ley de las XII Tablas en el 449 antes de Cristo, era de carácter formalista, riguroso, solemne, estricto, de escasas figuras jurídicas y predominantemente oral.

Características que se pueden apreciar en la *stipulatio*, figura jurídica romana consistente en el contrato formal celebrado entre uno o varios deudores y uno o varios acreedores, llevado a cabo por medio de una pregunta y una respuesta: *spondes? spondeo* (¿darás? daré, ¿harás? haré.) Los requisitos de este contrato eran la oralidad, la presencia de las partes y la congruencia entre la pregunta y la respuesta. El deudor quedaba obligado de forma personal para con el acreedor, de tal suerte que en caso de incumplimiento, respondía no sólo con sus bienes, sino también con su persona, viéndose sometido a la ejecución de la sentencia condenatoria dictada dentro del procedimiento *apud iudicem*. El deudor condenado, después de permanecer sesenta días en prisión del acreedor, era expuesto al público en las ferias de mercado con el objeto de que alguien ofreciera rescate por él, de lo contrario, podría su acreedor partirlo en pedazos, matarlo o venderlo en la venta *trans tiberim*, llamada así por realizarse fuera de Roma, pasando el río Tíber.

Aunque en las siguientes etapas históricas de Roma, la república o preclásico (449 A.C. – 27 A.C.), el principado o clásico (27 A.C. – 253 D.C.) y el Imperio (284 hasta Justiniano), el derecho romano evolucionó dejando la oralidad y el exceso de formalismos para dar cabida al consensualismo. No se puede hablar de un abandono total de su rigidez, la que siguió viéndose reflejada en las figuras jurídicas romanas, como la *mancipatio*, forma de adquirir la propiedad durante la época clásica, por la cual el adquirente –*mancipio accipens*–, ante la presencia de cinco testigos y del *libripens* (persona que sostenía una balanza en la mano), golpeaba con un pedazo

² IGLESIAS, Juan. *Derecho Romano. Historia e instituciones*, 11ª ed; Ariel, S.A., Barcelona, 1992, p.96.

de cobre la balanza a la vez que afirmaba que la cosa era suya y que la adquiría por la balanza y el cobre, dando este como precio, mientras que el vendedor manifestaba su conformidad con el acto.

La unidad del derecho privado romano prevaleció durante toda su historia, aún a pesar de la proliferación del comercio con otros países, y la inclusión del *ius gentium*, o derecho de los extranjeros, que poco a poco se iba convirtiendo en un derecho interno y adoptaba normas comerciales.

Esta unidad se refleja en la tendencia romana hacia la abstracción y en la economía de sus figuras jurídicas, que llevaban a los romanos a regular sus relaciones sin preocuparse en distinguir entre actos civiles y mercantiles; sin que por ello dejaran de existir figuras de carácter comercial, como la *lex rhodia de jacto* y el *foenus nauticum* en el derecho marítimo, la acción *insitoria* contra la persona con quien se ha contratado por medio de representante o la *receptum argentorium* por el que se obligaba al banquero a pagar la cuenta de un cliente. Así vemos, que si bien el derecho romano no contó con un cuerpo de leyes mercantiles como tal, si existía entre los romanos un conjunto de reglas aplicadas exclusivamente al comercio, las que encontraban cabida en el *ius privatum*.

En el ámbito societario, tampoco distinguieron entre las sociedades de tipo civil y las mercantiles, ya que la sociedad en Roma era vista como un contrato, concepto que, aunque discutido, permanece hasta nuestros tiempos.

"Tenían los romanos completas instituciones jurídicas y normas singulares de derecho, creadas por el comercio al que debían su existencia; y otras había que quedaron limitadas a éste y a los sujetos de la propia industria, esto es a los comerciantes. Mas había en el alma romana una enérgica y vigorosa tendencia a la abstracción y a la concentración, a la cual debía su origen y desenvolvimiento lógico la idea de la persona (de la personalidad privada abstracta, y luego de la igualdad de todas las personas libres) y de las cosas (de las cosas materiales); y a esa

tendencia repugnaba de modo absoluto la concepción de una rama especial de derecho que regulara la actividad mercantil..."³

2. APARICIÓN DEL DERECHO MERCANTIL

Es en virtud de la evolución de las sociedades que aparece el derecho mercantil como rama independiente, entre otras normas jurídicas reguladoras de relaciones entre particulares que fueron separándose del viejo derecho civil, como el laboral o el agrario.

El surgimiento del derecho mercantil, atiende más a circunstancias históricas y económicas, que a cuestiones dogmáticas de división del derecho privado, en razón de las necesidades comerciales que fueron surgiendo a través de los tiempos, las que requerían normas más ágiles que las del derecho común, así como instituciones adecuadas para la regulación de la actividad comercial naciente.

2.1. DERECHO ANTIGUO

El derecho antiguo considerado como el proceso que va desde las primeras manifestaciones escritas hasta la aparición del derecho como ciencia, era de regulación común, es decir, no establecía distinción de ramas de derecho. Así se presentan las XII Tablas y el Código de Hammurabi, el que reconocía instituciones de carácter comercial a la vez que regulaba las relaciones interpersonales y establecía delitos y sus penas.

Desde tiempos primitivos se recurría al comercio para satisfacer necesidades, así aparece el trueque, la reventa y la moneda, actividad que era realizada reiteradamente por ciertas personas, las que hicieron del comercio una profesión.

³ TENA RAMIREZ, Felipe. *Derecho Mercantil Mexicano*, 18ª. ed; Porrúa, México, 1999, p.25. Apud. GOLDSCHMITDT, *Storia Universale del Diritto Commerciale*, traduzione italiana a cura di Vittoria Pouchain e Antonio Scialoja.

El comercio primitivo tenía ... el carácter de ser esencialmente internacional, y por otra parte, quienes se dedicaban al comercio con la misma mentalidad y realizando el mismo género de operaciones fueron formando una profesión y creando un derecho consuetudinario, de suerte que la costumbre y la profesionalidad fueron otros dos rasgos esenciales del derecho que hoy diríamos de las épocas primitivas.⁴

2.2 EDAD MEDIA

Con la caída del imperio romano de Occidente, la unidad jurídica romana se desquebraja, y aun llega a desaparecer, subyugada por el derecho consuetudinario de los pueblos bárbaros y la introducción de su propio sistema jurídico basado en la costumbre, lo que originó inseguridad en las relaciones comerciales y hasta la extinción del comercio.

En el siglo XI se recuperó la seguridad en el tráfico terrestre, reanudándose el comercio entre las ciudades y dominios feudales. Con las cruzadas se abrieron vías de comunicación con el cercano oriente y dió inicio el intercambio de productos entre los países europeos. Los señores feudales procuraban el propio abastecimiento y el de sus siervos, guiados por los deseos de acaparamiento, acudían a las ferias junto con mercaderes y artesanos, que para ese entonces ya proliferaban.

Las ferias francesas son los centros de mayor actividad comercial de la época, en las que se dio gran impulso al derecho mercantil naciente, con el intercambio de satisfactores materiales y la contratación, el nacimiento y ejecución de créditos y obligaciones personales y la documentación de estas, como las letras de cambio, conocidas como *lettres de foire*, etc.

Las ferias de comerciantes se convierten en las reguladoras del derecho comercial, así las personas que en ellas participaban, se unen para la defensa de sus intereses creando los llamados gremios.

⁴ DE SOLA CAÑIZAREZ, Felipe, *Tratado de derecho comercial comparado*, T.I Montaner y Simón, S.A. Barcelona, 1972, p.4.

Con la búsqueda de celeridad y seguridad en las relaciones comerciales y la proliferación de las asociaciones de comerciantes, se suprime el formalismo romano, apareciendo tribunales especiales encargados de dirimir las controversias suscitadas entre sus miembros mediante procedimientos más rápidos –llamados consulares, por ser cónsules los que decidían el derecho-, regulados por sus propios ordenamientos en su acción administrativa, legislativa y judicial; el frecuente ejercicio del comercio, originaba su propia normatividad, con lo que nace así un derecho especial emanado de la vida práctica, que superaba la rigidez del antiguo derecho común a la vez que cubría las necesidades jurídicas de los comerciantes.

Derecho por excelencia equitativo en el equilibrio reclamado por los diversos intereses en pugna; derecho vivo y práctico por su origen y por su fin; simple, seguro, rápido por exclusión de elementos perturbadores en los juicios, por la celeridad del procedimiento, por la solícita prontitud de las ejecuciones. Derecho especial que se enfrentaba con el derecho común, a guisa de correctivo de sus imperfecciones, de lo que es buena prueba el hecho de que allí donde los estatutos civiles, como en Génova, no se vieron sometidos al formalismo, a las restricciones, a las dilaciones de los derechos históricos, su conformidad con las exigencias prácticas hizo inútil un derecho especial para la clase de los comerciantes.⁵

Las resoluciones de los tribunales y las normas consuetudinarias –*lex mercatoria*-, fueron recopiladas, formando estatutos y ordenanzas que obedecían a reglas comunes, siendo posteriormente recogidas en recopilaciones locales.

En Italia, aparecieron las *Consuetudines de Génova* en el siglo XI, *Consuetudines Usus de Pisa* en el siglo XII; en Francia las llamadas Ordenanzas de Colbert en 1673; alcanzando otras ordenanzas el carácter de internacionales, como el *Consulado del Mar* –siglo XIV- que contenía las costumbres del puerto de Barcelona y que sirvió de regulación para el tráfico marítimo del Mediterráneo; los *Rollos de Olerón*, referentes al tráfico en el Atlántico; las *Leyes de Wisby* (siglo XII) que contenían usos y reglas que observaban los navegantes en el Mar del Norte y en el Báltico; los Estatutos de Marsella; los de Arlés; la Ordenanza de la Marina, promulgada en el siglo XVII por Luis XIV; en materia de comercio terrestre, aparecieron las *Ordenanzas de Bilbao* de 1536, y las de Burgos, entre otras.

La influencia de éstas recopilaciones pronto llegó a nuestro país, así el 15 de junio de 1592 se creó el Consulado de México, que fue el primero del continente americano, cuya organización se basó en el funcionamiento de los consulados de Sevilla y de Burgos. Una vez entrando en actividad, elaboró sus propias recopilaciones y normas comerciales, como las *Ordenanzas del Consulado de México* y de la *Universidad de Mercaderes de la Nueva España*, ratificadas el 20 de octubre de 1604. En el año de 1795, se crearon los consulados de Veracruz y de Guadalajara, el 17 de enero y 6 de junio de ese año respectivamente, sirviendo como modelo para ambos las Ordenanzas de Bilbao.

Este carácter internacional del comercio, alcanzó no sólo a los países latinos y germánicos sino también a Inglaterra, donde el derecho mercantil, denominado *law merchant*, era creado por tribunales especiales de derecho marítimo y comerciales conjuntamente, erigidos por decreto del rey o por uso constante, cuyas sentencias eran ejecutadas por los ministros en nombre del Rey. Sobresalen entre las instituciones comerciales inglesas de la época los Tribunales de las Ferias, los Tribunales de Arbitraje y los gremios de comerciantes denominados *Guild Merchants*, entre otras.

Los pueblos árabes no podían quedar al margen de toda esta actividad, al comerciar con las ciudades mediterráneas, conocieron también un derecho mercantil, aunque sin influir en el sistema jurídico comercial europeo.

El derecho mercantil medioeval, era predominante subjetivo, ya que todos aquellos que formaran parte de los gremios, debían someterse a los tribunales consulares, aunque a su vez se consideraba la mercantilidad del acto celebrado.

Fue esta objetividad lo que dio pie a que pronto no sólo los agremiados fueran sujetos del derecho comercial, sino también todo aquel que ejerciera el comercio de manera independiente, entendiéndose por comercio para unos, la actividad de

⁵ TENA RAMIREZ, *Op. Cit.*: p. 33. Apud.. BOLAFFI. *I fattori della legislazione commerciale.*

comprar para revender con lucro, concepto asociado a la compraventa y para otros, el transporte de las mercaderías de un lugar a otro. Ampliándose después hasta considerar dentro de él, ya no sólo la compra de mercancías para revenderlas, sino también la organización de la producción de las mismas, convirtiéndose así los productores en comerciantes, aun cuando no realizaran de forma clara y directa actos de carácter lucrativo. La actividad mercantil servía para definir a las personas como comerciantes y para someter después sus actos profesionales al derecho especial.

De esta forma, la Edad Media aportó el concepto de comerciante profesional, siendo estos una clase especial de personas que se dedicaban habitualmente al comercio, o formaban parte de una asociación comercial o gremio.

Aparece también la concepción de un derecho distinto al civil, el derecho mercantil, adaptado a las circunstancias económicas y sociales de la época, y con él diversas figuras jurídicas, como la letra de cambio, la sociedad, los registros de comerciantes, los contratos de transporte, de depósito, de seguros, así como operaciones bancarias, entre otras, sin existir hasta ese momento el derecho mercantil como ciencia jurídica.

En estas condiciones, el derecho comercial de la Edad Media aparece no como el derecho nacional de un Estado ni como un derecho uniforme elaborado por varios estados, sino como un derecho formado por las costumbres y prácticas de una clase social –los comerciantes– que existe en todos los países y ciudades, con la misma mentalidad, los mismos deseos y las mismas necesidades. Es un derecho común a todos los comerciantes de distintas nacionalidades e incluso de distinto sistema jurídico, y que coexiste en cada país con el derecho civil nacional.⁶

Expuesto lo anterior, vemos cómo el derecho mercantil nació como rama especial frente al derecho civil y con motivo de los hechos históricos que ya hemos narrado, de ahí que sea considerado por muchos como una *categoría histórica*, como lo mencionamos al inicio del capítulo.

⁶ SOLA CAÑIZARES, *Op cit*: p. 19.

Y es que el derecho mercantil no ha existido siempre, fue resultado de las necesidades de la época, y hasta la fecha, su desarrollo y transformación ha sido de acuerdo a cuestiones políticas y económicas de gran importancia.

Por todo ello, el profesor Garrigues afirma que la "historicidad" del derecho mercantil significa que su separación del derecho civil no es un hecho permanente, e implica, además, que surge como derecho especial para satisfacer concretas exigencias de la realidad económica. Exigencias que, a partir de un momento histórico determinado, no fueron debidamente atendidas por el derecho civil.⁷

⁷ DOMÍNGUEZ MARTÍNEZ, Jorge Alfredo. *Derecho Civil*, 3ª ed; Porrúa, México, 1992, p. 15. *Apud*, BROSETA PONT, *Manual de Derecho Mercantil*, 3ª ed., Madrid, 1978, p.40.

CAPÍTULO II. EVOLUCION LEGISLATIVA

1. DERECHO CIVIL

1.1 ANTECEDENTES INTERNACIONALES

Hemos dicho que nuestro sistema de derecho se relaciona directamente con el derecho romano, el que contenido en el *Corpus Iuris Civiles*, sobrevivió a la caída del Imperio Romano, y coexistió posteriormente con diversos sistemas jurídicos locales o regionales, cuyos principios se desprendían de las interpretaciones de las normas contenidas en ese cuerpo de leyes.

Con la invasión de los Bárbaros, la aplicación del derecho romano se vió debilitada debido a que éstos imponían su sistema jurídico en cada una de las regiones que ocupaban, aplicando el derecho romano de manera aislada y muchas veces solo como una fuente de referencia. Fue así como se dió en Europa en el sigo VI la conjunción del derecho romano y el derecho germánico.

En los siglos XII y XIII aparecen las escuelas de los glosadores y de los postglosadores, los primeros encargados de interpretar el derecho contenido en el *Corpus Iuris Civilis* mediante glosas (anotaciones marginales o interlineales) y los segundos ampliando y adicionando los trabajos de los glosadores y formando así diversas compilaciones de estos comentarios, como los sumarios o *summae* y la *Gran Glosa* o *Glosa Ordinaria de Acursio*. Esta última, sistemáticamente ordenada y elaborada por los postglosadores, fue la recopilación más importante del derecho romano y su fuente más directa de estudio.

Resulta necesario señalar nuestra herencia directa, es decir, el derecho de nuestra madre patria, España, ya que es el caso que al mismo tiempo que en la Europa Germano-Románica se gestaban los procesos jurídicos a que antes nos hemos referido, la península Ibérica y sus habitantes generaban un derecho

autóctono, formando así las primeras compilaciones de leyes aplicables en Europa, como el *Código de Eurico* (465 -485) con disposiciones de derecho bárbaro; el *Código de Leovigildo* (568-586) con influencia del derecho romano al igual que el *Código de Alarico o Brevario de Aniano* (506), y *El Fuero Juzgo* (554), que contenía normas de derecho romano y de derecho canónico.

Después de la dominación árabe, aparecieron otros fueros municipales como *El Fuero de los Fijosdalgo* (1138), que después quedó contenido en el *Ordenamiento de Alcalá* y el *Fuero Viejo de Castilla* (1212), *El Fuero Real o Fuero de las Leyes* publicado en el año de 1264 por el Rey Alfonso X El Sabio.

Cabe destacar la existencia de *Las Siete Partidas*, que redactadas entre los años de 1246 y 1263, rigieron en España hasta mediados del siglo XIX y contenían disposiciones de derecho romano, canónico y municipal de los fueros de cada región. La primera fue dedicada a la fe católica y organización de la Iglesia. La segunda, al poder político, militar y la tenencia de castillos y fortalezas. La tercera, al derecho procesal, entendiéndose este como el civil. La cuarta, al derecho matrimonial. La quinta, a los contratos (léase derecho mercantil) y al derecho civil. La sexta, a las sucesiones y la última y séptima, al derecho penal.

A la *Ley de Las Siete Partidas* se le aplicaba supletoriamente el *Ordenamiento de Alcalá* y *El Fuero Real* o los *Fueros Municipales* y para resolver dudas acerca de la interpretación de las mismas en 1502 se *dictaron Las Leyes de Toro*, las que posteriormente quedaron incluidas en la *Nueva Recopilación* (1567), que contenían derecho español en materia administrativa, procesal, civil, penal y municipal.

En 1805 se llevó a cabo en España una recopilación de todas sus leyes llamada *Novísima Recopilación*, la que contando con doce libros guardaba preceptos de diversas materias, entre las que destacan las relativas a contratos, derecho fiscal, procesal y de comercio.

A principios del siglo XIX comienza en Europa la codificación del derecho privado, se separa el derecho civil del derecho romano y el derecho privado del derecho público. La obra codificadora más importante, fue sin duda el Código Civil Francés de 1804 que fue de gran influencia para todos los demás códigos publicados en el siglo XIX, incluyendo el nuestro.

1.2. DERECHO CIVIL MEXICANO

Bajo la dominación española, nuestro país se regía por las *Leyes de Toro* en primer lugar y después por la *Nueva y la Novísima recopilación*, a las que se le aplicaban supletoriamente el *Ordenamiento de Alcalá*, las *Siete Partidas*, el *Fuero Real* y el *Fuero Juzgo*.

Al consumarse la Independencia de México, surge la necesidad de tener nuestras propias leyes, por lo que comienzan los primeros intentos de codificación. El primero de ellos lo tenemos en el año de 1861, fecha en que fue concluido por Justo Sierra el proyecto del primer código civil mexicano, inspirado en el Código Civil Francés de 1804, que no logró consolidarse como tal por circunstancias políticas y sociales de la época.

Basado en este proyecto, en el Código de Napoleón, en el derecho romano, en la legislación española y en otros códigos europeos, como el de Austria y Holanda, el abogado Florencio García Gollena, elaboró un segundo proyecto de Código Civil, de observancia federal, que entró en vigor por decreto del 1º de marzo de 1870.

La necesaria revisión de este Código, dio como resultado el Código Civil de 1884, que entró en vigor el 1º de junio de ese mismo año, que se diferenciaba del primero únicamente en el capítulo de sucesiones, por consagrar la *libre fasio testamenti*, es decir, la facultad de heredar a quien el individuo quisiera sin necesidad

de otorgar cuotas por parentesco de sangre o de afinidad. Este cuerpo de leyes civiles fue adoptado por los estados de la República, constituyendo la legislación civil local.

El Código de 1884 fue derogado por el actual Código Civil de 1928, vigente a partir de 1932 y recientemente rebautizado, precisamente el 29 de abril del año 2000, como Código Civil Federal. Este cuerpo de leyes introdujo como principales novedades "la equiparación completa de derechos del hombre y de la mujer, ... la aplicación de las leyes mexicanas, sin limitación alguna, a todos los que se hallen en la República; la aplicación de esas leyes con definido criterio nacionalista; la protección expresa de los desvalidos e ignorantes ... la ruptura del principio de ignorancia de las leyes; por último, la limitación general de libertad..."⁸

1.3. NATURALEZA Y FUNCIÓN DEL DERECHO CML

El derecho civil, como lo afirma Clemente de Diego⁹, regula las relaciones ordinarias de la vida del hombre, tales como la familia, el patrimonio y su propia persona. Por ello, el derecho civil es identificado como el derecho general o derecho privado y desde la época de los jurisconsultos romanos, como el *ius civile* o de la *civitas* (ciudad).

El Derecho Civil es el derecho privado "general", ya que, a decir de Rafael De Pina¹⁰, el mismo afecta a las relaciones más comunes de la vida, se encuentra en relación de derecho general a especial con otros ordenamientos y en él se encuentran los conceptos más generales y fundamentales. El mismo profesor De Pina opina en relación a que el derecho civil sea el llamado derecho "general", que "pensando en el futuro, también parece aconsejable, pues si todos los intentos de

⁸ DE PINA VARA, Rafael, *Derecho Civil Mexicano*, 20ª. ed; Porrúa, México, 1998, p. 83.

⁹ DE PINA, Rafael, *Op cit*; p. 74.

¹⁰ *Ibidem*. p. 76.

consolidación llegaran a consolidarse de una manera firme y definitiva podrán continuar siendo el Derecho privado general."¹¹

El profesor Rafael Rojina Villegas define al Derecho Civil como aquella "rama del derecho privado que tiene por objeto regular los atributos de las personas físicas y morales y organizar jurídicamente a la familia y al patrimonio determinando las relaciones de orden económico entre los particulares que no tengan contenido mercantil, agrario u obrero."¹²

La naturaleza del derecho civil se desprende de la anterior definición, de la misma manera que su contenido, el cual versa sobre las personas, la familia y el patrimonio. En contraposición con el derecho mercantil, podemos decir que el civil se ocupa de regular los hechos y actos jurídicos celebrados por personas del derecho común o no comerciantes, mientras que el derecho mercantil regula los actos celebrados entre comerciantes. El derecho civil, en México, se considera como supletorio del mercantil y se utiliza para llenar las lagunas o vacíos de éste. En los casos de integración de la ley mercantil, el Código Civil aplicable es el Federal.¹³ El derecho civil se aplica en México, por exclusión, cuando no se trate de un acto mercantil, laboral o agrario.

2. DERECHO MERCANTIL

El derecho mercantil, como se vió en el capítulo anterior, comenzó como un conjunto de normas reguladoras de las relaciones de una clase social naciente, la de los comerciantes. Normas que aunque recopiladas, no eran resultado de la actividad legislativa del estado.

¹¹ *Idem*

¹² ROJINA VILLEGAS, Rafael, *Compendio de Derecho Civil*, T. I, 9ª. ed., Porrúa, México, 1974, p. 22.

2.1. ANTECEDENTES INTERNACIONALES

Los primeros intentos de codificación, lo constituyen las Ordenanzas de Colbert de 1673 dedicadas al comercio terrestre y la de 1681 dedicada al comercio marítimo, las que introdujeron la objetivización del derecho mercantil ya que ordenaban la aplicación de las reglas mercantiles a las personas que independientemente de su profesión realizaran determinados actos aislados regulados en las mismas, como por ejemplo la suscripción de una letra de cambio.

Aunque el criterio generalizado de los estudiosos del derecho mercantil es el de afirmar que la época de la codificación dió inicio con el Código de Comercio Francés de 1808, desde mucho antes existían ya códigos reguladores de la materia mercantil; por ejemplo en Noruega y en Dinamarca el Código de Federico II de 1561, al que sucedió el danés de Cristián V de 1638 y el Código sueco de 1734, que normaba el derecho marítimo, el comercio, los comerciantes y sus contratos, entre otras materias. A decir de Sola Cañizares, estos "son más bien colecciones de soluciones concretas que un conjunto sistemático de reglas de derecho, ... se trata de una codificación antigua que no reviste los mismos caracteres que la codificación napoleónica, y se asemeja más bien a la redacción de antiguas costumbres francesas, ... comprendían únicamente una parte del derecho privado y poca cosa en materia comercial"¹⁴. Hasta la fecha estos países no tienen un Código de Comercio, y sin conocer la noción de acto de comercio, las actividades de los comerciantes son reguladas por leyes especiales, y no establecen una verdadera autonomía en materia de derecho mercantil.

El Código de Comercio Francés promulgado por Napoleón, comenzó a ser redactado por una comisión de siete miembros designada el 3 de abril de 1801, entrando en vigor el 1° de enero de 1808. Dividido en libros que tratan del comercio en general, del comercio marítimo, de las quiebras y bancarrotas y de la jurisdicción comercial, cuenta con 648 artículos.

¹³ Cfr., p. 68 de la presente tesis, supletoriedad art. 81.

El Código de Napoleón, inspirado en los principios del liberalismo, cambia radicalmente con el hasta entonces manejado concepto de derecho mercantil, el subjetivo, al que nos referimos en el capítulo primero, para sustituirlo, por un concepto objetivo, es decir, en adelante se tomará en cuenta el objeto del comercio y no el sujeto del comercio. Es el hecho de realizar actos de comercio y no la calidad de comerciante, lo que determina la aplicación de las leyes mercantiles.

El Código Francés de 1808, que sigue vigente con algunas modificaciones y leyes especiales, ejerció fuerte influencia en muchos de los países europeos y en América. Fue adoptado en Bélgica (1811), en Holanda (1811), Mónaco (1818), Luxemburgo (1811), Grecia (1835), Turquía (1850), República Dominicana (1884) y Haití (1887). Fue de inspiración a las legislaciones italiana, española, portuguesa, chilena y brasileña, entre otras.

En éste punto, cabe señalar el sistema de derecho mercantil Alemán, ya que su Código de Comercio actual que data de 1900, es aplicable únicamente a los comerciantes.

Vuelve así a ser predominante el carácter subjetivo que había tenido en sus principios el derecho mercantil. Ello ha sido causa de que se haya censurado al legislador alemán, acusándolo de haber hecho retroceder siglos enteros al derecho comercial. Pero por el contrario, voces tan autorizadas como la de THALLER, en Francia, y VIDARI y MOSSA, en Italia, aplaudieron el criterio inspirador del Código alemán por considerar que sólo el ejercicio profesional del comercio justifica que se apliquen normas diversas a las del derecho civil.¹⁵

El primer Código español data de 1829, redactado sobre las bases del de Napoléon, y con algunas disposiciones del Consulado del Mar y las Ordenanzas de Bilbao. Entró en vigor el 1º de enero de 1830 derogando todas las disposiciones mercantiles anteriores y especialmente las Ordenanzas particulares de los Consulados del Reino. Afirman los mercantilistas españoles que tenía un carácter mixto, por ser ley de comerciantes y ley del comercio, admitiendo que predominaba

¹⁵ DE SOLA CAÑIZARES, *Op cit.* p.35.

el carácter subjetivo. En relación con el derecho civil, sujetaba a los contratos mercantiles a todas las reglas generales del derecho común, con las modificaciones y restricciones establecidas por las leyes especiales del comercio. Posterior a este Código, se encuentra el actual Código de Comercio español promulgado el 22 de mayo de 1885, que recogió las leyes mercantiles especiales que se habían publicado desde el año de 1829, reguló otras materias nuevas (como bolsas de crédito, compañías de crédito, de ferrocarriles, bancos de emisión y descuento, bancos y sociedades agrícolas, cheques, seguros, quiebra de sociedades mercantiles, etc.) y derogó la mayoría de las disposiciones procesales, "...Declaraba, en resumen, que pretendía convertir el derecho mercantil, "de excepcional o particular" y, además, transformar lo que era antes "el Código propio y particular de una clase de ciudadanos" (los comerciantes) en una ley que "propende a regir todos los actos y operaciones mercantiles, cualquiera que sea el estado o profesión de las personas que los celebren"¹⁶. Se acentúa así el carácter objetivo del derecho comercial, ya que no establece una definición de acto de comercio, ni enumera a los que atribuye tal carácter.

Merece especial mención la posición de Italia, donde se seguía el sistema objetivo francés, pero se ampliaba el concepto jurídico de comercio, señalando en su Código de Comercio de 1882, mayor número de actos como mercantiles y elaborando una enumeración de ellos simplemente ejemplificativa, dando cabida así a la analogía. Cuerpo de leyes que fue derogado por el *Codice Civile* que entró en vigor el 16 de marzo de 1942, y que unificó legislativamente las materias civil y mercantil, aunque subsisten algunas leyes que regulan materias tradicionalmente consideradas como comerciales, así existen la ley de cheques (21 de diciembre de 1933), la cambiaria (14 de diciembre de 1933) y la ley sobre quiebras (16 de marzo de 1942).

Por su parte, Suiza es otro de los países que cuenta con una legislación unificada en las materias civil y mercantil, contenidas en el Código Federal de las

¹⁶ MANTILLA MOLINA, Roberto L. *Derecho Mercantil*, 29ª. ed; Porrúa, México, 2000, p. 9.

Obligaciones de 1881, con vigencia desde el 1° de enero de 1883. En 1907 se promulgó el Código Civil suizo (vigente desde 1912), del que forma parte el Código de las Obligaciones como libro V, aunque éste guarda en sus artículos una enumeración propia.

Los países del *common law* (Inglaterra y Estados Unidos de Norteamérica) se mantuvieron al margen de las codificaciones, por la misma esencia de su sistema de derecho. Como se dijo en el capítulo anterior, el *law merchant* o derecho mercantil de Inglaterra era creado por los tribunales especiales de derecho marítimo y de comerciantes, a través de sus sentencias y jurisprudencia, pero al desaparecer los tribunales marítimos en el siglo XII la materia del *law merchant* pasó en forma de usos y costumbres, a ser aplicada en los tribunales del *common law* o derecho común.

No obstante lo anterior, los fallos de los tribunales en materia de comercio, que adquirirían fuerza obligatoria de precedentes judiciales, se convirtieron en normas de derecho mercantil, que eran inspiradas en los principios establecidos en las primeras codificaciones del derecho comercial del que hemos hablado. "En tal virtud, el *law merchant*, o derecho mercantil angloamericano, se formó de las prácticas introducidas por los comerciantes, los principios clásicos del derecho romano, los preceptos de los códigos europeos sobre comercio terrestre y marítimo y la doctrina de los grandes tratadistas en esta materia, operándose, a través de este proceso evolutivo que siguió su curso hasta el siglo XIX, la fusión del derecho mercantil en el *common law*"¹⁷

Actualmente, en Estados Unidos e Inglaterra, el derecho mercantil forma parte del *common law*, sin constituirse en una rama independiente del derecho. Se denomina *law merchant*, *merchant's law* o *lex mercatoria* y es de carácter local, excepto el derecho marítimo y bancario, que se reservan como materias de exclusiva

¹⁶ LANGLE Y RUBIO, Emilio, *Manual de Derecho Mercantil Español*, T. I, Bosch Casa Editorial, Barcelona, España, 1959, p. 227.

¹⁷ RABASA, Oscar, *El Derecho Angloamericano*, Fondo de Cultura Económica, México, 1963, p. 133.

competencia federal, y el derecho de las quiebras, que es facultad concurrente, ya que tanto la federación como los estados pueden legislar en esta rama.

2.2. DERECHO MERCANTIL MEXICANO

Desde fines del siglo XV o a principios del XVI y en virtud de las leyes expedidas por los Reyes Católicos de España, el derecho mercantil se fue separando del derecho común y utilizándose en los tribunales especiales llamados Consulados, los que regulaban los negocios de los gremios de comerciantes. Estos tribunales tenían la facultad de decidir los asuntos de su competencia, no con arreglo a las fórmulas del derecho común, sino con arreglo a las costumbres y principios de equidad introducidos por la práctica del comercio.

Estas leyes y algunas otras, estaban incluidas en los Códigos llamados la Nueva y la Novísima recopilación, que formaron el derecho mercantil de España, el cual a consecuencia de la conquista rigió también en sus colonias.

En virtud de la ley expedida por Felipe II en 1552, se estableció en la ciudad de México, el primer consulado o tribunal mercantil. El Consulado de México, así como el que se estableció después en Guadalajara, se rigieron por las Ordenanzas del Consulado de Burgos, pues en España, a medida que se iban estableciendo Consulados en diversas provincias, se dictaban las ordenanzas o reglamentos respectivos confirmados por la autoridad Real.

Posteriormente en 1604, fueron aprobadas por Felipe III las Ordenanzas del Consulado de la Universidad de Mercaderes de la Nueva España, teniendo como supletorias las de Burgos y las de Sevilla, no obstante de lo cual, en la práctica se aplicaban las Ordenanzas de Bilbao.

Al consumarse la Independencia en México, el país se vió en la necesidad de tener sus propias leyes, por lo que el 16 de octubre de 1824 se suprimieron los

consulados, no obstante y a falta de legislación propia, se continuaron aplicando las Ordenanzas de Bilbao, entre otros antiguos ordenamientos españoles.

Las primeras legislaciones mexicanas en materia mercantil, surgieron en 1834. Así el 8 de noviembre de ese año se decreta la Ley Sobre el Derecho de Propiedad de los Inventores o Perfeccionadores de Alguna Rama de la Industria y también el Reglamento y Arancel de Corredores de la Ciudad de México. El 15 de noviembre de 1841, el Presidente Provisional de México Antonio López de Santa-Anna, emitió el Decreto de Organización de las Juntas de Fomento y Tribunales Mercantiles. En 1843, se derogaron algunas disposiciones contenidas en las antiguas ordenanzas de la época colonial, con la aparición el 26 de diciembre de ese año del decreto sobre los "Libros que ha de llevar Todo Comerciante y Balance que ha de hacer". El 31 de mayo de 1853, el Presidente Santa-Anna emite el decreto que crea la Ley de Bancarrotas, basada en los códigos francés de 1808 y español de 1859.

Basado en el proyecto elaborado por el abogado y Ministro de Justicia Teodocio Lares, se promulgó el 16 de mayo de 1854 el primer código de comercio mexicano, entrando en vigor el día 27 del mismo mes y año, conocido como Código de Lares, y con la intención de ser aplicado en todo el país, sin que estableciera especial indicación al respecto. Proyecto que fue elaborado teniendo como referencia el Decreto de 1841 antes mencionado, la Ley Para la Administración de Justicia en los Negocios de Comercio del Estado de Puebla, del 20 de enero de 1853 y los Códigos de comercio francés de 1808 y español de 1829. El Código de Lares, tuvo una efímera existencia, toda vez que fue puesto en vigencia por el General Antonio López de Santa-Anna en una de las once veces que ejerció el poder ejecutivo del país en ese año. Después de seis meses de vigencia y sin que hubiera una derogación expresa, se dejó de aplicar con motivo de la Revolución de Ayutla, por la que alcanzó la presidencia interina Don Juan Alvarez, quien, en su Ley sobre Administración de Justicia y Orgánica de los Tribunales de la Federación, de 23 de noviembre de 1855, estableció que se seguirían aplicando en el país las leyes que regían el 31 de diciembre de 1852.

No obstante lo anterior, en algunos estados de la República se declaró la vigencia del Código de Lares, ya que para ese entonces la materia comercial no era de aplicación federal. Tal fue el caso de Veracruz (por medio de la Ley Orgánica Provisional de la Administración de Justicia de 26 de septiembre de 1885), Puebla (por ley del 3 de diciembre de 1854), Estado de México (por ley del 1° de junio de 1868) y Tabasco que expidió por decreto de 29 de enero de 1878 su propio Código de Comercio copiado del Código de 1854.

En el resto del país, se aplicaban las Ordenanzas de Bilbao, que entraron de nuevo en vigor por ley del 22 de noviembre de 1855, dictadas con las intenciones del nuevo gobierno de suprimir completamente el régimen santanista.

Las Ordenanzas rigieron hasta que se publicó el Código de 15 de abril de 1884, que se llamó El Código Nacional de Comercio, el que comenzó a ser aplicado en materia federal el 20 de julio de 1884, como resultado de la reforma que se hizo a la fracción X del artículo 72 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos de 1857, la que por ley de 14 de diciembre de 1883 concede facultades al Congreso de la Unión "para expedir Códigos obligatorios en toda la República de minería y comercio, comprendiendo en este último las instituciones bancarias".

El derecho mercantil se convirtió de derecho local a derecho federal; el texto anterior de la norma constitucional solamente concedía al Congreso de la Unión la facultad para "establecer las bases generales de la legislación mercantil". En 1880, al anteproyecto del Código de Comercio, indicaba que era para "El Distrito Federal y el Territorio de la República y las disposiciones sobre derecho marítimo y las bases generales de la legislación mercantil para los Estados de la República". Con dicho carácter federal, aunque invocando facultades extraordinarias de que carecía, según

la propia ley suprema, el Presidente Manuel González, dictó el Código de Comercio de 1884¹⁸.

El Código de 1884 contaba entre sus disposiciones con la conceptualización de los actos mercantiles, definiéndolos como aquella operación de comercio que facilita o asegura una negociación comercial, "el enunciado de las operaciones que deberían ser consideradas como mercantiles; la incorporación de la Sociedad en Comandita por Acciones, la reglamentación de la propiedad industrial (patentes, marcas, créditos, aviamientos, nombres mercantiles, etc.). Sin embargo, este Código no satisfizo las exigencias de los juristas de su tiempo y pronto fue sustituido."¹⁹

Finalmente el Código de 1884 fue derogado por el actual Código de Comercio promulgado el 15 de septiembre de 1889 que entró en vigor el 1° de enero de 1890, inspirado en los Códigos de comercio español de 1885, francés de 1808, argentino de 1859, belga de 1867 e italiano de 1882. Con el que también fueron derogadas las leyes mercantiles preexistentes y relativas a las materias que en dicho código se trataban, que fueron mencionadas en párrafos anteriores.

Este Código de Comercio, con las modificaciones y desincorporaciones que ha sufrido desde su promulgación hasta la fecha, aún sigue rigiendo los actos y hechos jurídicos de los mexicanos. Sin embargo, la mayoría de las materias que inicialmente regulaba, fueron derogadas para formar diversas leyes mercantiles especiales, siendo las siguientes (entre paréntesis se encuentra la fecha de desincorporación del Código de Comercio):

- Ley Monetaria de los Estados Unidos Mexicanos (25 Julio 1931)
- Ley General de Organizaciones y Actividades auxiliares de Crédito (14 enero 1985)

¹⁸ BARRERA GRAF, *Op cit*; p.25. *Apud*. VAZQUEZ ARMINIO, p. 143 y Memoria que el Secretario de Justicia presenta al Congreso de la Unión.

¹⁹ AGÜERO AGUIRRE, Saturnino, *Presentación del Código de Comercio*, publicado por el Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal, México, 1991, p. IV.

- Ley General de Instituciones y Sociedades Mutualistas de seguros (31 de agosto de 1935)
- Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito (27 de agosto de 1932)
- Ley General de Sociedades Mercantiles (4 de agosto de 1934)
- Ley reglamentaria del Servicio Público de Banca y Crédito (31 de agosto de 1935)
- Ley Sobre el Contrato de Seguro (31 de agosto de 1935)
- Ley Federal de Instituciones de Fianzas (29 de diciembre de 1950)
- Ley de Navegación (4 de enero de 1994)
- Ley del Mercado de Valores (2 de enero de 1975)
- Ley de la Casa de la Moneda de México (20 de enero de 1986)
- Ley de Instituciones de Crédito (18 de julio de 1990)
- Ley Federal de Correduría Pública (29 de diciembre de 1992)
- Ley General de Sociedades Cooperativas (3 de agosto de 1994)
- Ley de Concursos Mercantiles (12 de mayo de 2000)

Algunas de estas materias fueron derogadas del Código de Comercio y convertidas en leyes especiales en uso de las facultades extraordinarias del ejecutivo, motivo por el cual no tienen una exposición de motivos. Entre dichas leyes se encuentran la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, la Ley General de Sociedades Mercantiles, la Ley sobre el Contrato de Seguro y la Ley de Instituciones y Sociedades Mutualistas de Seguros.

Otras de ellas, tales como Ley General de Organizaciones y Actividades Auxiliares del Crédito y la Ley de Instituciones de Crédito, fueron dictadas en la tarea de renovación de la legislación financiera del país con el objeto de adecuar la estructura del sistema financiero mexicano a las nuevas condiciones económicas y políticas de la época.

Otras más fueron dictadas en aras de la modernización de nuestra legislación mercantil, con vista en el bien común y con objeto específicos directamente

relacionados con la materia que regulan. Es el caso de la Ley de Navegación, la Ley Federal de Correduría Pública y la Ley de Instituciones de Fianzas, según lo afirman las exposiciones de motivos que a continuación se citan en lo conducente:

CAMARA DE ORIGEN: DIPUTADOS.- EXPOSICION DE MOTIVOS.- MEXICO, D.F. A 23 DE NOVIEMBRE DE 1993.- INICIATIVA DEL EJECUTIVO.- LEY DE NAVEGACIÓN ... La estrategia de modernización de México, establecida en el Plan Nacional de Desarrollo 1989 - 1994, contempla la apertura de nuestra economía a la competencia comercial, sobre la base de una plataforma que estreche nuestras relaciones con los distintos mercados del mundo y aumente la competitividad de nuestro aparato productivo, para aprovechar la gran transformación mundial en beneficio de nuestro desarrollo social y económico.- La modernización nacional se sustenta en una firme recuperación económica para elevar la calidad de vida de los mexicanos, especialmente de los más desprotegidos; para ello el país cuenta con una posición geográfica privilegiada, que puede y debe aprovechar aún más, para intensificar y diversificar su turismo y comercio vía terrestre y vía marítima, pues compartimos frontera con la mayor economía del mundo y contamos con un litoral de más de 11 mil Km., con puertos estratégicamente ubicados a lo largo de nuestras costas del Pacífico, el Atlántico y el Caribe.- Dentro de este contexto, el transporte marítimo deberá desempeñar un papel de mayor relevancia en el desarrollo del país, para facilitar nuestro comercio marítimo, impulsar el turismo náutico y aumentar la eficiencia global del sistema nacional de transporte.²⁰

EXPOSICION DE MOTIVOS.- MÉXICO, D.F., A 26 DE NOVIEMBRE DE 1992.- INICIATIVA DEL EJECUTIVO.- ... Ante los grandes cambios a que está sujeta la economía mundial, nuestra economía debe fortalecerse para responder a los retos del mundo entero. Estas transformaciones representan oportunidades importantes para aquellos países que con decisión y eficacia se aboquen a hacer frente a los retos de la modernidad; al tiempo que podrían traducirse en rezagos y retrocesos para quienes refugiándose en actitudes del pasado pretendieran ignorarlas.- Tal y como se destaca en el Plan Nacional de Desarrollo 1989-1994, para hacer frente al reto de el crecimiento, México demanda la modernización profunda de sus estructuras económicas. Es necesario un cambio de actitudes. Es preciso alcanzar una mayor competitividad en lo interno y en lo externo; abrir los canales para que se manifieste el potencial del país y de sus habitantes, alentando sus iniciativas y promoviendo, sin paternalismos, su ejecución.- Aunado a lo anterior, la apertura comercial que ha experimentado nuestro país, nos exige proseguir decididamente en la tarea de modernización de los instrumentos que hacen posible el tráfico mercantil. Sin esta modernización, la regulación mercantil perdería su razón de ser y podría convertirse en un estorbo para el desarrollo de la actividad comercial.- Asimismo, es imperioso continuar el esfuerzo de desregulación de la actividad económica, no en el sentido de abandonar irresponsablemente las funciones que al respecto debe desempeñar el Estado, sino en el sentido de adecuar el marco normativo de las nuevas realidades, las cuales imponen la necesidad de nuevas técnicas, nuevas formas y nuevas actividades y conductas, por lo que, con la misma intención que manifesté al proponer reformas y adiciones a la Ley General de Sociedades Mercantiles en el anterior periodo de sesiones de ese H. Congreso de la Unión, me permito someter a su elevada consideración la revisión de las disposiciones que regulan las funciones de los corredores públicos, para revitalizarlas y aprovechar el potencial de estos auxiliares del comercio, como un paso más para incrementar la competitividad y eficacia de los mercados.- La presente iniciativa de Ley Federal de Correduría Pública se enmarca en ese contexto, y tiene entre sus finalidades la de agilizar las transacciones comerciales y

²⁰ Suprema Corte de Justicia de la Nación, "Historia Legislativa y Parlamentaria" Disco Compacto VIII. Poder Judicial de la Federación.

modernizar el marco jurídico aplicable a la función de los Corredores públicos, para ampliar sus posibilidades de actuación.²¹

CAMARA DE ORIGEN CAMARA DE DIPUTADOS.- EXPOSICION DE MOTIVOS MEXICO D.F., A 21 DE SEPTIEMBRE DE 1950.- INICIATIVA DEL EJECUTIVO.- ... Anexa al presente me es grato remitir a ustedes para los efectos constitucionales, Iniciativa que el C. Primer Magistrado de la Nación somete a la consideración de esa H. Cámara, proponiendo la expedición de una nueva Ley Federal de Instituciones de Fianzas.- Las instituciones de fianzas han realizado, en el medio mexicano, una función especializada de garantía, empleando sistemas de operación orientados hacia el logro de tal finalidad.- Paralelamente nuestra legislación ha seguido la tendencia de regular específicamente las actividades de estas empresas con el propósito de capacitarlas y obligarlas a desempeñar eficazmente las actividades que les están reservadas - La Ley de Instituciones de Fianzas de 31 de diciembre de 1942, ha sufrido diversas reformas que se proyectaron con objeto de dar solución a los problemas que la realidad fue presentando. Sin embargo, la experiencia de los últimos años vino a demostrar la necesidad de proceder a una revisión completa de la legislación en esta materia, buscar un perfeccionamiento en los sistemas de operación y procurar un mejoramiento en la estabilidad económica y en la liquidez de las instituciones.- Con estos objetivos se ha formulado el proyecto que me permito someter a vuestra consideración.²²

Como se puede apreciar, la tendencia en la materia mercantil desde la aparición del primer Código de Comercio, ha sido la de su especialización. El legislador ha considerado que temas específicos del derecho mercantil inicialmente incluidos en un Código, pueden y así lo ha sido, quedar mejor y más ampliamente regulados en una ley especial, reflejando así la eficacia que toda norma jurídica debe perseguir.

Por otro lado, las modificaciones que ha sufrido el Código de Comercio versan principalmente sobre la eliminación de las limitaciones a la mujer casada y a los menores de 21 años, la modernización de los sistemas de anuncio de la calidad mercantil, los libros del comerciante, el Registro Público de Comercio, sobre reformas y adiciones al libro quinto relativo a los juicios mercantiles, una reestructuración al título cuarto del mismo libro dedicado al arbitraje comercial.

No obstante, en el viejo y carcomido Código aún perdura la regulación de los principales elementos constitutivos del derecho mercantil mexicano: en primer lugar, el acta de comercio (art. 75), con la referencia y la inclusión de las empresas (frs. V a XI, XIV, XVI, XVIII, XIX y XX), y la adopción expresa de la interpretación analógica (fr. XXIII); en segundo lugar, el concepto y las clases de comerciante (art. 3°); en tercer lugar, la regulación procesal de los juicios mercantiles (libro Quinto) que debe modernizarse o

²¹ *Idem*.

²² *Idem*.

desaparecer; en cuarto lugar, las obligaciones de los comerciantes (Registro de Comercio y contabilidad, principalmente), y por último, en quinto lugar, la regulación de obligaciones comerciales y de los contratos mercantiles más usuales: compraventa, permuta y comisión, depósito mercantil, préstamo.²³

Así se expresa Jorge Barrera Graf en su libro "Instituciones de Derecho Mercantil" al afirmar que el Código de Comercio actual es un código prácticamente muerto en relación con las materias que se fueron desprendiendo y que hoy forman las leyes especiales arriba enumeradas. No obstante de lo cual, Barrera Graf cree que este código regula aún elementos importantes del derecho mercantil mexicano, como ya quedó apuntado en la cita precedente. Elementos que también han quedado superados con las nuevas prácticas y usos comerciales y que a la fecha se mantienen más con una actitud conservadora de respeto a las tradiciones y a la historia que con una verdadera convicción de su eficacia.

La revisión para la modificación del Código de Comercio, ha sido intentada en diversas ocasiones desde su promulgación, sin que hasta la fecha se haya llevado a cabo una verdadera reforma que vaya en consonancia con los cambios que día a día ocurren en la vida jurídica de los gobernados.

El 12 de diciembre de 1914, Venustiano Carranza expidió las adiciones al Plan de Guadalupe, en las que en el artículo 2º se proponía la revisión del Código de Comercio de 1889, sin embargo, nunca se dió un paso para cumplir con este objetivo.

En 1928, durante la redacción del Código Civil para el Distrito Federal y Territorios Federales se pensó redactar también un código único de las obligaciones, al estilo de Suiza, pero esta tarea fue abandonada al considerar que una reforma Constitucional sería difícil de lograr. Sin embargo, desde entonces hasta la fecha, nuestra constitución ha sufrido cerca de 115 reformas a más de 400 artículos (algunos reformados varias veces).

²³ BARRERA GRAF, *Op cit*, p. 28.

En 1929, una comisión formada por comerciantes y juristas publicó un *Proyecto para el nuevo Código de Comercio de los Estados Unidos Mexicanos*, que nunca tuvo carácter de norma jurídica, pues fue rechazado durante su estudio doctrinal.

Ante la falta de reformas en la legislación mercantil, se promulgaron entonces diversas leyes especiales, que forman la mayoría de las que han quedado mencionadas en párrafos anteriores.

Desde entonces se han seguido elaborando proyectos de una reforma integral al código de comercio, que se han hecho más numerosos cuando se pretende que entren en vigor nuevas leyes mercantiles.

La larga vida del Código de Comercio, el más antiguo de nuestro sistema jurídico vigente, se explica en virtud de la desincorporación del código de diversas materias con la consiguiente creación de leyes especiales, "cuyos preceptos norman y resuelven los problemas que en dichas materias se vinieron presentando. Otra de las razones que explican la longevidad del Código de Comercio, consiste en que la actividad mercantil fundamentalmente se rige por el principio de libertad contractual, lo que permite que la sociedad construya por medio de los contratos que libremente celebren las partes, la normatividad aplicable a sus relaciones comerciales."²⁴

Por otro lado, la materia comercial se ido extendiendo y especializando. En el año de 1985, México suscribe el GATT (General Agreement on Tariffs and Trade), ahora OMC (Organización Mundial de Comercio), y es en esos momentos en los que el Gobierno Mexicano está dispuesto a entrar en lo que hoy conocemos como la globalización, cambiando en ciento ochenta grados las posiciones respecto al comercio y a la inversión extranjera en nuestro país. Es así como el ejecutivo a través del legislativo procede a desarrollar una serie de iniciativas legislativas, que

²⁴ Historia Legislativa y Parlamentaria. Exposición de motivos de la "Iniciativa de Reforma" al Código de Comercio. México, D.F., a 27 de octubre de 1988.

dan como resultado la ampliación de la materia mercantil, con la promulgación de las siguientes leyes:

- Ley de Sociedades de Inversión (Diciembre de 1985)
- Ley Federal para el fomento de la microindustria y la actividad artesanal (26 de enero de 1988)
- Ley de Propiedad Industrial (27 de junio de 1991)
- Ley Federal sobre metrología y normalización (1° de julio de 1992)
- Ley Federal de Competencia Económica (24 de diciembre de 1992)
- Ley Federal de Protección al Consumidor (24 de diciembre de 1992)
- Ley de Comercio exterior (27 de julio de 1993)
- Ley de cámaras empresariales y sus confederaciones (20 de diciembre de 1996)
- Ley de Protección al Comercio y a la Inversión de normas extranjeras que contravengan el derecho internacional (23 de octubre de 1996).

2.3. NATURALEZA Y FUNCION DEL DERECHO MERCANTIL

Como ha quedado expuesto, la rama mercantil del derecho nació ante la necesidad de algunas personas llamadas comerciantes de tener un marco de protección legal bajo el cual realizar sus operaciones con mayor seguridad, flexibilidad y sobre todo celeridad, en contraposición con el derecho civil que no les ofrecía tales beneficios. El hecho de que el derecho mercantil surgiera de ésta manera, explica el contenido de todos los conceptos, teorías y tratados acerca de la naturaleza del mismo, algunos de los cuáles a la fecha pueden resultar prácticamente inoperantes, tal como veremos en el desarrollo del presente trabajo, pero al fin y al cabo, aún vigentes en la doctrina del derecho comercial.

La naturaleza del derecho mercantil está directamente relacionada con el concepto de comercio²⁵. Sin embargo, muchas veces lo que sucede en la práctica es distinto a lo que establece la doctrina. Tal es el caso que nos ocupa, ya que no todas las actividades comerciales son reguladas por el derecho mercantil (por ejemplo las actividades de explotación de la tierra son objeto del derecho agrario, aún y cuando tienen un claro fin de lucro), ni todas las áreas reglamentadas por esta rama son económicas (la compra de un yate, por ejemplo, forma parte del comercio marítimo una subrama del derecho mercantil, aun y cuando el mismo sea comprado por un no comerciante a otro y sea destinado para fines de recreo y no de lucro).

A decir del doctrinista Jorge Barrera Graf, el derecho mercantil es lo que la legislación actual considera propio de dicha rama, pero tiene ciertas notas que orientan su creación e interpretación. Esas notas son la intención de lucro de una de las partes que celebran un negocio jurídico, la intermediación del comerciante y la uniformidad de preceptos en el derecho mercantil comparado. No obstante, el mismo profesor Barrera Graf admite que pueden existir actos mercantiles en los que éstas notas no se presenten, algunos ejemplos de este tipo de actos serán expuestos a lo largo de la presente tesis. Por este motivo, Barrera Graf llega a afirmar que "no es posible dar una definición lógica sino apenas hacer una enumeración más o menos sistemática de las materias que ésta disciplina comprende."²⁶ La ausencia de delimitación clara de la materia mercantil, conlleva lógicamente a la aparición de lagunas legales e incertidumbre jurídica, algunas de las cuáles serán expuestas a lo largo de ésta tesis.

Tradicionalmente se considera que la función del derecho mercantil es la de regir los hechos y actos jurídicos celebrados por los comerciantes en contraposición con aquellos celebrados por las personas no comerciantes (o personas del derecho común), que son regulados por el derecho civil.

²⁵ "Comercio es la negociación, trato y tráfico de mercaderías, de dinero con mercantes o mercaderes (Diccionario de Autoridades); la actividad de éstos, como intermediarios, y el intercambio de bienes con el propósito de obtener ganancias." BARRERA GRAF, Jorge. *Instituciones de Derecho Mercantil*, 3ª reimpresión, Porrúa, México, 1999, p.1 y 2.

Esta distinción, no es del todo exacta, ya que, como veremos a lo largo de este trabajo existen actos regulados por la legislación mercantil que son celebrados por un comerciante y una persona del derecho común y también los hay que son celebrados por personas no comerciantes y aún así son regidos por el derecho mercantil. Lo anterior encuentra explicación si recordamos que en la actualidad el sujeto que interviene en el acto jurídico ya no es determinante para asignar la mercantilidad del acto, sino que ahora debemos además tomar en cuenta la naturaleza del acto en sí mismo. Es decir, del derecho subjetivo, en el cual lo único que importaba eran los sujetos que realizaban el acto, se ha ido pasando a un derecho objetivo, en el que lo que más se analiza es la naturaleza del acto, no tanto las personas que lo celebran.

El doctrinista Roberto L. Mantilla Molina da una definición del derecho mercantil en la que se mezclan las ideas antes expuestas, y enuncia que derecho mercantil "es el sistema de normas jurídicas que determinan su campo de aplicación mediante la calificación de mercantiles dada a ciertos actos, regulan éstos y la profesión de quienes se dedican a celebrarlos".²⁷

Es así como podríamos resumir que la naturaleza y función del derecho mercantil es la de regir los siguientes hechos y actos:

- I. Aquellos celebrados por un comerciante en el ejercicio de su profesión.
- II. Los considerados como actos de comercio por la legislación mercantil (enumerados en el artículo 75 del Código de Comercio).

En el desarrollo del presente trabajo veremos como ésta aseveración no es del todo exacta, ya que calificar a un acto como mercantil con base a los anteriores criterios no resulta tan sencillo en la práctica, como parece en la teoría.

²⁶ BARRERA GRAF, *Op cit*; p. 2.

²⁷ MANTILLA MOLINA, *Op cit*; p. 23.

Lo anteriormente expuesto acerca de la naturaleza de las ramas del derecho objeto de nuestro estudio, parece indicar que ambas son diametralmente opuestas entre sí, sin embargo la práctica dice lo contrario, ya que las operaciones comerciales son cada vez más frecuentes y comunes dentro de una sociedad, de tal manera que muchas llegan a mezclarse con las actividades tradicionalmente consideradas como civiles. Aunado a lo anterior "relaciones nacidas y desarrolladas al calor del comercio y del derecho mercantil han pasado después al derecho común. El derecho mercantil no ha sido nunca estrictamente el derecho del comercio y entre el derecho mercantil y el derecho civil se han producido continuamente fenómenos de intercambio de instituciones"²⁸.

²⁸ RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ, Joaquín, *Derecho Mercantil*, 24ª ed; T. I, Porrúa, México, 1999, p.4.

CAPÍTULO III. ACTO DE COMERCIO

Como ya se dijo en los capítulos anteriores, los motivos y los espacios en los que nacen las reglas de derecho civil son diferentes a los motivos y los espacios en que se generan y se perfeccionan las reglas del derecho mercantil, sin embargo, las dos regulaciones rigen la actividad de los individuos que intercambian satisfactores, prestan servicios y en general que contratan entre sí.

En un principio el campo de aplicación del derecho mercantil fue diferenciado del campo de aplicación de las normas del derecho civil en atención a las personas que intervenían en los actos jurídicos, es decir, si el acto lo celebraba un comerciante o lo celebraban entre comerciantes, el acto se regía por las normas mercantiles, cuando lo hacían los particulares "no comerciantes", ese mismo acto se regía por el derecho civil; es decir, existía una visión subjetiva del derecho mercantil y del derecho civil. Vistas así las cosas no representaba ningún problema diferenciar las actividades, consecuencias jurídicas y determinar las normas que habían de regirlas.

En el momento en el que el Código de Comercio Francés de 1808 define a los comerciantes como aquellos que ejercen actos de comercio y decide que los tribunales de comercio conocerán de todos los litigios relativos a los mismos actos, se introduce el concepto objetivo del derecho mercantil, dejando de ser desde ese momento un derecho especial de una clase profesional, para regular ahora no sólo a los comerciantes, sino a todos aquellos individuos que celebren actos de comercio.

Como la afirma el maestro Alfredo Rocco, citado por el profesor Marcos Satanowsky, con la aparición del primero Código de Comercio francés:

Se amplió la aplicación del derecho mercantil a todos los actos de comercio, prescindiendo de la calidad o de la profesión de los autores... Todos los actos de comercio realizados por comerciantes o por no comerciantes están comprendidos en el ámbito de acción del derecho y de las leyes mercantiles, se establece una norma general y absorbente que comprende todos los actos de comercio realizados entre comerciantes, frente a la cual el precepto de que todos los actos de comercio

realizados entre comerciantes están sujetos a la ley mercantil, queda reducido a una norma accesoria, a una simple presunción de comercialidad.²⁹

Bajo la influencia legislativa francesa, la concepción del acto de comercio es el punto de partida de nuestro sistema de derecho mercantil vigente, ya que la ley mercantil en nuestro país será aplicable a un acto cuando este sea calificado como comercial, tal como lo establece el artículo 1° del Código de Comercio, que a la letra dice: "Los actos comerciales solo se regirán por lo dispuesto en este Código y las demás leyes mercantiles aplicables".

El carácter objetivo de nuestra legislación mercantil se confirma de la lectura del artículo 4° del Código de Comercio, que somete a la observancia de la misma a toda persona que celebre actos comerciales aun de manera aislada, al afirmar: "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..."

Sin embargo, no podemos afirmar que nuestro sistema de derecho mercantil siga un sistema puramente objetivo, ya que la figura del comerciante es también regulada por el Código de Comercio, precisamente en el artículo 3°, el que al indicar que es comerciante la persona que hace del comercio su ocupación ordinaria, consagra y regula una clase profesional de personas, apareciendo de nuevo el antiguo sistema subjetivo.

Lo que si podemos afirmar es que el acto de comercio es el presupuesto necesario para la aplicación de las leyes mercantiles, ya sea por realizarse este de manera aislada, o bien por ser celebrado de forma habitual por ciertas personas, pero ¿qué entendemos por acto de comercio?

²⁹ SATANOWSKY, Marcos. *Estudios de Derecho Comercial*, T. I. Tipográfica editora argentina, Buenos Aires, 1968, p. 159. *Apud*

1. LA DEFINICIÓN DE ACTO DE COMERCIO

Al respecto, la mayoría de los autores³⁰ coinciden en que una definición de acto de comercio resulta prácticamente imposible darla, ya que ninguna definición podría abarcarlos todos y cualquiera podría dejar fuera a otros.

En un principio se consideró que el acto de comercio era aquel que tuviera la nota de la especulación, es decir, que el acto fuera realizado con el propósito de obtener una ganancia extra, consistía pues en "la compra y venta de mercancías para revenderlas con ánimo de lucro"³¹.

Pronto se dieron cuenta los doctrinistas que no todos los actos de comercio estaban marcados por este fin (el depósito en un almacén general de depósito con fines de conservación, el hecho de que un comerciante venda por abajo del precio de costo para eliminar a un competidor, lo cual desde luego podría resultar violatorio de la Ley Federal de Competencia Económica, o la constitución por parte del Estado de organizaciones comerciales sin fines de lucro, por ejemplo), toda vez que resulta sumamente difícil encontrar actos jurídicos de intercambio de bienes en los que no exista un beneficio para los contratantes, es decir, el afán de lucro se vuelve intrascendente en virtud de que lo que rige el motivo y el interés de los contratantes, ya comerciantes, ya particulares, es el de la conveniencia de obtener o transmitir los objetos sin que necesariamente el beneficio sea en numerario. Además de lo anterior, dicha intención de especular muchas veces puede ser fácilmente pasada por alto precisamente por tratarse de una intención de carácter interna en los contratantes que puede o no ser exteriorizada (v. gr. la compra de una casa habitación para ser habitada por un tiempo y posteriormente venderse para obtener una ganancia).

ROCCO, Alfredo. *Principios del Derecho Mercantil*. Madrid, 1931, p.25.

³⁰ BARRERA GRAF, Jorge, VAZQUEZ DEL MERCADO, Oscar, MANTILLA MOLINA, Roberto L., VAZQUEZ ARMIÑO, Fernando, TENA RAMÍREZ, Felipe, entre otros.

³¹ ROMERO, José I. *Manual de Derecho Comercial*, Ediciones Depalma, Buenos Aires, 1996, p. 53.

"Cuando también esta teoría se mostró incapaz de comprender todos los actos de comercio, se pretendió para definirlos, utilizar la idea de circulación (Thaller)"³², así el acto de comercio sería aquel que interfiere en la circulación de la riqueza, concepto que tampoco logró abarcar a todos los actos de comercio, ya que deja fuera por ejemplo a los actos de producción y puede abarcar otros tantos que formalmente no son de comercio (como la sucesión *mortis causa* por ejemplo). Así lo afirma Ripert al enunciar lo siguiente: "Las dos ideas –la de la especulación y la de circulación de la riqueza- son en realidad conciliables, pues la especulación nace de la circulación de las riquezas y los comerciantes hacen circular sus bienes para encontrar un beneficio en la operación. Pero estas nociones son demasiado estrechas para englobar toda la esfera de acción del derecho comercial y especialmente la producción industrial"³³.

Rocco por su parte aportó la siguiente definición de acto de comercio: "todo acto que realiza o facilita una interposición en el cambio"³⁴. A decir de Mantilla Molina³⁵, la anterior definición resulta incompatible con el sistema de derecho mercantil mexicano, y es que en este último existen actos de comercio ajenos a la idea de intermediación, tal es el caso de los títulos de crédito, el fideicomiso, la cuenta corriente, el acto de constitución de una sociedad mercantil, por ejemplo. En relación con la teoría de Rocco, Tena Ramírez expresa: "¿Dónde está la intermediación en el que suscribe un pagaré a la orden para asegurar el pago de la cantidad que recibió en mutuo? ¿Cómo atribuir el carácter de intermediario al que, sin ningún propósito de especulación, sin otra mira que la de colocarlos en forma estable y segura, invierte sus ahorros en la compra de acciones u obligaciones mercantiles, o al que adquiere un yate exclusivamente con fines de recreo?"³⁶.

³² MANTILLA MOLINA, *Op cit*, p. 82.

³³ RIPERT, Georges. *Tratado Elemental de Derecho Comercial*, T. I, Tr.: Felipe de Solá Cañizares. Tipográfica Editora Argentina, Buenos Aires, 1954, p. 209.

³⁴ BOLAFFIO, León. ROCCO, Alfredo. VIVANTE, César. *Derecho Comercial*, T. I, Tr.: Delia Viterbo de Frieder y Santiago Sentie Melendo, Edit. Ediar S.A., Buenos Aires, 1947, p. 185.

³⁵ MANTILLA MOLINA, *Op cit*, p. 82.

³⁶ TENA RAMIREZ, *Op cit*, p.113.

Como se puede apreciar, no existe un criterio uniforme de lo que se considera acto de comercio para efectos legales, y siendo este concepto esencial para determinar la aplicación de la ley mercantil, los legisladores de diversos países (Francia, Bélgica, España y la mayoría de los países latinos) pretendieron resolver la problemática utilizando el sistema enunciativo, es decir, realizando una enumeración de los multicitados actos.

2. SISTEMA ENUNCIATIVO DE LA LEGISLACIÓN MERCANTIL MEXICANA

Sin ni siquiera intentar dar una definición de acto de comercio, por resultar prácticamente imposible y quizás además impropio en una ley, el legislador mexicano realizó una enumeración de diversas conductas, actividades, actos y hasta empresas, que como el mismo artículo 75 del Código de Comercio vigente señala: "*se reputan como actos de comercio*", los cuales, deben ser considerados como tales por disposición legal, tengan o no la naturaleza mercantil. Merece especial mención la opinión del profesor Bolaffio en este rubro: "¿Cuál es pues el acto de comercio, la piedra angular de la legislación comercial? Aquel que el legislador ha querido como tal. El declara un acto esencialmente comercial, y no permite ulteriores investigaciones sobre el carácter que al mismo ha impreso"³⁷. En el mismo sentido se manifiesta Cervantes Ahumada al expresar que "el acto de comercio no es una categoría jurídica esencial; la mercantilidad de los actos deriva exclusivamente de la ley, y el legislador puede ser caprichoso y suele serlo."³⁸

Así pues, los actos de comercio en nuestra legislación se encuentran contenidos en las 23 fracciones del muchas veces polémico artículo 75 del Código de Comercio vigente, el que después de realizar la fabricada y artificial enunciación de los mismos, termina con la fracción XXIV que indica que también serán de comercio "cualesquiera otros actos de naturaleza análoga a los expresados en este Código".

³⁷ BOLAFFIO, ROCCO, VIVANTE. *Op cit.* p. 191.

³⁸ CERVANTES AHUMADA, Raúl, *Derecho Mercantil*, 4ª ed; Edit. Herrero, México, 1984. p. 516.

Ante la imposibilidad práctica de enunciar una definición legal del acto de comercio, aunada a la existencia de actos análogos a los mismos, los doctrinistas mexicanos se han dedicado a elaborar diversas clasificaciones de los enumerados en el artículo 75 del Código de Comercio, con el objeto de identificar la esencia y características principales de los mismos, y es que para saber cuáles son los actos análogos, primeramente se debe atender a aquello de lo que deriva la analogía, es decir, a los actos de comercio creados por el legislador. Por todo ello y con el objeto de demostrar la confusión en la que se ve inmersa la doctrina del derecho comercial, en relación con este tema, a continuación expondremos la clasificación de los actos de comercio.

3. CLASIFICACIÓN DE LOS ACTOS DE COMERCIO

Mantilla Molina elabora su clasificación dividiéndolos primeramente en *actos absolutamente mercantiles* y *actos de mercantilidad condicionada*. Los *actos absolutamente mercantiles*, "son aquellos que siempre y necesariamente están regidos por el derecho mercantil"³⁹, y son, según el mismo autor: el reporto, el descuento de crédito en libros, la apertura de crédito, la cuenta corriente, la carta de crédito, el avío o crédito de habilitación, el crédito refaccionario, el fideicomiso, el contrato de seguro, los actos consignados en los títulos de crédito y el acto constitutivo de una sociedad mercantil. Por su parte Tena Ramírez dentro de este tipo de actos encuadra además "las compras y ventas de acciones y obligaciones de las sociedades mercantiles, ... y todos los contratos relativos al comercio marítimo y a la navegación."⁴⁰

Los *actos de mercantilidad condicionada* los divide a su vez Mantilla Molina en *principales* y *accesorios* o *conexos*. Los *actos principales* adquieren su mercantilidad atendiendo a tres factores: al sujeto, al fin o motivo o bien al objeto sobre el que recae el acto.

³⁹ MANTILLA MOLINA. *Op cit*; p. 60.

⁴⁰ TENA RAMIREZ, *Op cit*; p.58.

Los *actos principales en atención al sujeto*, no son, para Mantilla Molina, los celebrados por un comerciante, sino "aquellos que sólo se califican de mercantiles cuando interviene una persona con determinadas características"⁴¹ e incluye dentro de éstos a los señalados en las fracciones XVIII y XXIII del artículo 75 del Código de Comercio, que se refieren a los depósitos en los almacenes generales de depósito y a "la enajenación que el propietario o el cultivador hagan de los productos de su finca o de su cultivo" respectivamente, además de los depósitos bancarios de títulos, los contratos de fianzas efectuados por una institución afianzadora, el factoraje financiero y el arrendamiento financiero.

Dentro de los *actos principales en atención a su fin o motivo*, Mantilla Molina ubica a los enumerados en las fracciones I, II, XIV y de la V a la XI del precepto en estudio, que son las adquisiciones, enajenaciones y alquileres que se hagan con propósito de especulación comercial, las operaciones bancarias y los actos de constitución, realización, desarrollo o liquidación de una empresa.

Los *actos principales por su objeto* son aquellos en los que como su nombre lo indica, el objeto sobre el que recaen determina su carácter mercantil. Mantilla Molina ubica dentro de éstos a "las compras y ventas de porciones, acciones y obligaciones de las sociedades mercantiles", los contratos relativos a los buques y las remesas de dinero de una plaza a otra (fracciones III, XV y XIX del artículo 75).

Cabe resaltar la discrepancia existente entre Mantilla Molina y Tena Ramírez en este rubro, ya que, como lo indicamos anteriormente, Tena Ramírez establece que la compraventa de acciones y obligaciones de una sociedad mercantil son actos absolutamente mercantiles mientras que para Mantilla Molina son actos de mercantilidad condicionada, principales por su objeto.

Los *actos accesorios o conexos*, son aquellos cuya mercantilidad depende de la naturaleza del negocio con el que tengan relación. Mantilla Molina incluye dentro

⁴¹ MANTILLA MOLINA, *Op cit*, p. 74.

éstos a las operaciones de comisión mercantil, las operaciones de mediación, los depósitos por causa de comercio, el préstamo, el transporte, la prenda, la fianza y la hipoteca estos tres últimos cuando son utilizados para garantizar una obligación mercantil. Dentro de este apartado, el tratadista en estudio, afirma que la naturaleza mercantil del negocio relacionado deberá ser siempre probada.

Tena Ramírez⁴², utilizando la clasificación de Arcangelli, divide a los actos de comercio en dos grandes grupos: *actos absolutamente mercantiles* y *actos relativamente comerciales o de mercantilidad relativa*, estos últimos los subdivide además en:

- a) actos que responden a la noción económica de comercio;
- b) actos que dimanen de empresas;
- c) actos practicados por un comerciante en relación con el ejercicio de su industria; y
- d) actos accesorios o conexos a otros mercantiles.

Dentro de los *actos absolutamente mercantiles*, Tena Ramírez ubica los siguientes enumerados en el artículo 75 del Código de Comercio:

1. Las compras y ventas de acciones y obligaciones de las sociedades mercantiles (fracción III);
2. Los contratos relativos a obligaciones del Estado u otros títulos de crédito corrientes en el comercio (fracción IV);
3. Operaciones hechas sobre los certificados de depósito y bonos de prenda (fracción XVII);
4. Cheques y letras de cambio (fracción XIX);
5. Los títulos a la orden o al portador (fracción XX); y
6. Los contratos relativos al comercio marítimo y a la navegación interior y exterior.

⁴² TENA RAMÍREZ, *Op cit*; p. 54.

Con excepción del mencionado en el punto 6 anterior, los actos antes enumerados son considerados por Tena Ramírez como absolutamente mercantiles por tratarse de títulos de crédito, los que por contar con la característica de la autonomía, siempre serán mercantiles sin importar la naturaleza del acto que les haya dado origen. Por tal motivo, no se incluyen dentro de esta clasificación las porciones de las sociedades mercantiles, por no tratarse de títulos de crédito y es que estas representan una participación individual o personal en una sociedad de personas. Por su parte Cervantes Ahumada critica al legislador al opinar que resulta impropio llamar actos a los títulos de crédito, siendo que estos son cosas mercantiles, como lo dispone el artículo 1° de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito.

En cuanto a los contratos del comercio marítimo, estos son incluidos dentro de la clasificación del legislador por circunstancias históricas más que por la naturaleza de los mismos. Los negocios marítimos desde su aparición han sido regulados por el derecho mercantil, en virtud de que en sus principios la navegación era exclusiva de los comerciantes, y las controversias que suscitaba eran resueltas por los tribunales de los comerciantes.

Entre los *actos relativamente comerciales* se ubican a aquellos que van *de acuerdo con la noción económica*, y son los siguientes:

1. Las adquisiciones, enajenaciones y alquileres verificados con propósito de especulación comercial, de mantenimientos, artículos, muebles o mercaderías, sea en estado natural, sea después de trabajados o labrados (fracción I).
2. Las compras y ventas de bienes inmuebles, cuando se hagan con dicho propósito de especulación comercial (fracción II).
3. Las operaciones de los bancos (fracción XIV).

Las fracciones I y II, serán analizadas al estudiar la clasificación de los actos de comercio que propone Rodríguez Rodríguez, mientras que de las operaciones de los bancos podemos decir que son aquellas celebradas por las instituciones de crédito, las cuales están marcadas por el ánimo de lucro, entre las que se encuentran el reporto, la apertura de crédito, el descuento, el depósito, el préstamo, etc. operaciones que tienen el carácter de mercantil para las instituciones bancarias, según lo establecido por el Código de Comercio. No obstante lo anterior ¿qué naturaleza tendrá el acto por el cual una ama de casa, por ejemplo, abre una cuenta de ahorros en una institución bancaria? Este ejemplo entra dentro de los llamados actos mixtos, que son aquellos que tienen carácter civil para una de las partes que lo celebran y mercantil para la otra, los que más adelante comentaremos.

Dentro de los actos relativamente mercantiles *derivados de una empresa*, Tena Ramírez ubica a los enumerados en las fracciones V, VI, VII, VIII, IX, X y XIV del artículo 75 del Código de Comercio, y que son los siguientes:

1. Las empresas de abastecimientos y suministros.
2. Las empresas de construcciones y trabajos públicos y privados.
3. Las empresas de transporte de personas o cosas, por tierra o por agua, y las empresas de turismo.
4. Las librerías y las empresas editoriales y tipográficas.
5. Las empresas de comisiones, de agencias, de oficinas de negocios comerciales y establecimientos de ventas en pública almoneda.
6. Las empresas de espectáculos públicos.
7. Las contratos de seguros hechos por empresas.

Al parecer el legislador en este punto confundió las empresas con los actos, sin embargo la mayor parte de la doctrina⁴³ ha establecido que se debe entender que son actos de comercio los referentes a la constitución, transformación, desarrollo, explotación y liquidación de las empresas enumeradas en las fracciones citadas,

aunque Raul Cervantes Ahumada afirma que el legislador realizó esta enumeración queriendo decir que las empresas y los establecimientos comerciales son cosas mercantiles.

Otra cuestión de difícil determinación en relación a esta enumeración legal de las empresas, es aquella que versa sobre decidir si dicha enumeración es limitativa o solo ejemplificativa, ya que en vista de que el legislador señaló expresamente a ciertas empresas como "actos de comercio", y no incluyó a otras de naturaleza muy similar parecidas a éstas, se podría pensar que el espíritu de la ley fue en el sentido de limitar la aplicación de la ley mercantil a ciertas empresas, sin embargo, la doctrina⁴⁴ ha establecido que "tal enumeración es enunciativa, de tal manera que a virtud de la analogía permitida por la fracción XXIV del art. 75, debe atribuirse carácter mercantil a todas aquellas empresas que reúnan las notas comunes comprendidas en la ley, con lo que el número de empresas se amplía considerablemente."⁴⁵

Los actos relativamente mercantiles *practicados por comerciantes*, a decir de Tena Ramírez, son los siguientes:

1. Las obligaciones de los comerciantes, a no ser que se pruebe que derivan de una causa extraña al comercio (fracción XXI).
2. Las obligaciones entre comerciantes y banqueros, si no son de naturaleza esencialmente civil (fracción XXII).

La calificación mercantil de estos actos la otorga el legislador en función de la persona del comerciante, pero el concepto de comerciante va íntimamente ligado al de acto de comercio, ya que la persona física que haga del comercio su ocupación ordinaria se reputa en derecho comerciante, como lo establece el artículo 3 de nuestro Código de Comercio. Por lo anterior, hace falta saber cuándo los actos que

⁴³ BARRERA GRAF, Jorge, RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ, Joaquín, TENA RAMÍREZ, Felipe de Jesús, VAZQUEZ ARMIÑO, Fernando y VAZQUEZ DEL MERCADO, Oscar.

⁴⁴ BARRERA GRAF, Jorge, MANTILLA MOLINA, Roberto L., RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ, Joaquín, TENA RAMÍREZ, Felipe de Jesús y VAZQUEZ DEL MERCADO, Oscar.

⁴⁵ VAZQUEZ ARMINIO, *Derecho Mercantil*, Porrúa, México, 1977, p.48.

ejecute son comerciales y no parte de su vida civil o "esencialmente civiles", y además determinar si esos actos los realiza habitualmente. Como ya hemos visto, aún no se ha podido establecer que se entiende por actos de comercio, por lo que al final nos encontramos con el mismo problema de interpretación, aunado al hecho previsto por nuestra legislación de que un acto aislado de comercio da la apariencia de comerciante a quien lo realiza y por lo tanto le son aplicables las normas mercantiles, moviéndonos entonces dentro de un círculo vicioso⁴⁶.

La última subdivisión de los actos relativamente mercantiles es aquella que incluye a los *actos accesorios o conexos a actos mercantiles*, siendo los que se señalan a continuación:

1. Las operaciones de comisión mercantil (fracción XII).
2. Las operaciones de mediación en negocios mercantiles (fracción XIII).
3. Los depósitos por causa de comercio (fracción XVII).
4. Los contratos y obligaciones de los empleados de los comerciantes en lo que concierne al comercio del negociante que lo tiene a su servicio (fracción XXII).
5. Las porciones de las sociedades mercantiles (fracción III).

Expresa Tena Ramírez que estos actos adquieren su calidad mercantil en función de otro acto de comercio íntimamente vinculado con los mismos, pero admite que no basta para calificar de mercantil al acto accesorio, el hecho de que sea ejecutado en interés de un acto comercial, sino que se requiere además que el autor del acto principal, sea también quien ejecute o responda del acto accesorio.

Por su parte, Barrera Graf⁴⁷ hace distinguir los actos de comercio en *principales y actos por conexión o por accesión*. Los *actos de comercio principales* pueden ser a su vez en atención al sujeto (por ser celebrados por un comerciante), al objeto (por que el bien sobre el que recaiga el negocio sea una cosa mercantil), a la causa (porque se busque el lucro o la organización o explotación de una empresa) o

⁴⁶ BOLAFFIO, ROCCO, VIVANTE, *Op cit.*, p. 184.

a la forma (porque el negocio adopte una figura comercial –v. gr. sociedades mercantiles-).

Rodríguez Rodríguez, afirma que los actos de comercio enumerados por el legislador en el artículo 75 del Código de Comercio y en las leyes especiales, pueden ubicarse en dos categorías:

- a) actos realizados con el fin de organizar, explotar, traspasar o liquidar una empresa mercantil (fracciones de las V a la XXIII y la fianza).
- b) actos que tengan por objeto cosas mercantiles (fracciones III, IV, XVIII segunda parte, XIX primera parte).

Agrega además que fuera de estas categorías, en las que inicialmente dijo encuadrarían todos los actos de comercio, quedan las compras y ventas de bienes inmuebles y muebles, así como el arrendamiento de estos últimos con ánimo de especulación (fracciones I y II del artículo 75 del Código de Comercio). Al llegar a este punto, el connotado mercantilista se enfrenta al mismo problema que los doctrinistas encontraron al intentar dar el concepto de acto de comercio, y comenta "La compraventa especulativa se basa en un dato psicológico de muy difícil apreciación, máxime cuando también la venta civil lleva el propósito de lucro o ganancia. El único signo externo del propósito de especulación es la existencia de una empresa que se dedique a ello; es decir, cuando la compraventa es un acto de explotación de una empresa".

Si seguimos el criterio propuesto por Rodríguez Rodríguez, entonces la compraventa con ánimo de especulación queda también comprendida dentro de la primera categoría citada, como un acto de explotación de la empresa, y por consiguiente no se logra definir cuando la compraventa será mercantil si la intención de especular permanece oculta, así como tampoco se logra distinguir una

⁴⁷ BARRERA GRAF, *Op cit.*, p. 74.

compraventa civil de una mercantil si fueron celebradas entre personas que no son comerciantes.

Al respecto Tena Ramírez, dejando por el momento de lado la nota subjetiva e interna de la especulación, opina que para considerar a la compraventa como mercantil la intención de especular debe existir en el momento de realizarse la enajenación y no después, ya que de ser así, la adquisición no será mercantil aunque esta vaya seguida de un acto de enajenación que genere una ganancia.

No obstante lo anterior, Tena Ramírez acepta que es imposible encontrar una fórmula segura que sirva para identificar la especulación en una compraventa y por consiguiente para otorgarle el carácter mercantil, por lo que sugiere aplicar además las siguientes reglas:

- a) si es celebrada por comerciantes, la compraventa será mercantil salvo prueba en contrario, en atención a lo dispuesto por las fracciones XX y XXI del artículo 75 del Código de Comercio; quien afirme que el acto es civil deberá probar que este es ajeno al comercio de su autor.
- b) Si la compraventa es efectuada por una persona no comerciante, el acto será civil, salvo prueba en contrario por parte de quien afirme que dicho acto es mercantil.

Además de las anteriores reglas, Tena expresa que para revelar el propósito interno del agente debemos atender a lo siguiente:

Las declaraciones de -las partes-, la naturaleza de las mercancías (que son por lo común objeto de especulación, o impropias del consumo del adquirente), su cantidad excesiva para las presuntas necesidades del mismo, la condición económica y social del comprador; las relaciones de negocios que anteriormente hayan mediado entre las partes; otras adquisiciones de mercancías de la misma especie y de distinta procedencia; la notoriedad de las especulaciones análogas realizadas antes por el mismo comprador; el lugar de contratación; la forma del contrato; el modo de ejecución; et., etc., serán circunstancias que, acompañando de cerca la relación jurídica, el magistrado apreciará soberanamente a efecto de determinar la índole comercial o civil, de la operación de que se trate.⁴⁸

⁴⁸ TENA RAMÍREZ, *Op cit.*: p. 69

En relación a la compraventa de inmuebles, la opinión de Cervantes Ahumada en este caso, es todavía más sorprendente, ya que niega el carácter de mercantil a toda compraventa aislada de inmuebles aunque sea realizada con ánimo de lucro, y dice que solo serán mercantiles aquellas "compraventas realizadas a través de empresas que se dediquen al tráfico de inmuebles".⁴⁹

Debemos observar también el hecho de que nuestro sistema legal tiene como mercantiles a las enajenaciones, adquisiciones y arrendamientos de bienes muebles cuando se realicen con la intención de especular, mientras que tratándose de bienes inmuebles sólo son mercantiles las compras y las ventas que tengan esa misma nota de especulación. De esta forma, nuestro Código de Comercio deja fuera de los actos mercantiles a aquel por el cual una persona da en arrendamiento un departamento para obtener una ganancia y al hecho de adquirir un inmueble por permuta con ánimo de lucro, como ejemplos. Ante este tipo de casos se debe analizar si es factible aplicar el criterio analógico para calificarlos de mercantiles. En este sentido los doctrinistas están divididos, Vivante y Vidari lo afirman mientras que Bolaffio y Tena Ramírez lo niegan: "Si con respecto a los bienes muebles la ley colocó el arrendamiento en la misma línea que la reventa, no es lícito, dentro de la norma excepcional relativa a los inmuebles, crear, mediante una argumentación analógica que supone la insuficiencia de la regla, la misma situación jurídica para los muebles que para los inmuebles, tan sólo porque se trata de operaciones que tienen idéntica finalidad económica"⁵⁰

4. ACTOS MIXTOS

Los actos mixtos, denominados así por la mayor parte de la doctrina⁵¹, son aquellos en los que para una de las partes el acto tiene naturaleza civil y para la otra naturaleza mercantil, lo que constituye una razón más para la realización de este

⁴⁹ CERVANTES AHUMADA, *Op cit.* p. 519.

⁵⁰ *Ibidem.* p. 72, *Apud. Il cod. Di comm.* t. I, part. 1°.

trabajo sobre la unificación de ambos derechos en materia de obligaciones y contratos, ya que muchos de los actos de los comerciantes tienen lugar con otros no comerciantes. Así el derecho mercantil comprende también la actividad del civil, cuando interviene en ella un comerciante, aunque el acto realizado no sea para la parte civil, un acto de comercio.

Al respecto han surgido diversas opiniones, Rodríguez Rodríguez⁵² afirma que el acto mixto debe regularse por el Código de Comercio, mientras que Mantilla Molina difiere y afirma que las obligaciones de la parte para la que el acto no es mercantil deben regirse por la ley civil⁵³, criterio que comparte con Tena Ramírez⁵⁴, mientras que Barrera Graf enuncia únicamente que la solución se dará "al momento que surge un litigio, acontecimiento eventual, excepcional e indeseable."⁵⁵

En relación a estos actos el Código de Comercio en el artículo 1050 establece: "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".

Dicho de otra manera el anterior numeral condena a todos los actos ya sean civiles o ya sean mercantiles, a estar y pasar por la codificación mercantil en el momento que ha surgido una controversia que ha sido llevada a tribunales, sin embargo mientras que el conflicto no tome el carácter judicial, nos encontramos en la incertidumbre jurídica, puesto que la ley no indica la norma reguladora de la relación sustantiva.

⁵¹ BARRERA GRAF, Jorge, DE PINA VARA, Rafael, GARRIGUES, Joaquín, GARO, Francisco J., RIPERT, Georges, RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ, Joaquín, entre otros.

⁵² RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ, Joaquín, *Derecho Mercantil*, 24ª ed; T. I. Porrúa, México, 1999, p. 31.

⁵³ MANTILLA MOLINA, *Op cit*: p. 81.

⁵⁴ TENA RAMÍREZ, *Op cit*: p. 83.

⁵⁵ BARRERA GRAF, *Op cit*: p. 71.

Compartimos en este tema el criterio del profesor argentino Marcos Satanowsky que en relación a la imposibilidad de determinar satisfactoriamente la ley que habrá de regir a un acto mixto, expresa:

Este punto constituye un factor decisivo para la unificación del derecho de las obligaciones y de los contratos y advierte que es necesario orientar la extensión del derecho mercantil a toda la actividad económica de carácter privado. Desde el punto de vista jurídico se sancionaría así una situación de hecho, pues la mayoría de los actos civiles pertenecen hoy a la esfera de la ley y la jurisdicción comercial; la diferencia entre estos actos y los demás similares, regidos por la ley y la jurisdicción civil, sólo consiste en que en estos últimos la otra parte es también un civil. Tal diferenciación no se justifica ni económica ni jurídicamente.⁵⁶

Aunado a todo lo anterior, de lado a los actos de comercio indefinibles y enumerados en la ley, existen actos análogos a estos lo que viene a complicar aún más el problema, ya que no existen reglas para aplicar la analogía. La fracción XXIV del artículo 75 del Código de Comercio que establece que serán de comercio "cualesquiera otros actos de naturaleza análoga a los expresados en este código", deja entrever la imposibilidad del legislador de preveer todos los actos que pudieran tener naturaleza comercial, admitiendo con dicha redacción que pudo haber dejado fuera otros actos que sería conveniente que la ley mercantil regulara. Sin embargo, lo cierto es que la analogía no resuelve el problema, ya que como dijimos ni siquiera se ha establecido aquello de lo que deriva la misma, es decir, el acto de comercio. "El problema de la analogía de los actos de comercio es particularmente arduo y complicado, precisamente por la dificultad de reducir dichos actos a un concepto unitario del que sea dable inferir los principios generales que se apliquen a los casos no previstos."⁵⁷

Como podemos apreciar de lo antes expuesto, en materia de acto de comercio, no existe un criterio uniforme, así como no se ha podido establecer una definición para el acto de comercio, ni siquiera nos hemos puesto de acuerdo en la interpretación de los mismos enumerados por el legislador, "hay una determinación

⁵⁶ SATANOWSKY, *Op cit.*, p.160.

⁵⁷ DE SOLA CAÑIZAREZ, *Op cit.*, p. 113.

legal de la naturaleza de los actos que se explica por razones históricas, pero que hoy parece arbitraria, y todo ello crea una cierta incoherencia."⁵⁸

Todo lo anterior genera una incertidumbre en la aplicación de la ley, ya que si bien el artículo 75 del Código de Comercio en estudio termina con la indicación: "en caso de duda, la naturaleza comercial del acto será fijada por arbitrio judicial", también lo es que dicho enunciado no resuelve de manera práctica el problema de la calificación, ya que atendiendo a este precepto, los gobernados deberemos acudir a los tribunales cada vez que tengamos conflicto de interpretación de un acto a efecto de sean ellos quienes decidan, originándose así una carga innecesaria de trabajo aunada a la falta de rapidez en la resolución de los juicios, que al final deriva en la pérdida de la celeridad en las relaciones comerciales, desapareciendo así la supuesta nota de rapidez por la que nació el derecho mercantil.

Como pudimos observar de lo expuesto en este capítulo, no existe una definición uniforme del acto de comercio, lo cual se explica si tomamos en cuenta que la línea que separa un acto mercantil de un acto civil es en muchas ocasiones tan delgada, que podemos llegar a afirmar que entre los actos civiles y los mercantiles no hay una diferencia esencial, ambos se celebran para hacer nacer una situación jurídica o para extinguirla o modificarla, o bien para transferir la propiedad de una cosa. El acto de comercio típico es una creación del legislador, la evidencia de lo anterior la tenemos en las 23 fracciones del artículo 75 del Código de Comercio antes comentadas. "El derecho comercial vive aún en esta confusión. La Jurisprudencia se muestra vacilante y se entablan debates en los tribunales sobre la competencia. Todo esto es artificial y debería ser más simplificado"⁵⁹

⁵⁸ RIPERT, *Op cit*; p. 10.

CAPÍTULO IV. OBLIGACIONES Y CONTRATOS CIVILES Y MERCANTILES

Como ha quedado establecido en capítulos anteriores, nuestro sistema de derecho mercantil es un sistema basado en los actos de comercio, actos que generan derechos y deberes para las partes que los celebran. La mayor parte de la doctrina⁶⁰ ha establecido que no se puede hablar de una teoría de las obligaciones mercantiles, puesto que estas son un conjunto de escasas normas especiales que derogan las generales establecidas en las compilaciones de leyes sustantivas civiles y que son aplicadas supletoriamente al Código de Comercio. "No existe, en rigor, una teoría general de las obligaciones mercantiles"⁶¹.

Sin embargo y aunque el concepto de obligación es el mismo en ambas materias: "relación entre dos personas, de las cuales, una, llamada deudor, está comprometida a realizar una prestación a favor de otra, llamada acreedor"⁶², hay quien ha intentado construir una definición de la obligación mercantil.

Tal es el caso del profesor Ernesto Gutiérrez y González quien afirma, sin dejar de admitir su arbitrariedad, que la obligación mercantil es "la que se genera por una relación entre personas que deben regir su conducta conforme a lo dispuesto en las leyes mercantiles, o aquella conducta que intrínsecamente la considera la ley como mercantil o comercial sin importar la persona que la realiza"⁶³. Dice además, que aunque en ocasiones resulta difícil distinguir las obligaciones civiles de las mercantiles, sí es posible realizar esta distinción partiendo del concepto de acto de comercio; así en su opinión será mercantil la obligación que derive de un acto de comercio y civil aquella que tenga su origen en un acto civil.

El problema tratado en el capítulo anterior se presenta de nuevo, al no existir un criterio uniforme para la determinación del acto de comercio, tampoco lo puede haber

⁵⁹ RIPERT, *Op cit*; p. 205.

⁶⁰ ARCE GARGOLLO, Javier; DIAZ BRAVO, Arturo; GARRIGUES, Joaquín; VAZQUEZ DEL MERCADO, Oscar; entre otros.

⁶¹ ARCE GARGOLLO, Javier. *Contratos Mercantiles Atípicos*. 6ª ed. Porrúa, México, 1999, p. 12. Apud. Beltrán Sánchez, p. 85.

⁶² GARRIGUES, Joaquín. *Curso de Derecho Mercantil*, T.I. 2ª reimpresión; Porrúa, México, 1987, p. 4.

⁶³ GUTIERREZ Y GONZALEZ, Ernesto. *Derecho de las Obligaciones*, 9ª ed; Porrúa, México, 1993, p. 64.

para diferenciar las obligaciones civiles y las mercantiles, y es que entre unas y otras no hay una diferencia substancial, lo que existe en realidad es una dualidad en su regulación, por regirse tanto por el Código de Comercio como por los Códigos Civiles de la entidades federativas de la República y el Código Civil Federal.

Una relación jurídica entre dos personas, por la que una de ellas está obligada para con la otra a cumplir cierta prestación, siempre lo será de esa manera, independientemente del fin que persiga la prestación, ya sea que las personas sean comerciantes o no y que el acto por el cual se obligan sea catalogado como de comercio, puramente civil o mixto, la esencia de la obligación es la misma. Entre las partes obligadas se generan derechos y obligaciones, naciendo así una relación jurídica que normalmente se pretende cumplir.

Dicho de otra manera, a todo derecho corresponde una obligación y a toda obligación corresponde un derecho y así encontraremos que los elementos de estos derechos y estas obligaciones siempre serán un acreedor, parte activa de la relación, y un deudor, parte pasiva de la relación, y entre los dos una vinculación llamada relación jurídica.

Sin embargo, estos derechos, ya reales, ya personales o de crédito, a través de obligaciones simples o complejas, de las obligaciones reales, de las personales de las naturales, de las alternativas, de las solidarias, de las mancomunadas, de las indivisibles, de las conjuntivas y de las facultativas, en la mayoría de los casos siempre terminarán siendo parte de un contrato, como los regulados por el derecho civil o los determinados en nuestro Código de Comercio, que estudiaremos más adelante.

En todos los casos las obligaciones serán de dar, de hacer o de no hacer, siempre serán estas conductas el objeto directo de los contratos y siempre habrá una contraprestación, es decir, en todo acto jurídico existe una contraprestación

beneficiosa al menos para una de las partes, que lleva indefectiblemente al acto a una conveniencia y beneficio para las partes.

Por donde analicemos las relaciones entre los particulares, comerciantes o no, el hecho es que el derecho al regular al acto y al objeto de intercambio y de la contraprestación, ha unificado el cumplimiento de las obligaciones en un mismo orden de cosas y solo ha sido la ley positiva la que todavía se resiste a esta realidad. Y es que, como decíamos, en nuestro derecho, existe una dualidad en la reglamentación de las obligaciones, precisamente por estar reguladas tanto en el Código de Comercio como en los Códigos Civiles de la República y el supletorio a la materia mercantil, el Código Civil Federal.

1. OBLIGACIONES CIVILES

Es en vista de esa dualidad reglamentaria, que dividimos este estudio para hablar primeramente de las obligaciones contenidas en el Código Civil Federal, el que en su libro cuarto en los artículos que van del 1792 al 2223 señala las fuentes, modalidades, transmisión, efectos y extinción de las mismas.

Las fuentes de las obligaciones, como lo señala el título primero del libro cuarto del ordenamiento citado, son el contrato, la declaración unilateral de la voluntad, el enriquecimiento ilegítimo, la gestión de negocios, los actos ilícitos y el riesgo profesional.

La ley sustantiva civil federal nos da la definición de contrato al decir que es aquel convenio que produce o transfiere obligaciones y derechos, y además regula en relación al mismo la capacidad, la representación, el consentimiento y sus vicios, el objeto, el motivo o fin, la forma, su división, las cláusulas que puede contener, la interpretación y las disposiciones finales que enuncian que los contratos que no estén regulados en el Código se rigen por las reglas generales y las estipulaciones

de las partes, y en lo que estas sean omisas se aplican las normas del contrato reglamentado con el que tengan más analogía, y establece además que las disposiciones legales sobre contratos son aplicables a todos los convenios y otros actos jurídicos, en lo que no se opongan a las reglas especiales o a la naturaleza de los mismos.

Establece además como requisitos de existencia de los contratos el consentimiento y el objeto, y de validez la capacidad, la forma, la ausencia de vicios y la licitud en su objeto, motivo o fin.

Las obligaciones pueden también presentar diversas modalidades y ser así condicionales, a plazo, conjuntivas, alternativas, mancomunadas, de dar, de hacer o de no hacer.

Para la transmisión de las mismas, nuestro código señala la cesión de derechos, la cesión de deudas y la subrogación, mientras que para su extinción contempla la compensación, la confusión de derechos, la remisión de deuda y la novación.

El Código Civil Federal contempla además los efectos que producen las obligaciones al regular el pago, el ofrecimiento del mismo, la consignación, el incumplimiento, la simulación y los actos celebrados en fraude de acreedores.

Como podemos observar, las obligaciones se encuentran ampliamente reguladas en nuestro Código Civil Federal, motivo por el cual han sido declaradas como de aplicación supletoria por el legislador mercantil, y es que, a diferencia de las mercantiles, las civiles incluyen una gran cantidad de normas útiles para la interpretación de los contratos y demás actos jurídicos celebrados entre los individuos, aquí sin distinguir entre los comerciantes y los que no lo son, puesto que las disposiciones civiles en materia de obligaciones y contratos, se aplican a todos

los actos celebrados entre particulares, tanto si actúan estos como comerciantes tanto si lo hacen dentro de su esfera esencialmente civil.

2. OBLIGACIONES MERCANTILES

El concepto de obligación mercantil, como dijimos, es el mismo que el de obligación civil y tampoco existe un sistema de derecho de las obligaciones civiles distinto al de las obligaciones mercantiles. Estas se encuentran reguladas en el capítulo II del Código de Comercio, titulado *De los contratos mercantiles en general*, el que contiene diversas reglas aplicables a los contratos, convenios y demás actos mercantiles en sus escasos 12 artículos que van del 77 al 88, que analizaremos y confrontaremos a continuación.

2.1. "Artículo 77.- Las convenciones ilícitas no producen obligación ni acción, aunque recaigan sobre operaciones de comercio."

Este artículo, copiado del código de comercio español, es correlativo al 2225 del Código Civil Federal que a la letra dice: "La ilicitud en el objeto, en el fin o en la condición del acto, produce su nulidad, ya absoluta, ya relativa, según lo disponga la ley."

Aunque en un principio se pudiera pensar que este precepto constituye una excepción a los principios del derecho común, ya que no habla de nulidad absoluta ni de nulidad relativa, y pudiera parecer indicar que un acto mercantil ilícito, contrario a lo que sucede con un acto civil afectado de nulidad por ilicitud, no surtirá efectos jurídicos entre las partes ni generará el derecho subjetivo de la acción, lo cierto es que no aporta novedad alguna, y es que para efecto de determinar si una convención mercantil es ilícita, es necesario acudir a las normas supletorias, es decir a las del derecho civil.

Lo anterior de acuerdo a lo que señala el artículo 81 del Código de Comercio que afirma que, salvo las modificaciones y restricciones del Código de Comercio, serán aplicables a los actos mercantiles las disposiciones del derecho civil acerca de las excepciones y causa que invalidan los contratos, entre las que encontramos las referentes a la teoría de las nulidades y puesto que el Código de Comercio no señala reglas adicionales referentes a la ilicitud de los contratos, será necesario remitirnos a las normas contenidas en el Código Civil, para efecto de determinar qué considera la ley como ilícito y al final la causa por la cual se considera ilícita tal convención, ya sea por que esa ilicitud recaiga sobre su objeto, motivo o fin (artículo 1795 f. III Código Civil Federal), o bien por contemplar un objeto contrario a las leyes de orden público o a las buenas costumbres (artículo 1830 Código Civil Federal).

Pudiera pensarse también, intentado encontrar una razón de existencia para el artículo en comento, que lo que el legislador pretendió al redactarlo fue, esforzándose por cuidar la nota de agilidad característica de la materia mercantil, evitar litigios innecesarios ante un acto que al final no produciría sus efectos jurídicos o bien estos deberían retrotraerse por derivar de un acto contrario la ley. Pero ¿cómo se conseguiría entonces determinar que una convención es ilícita si no es acudiendo ante la autoridad jurisdiccional competente para que lo declare? Aunque nos encontráramos en el caso de que esta autoridad decretara, en base al artículo 77, improcedente el juicio en virtud de que la convención no produce acción por ser ilícita, aun así ya se habrá tenido que acudir a los tribunales para que se reconociera este hecho. Por lo que tampoco este razonamiento resulta justificante de la existencia de este precepto.

Por otro lado, ¿cómo se puede evitar que un acto ilícito produzca obligaciones entre las partes contratantes si estas desconocen que lo han hecho contrario a la ley o a las buenas costumbres? Los efectos jurídicos de un acto ilícito inevitablemente y de hecho nacerán, aun en contra de lo señalado por el artículo 77 del Código de Comercio y permanecerán hasta en tanto no se declare la ilegalidad del acto.

Este artículo, pues, "es inútil, porque el derecho común de las obligaciones ha sustentado siempre, de acuerdo con la conciencia universal de todos los pueblos más o menos cultos, la absoluta y radical ineficacia de todo pacto prohibido por la moral o por la ley. No encierra, pues, el artículo 77 ninguna derogación ni ninguna novedad respecto a lo que el derecho común tienen en esta materia perfectamente establecido."⁶⁴

2.2. *"Artículo 78.- En las convenciones mercantiles cada uno se obliga en la manera y términos que aparezca que quiso obligarse, sin que la validez del acto comercial dependa de la observancia de formalidades o requisitos determinados."*

Esta disposición es idéntica a la contenida en el artículo 1832 del Código Civil Federal, con la salvedad de que en este se habla de "contratos civiles" y no de "convenciones mercantiles", y de "contrato" en lugar de "acto comercial".

Lo anterior es un reflejo de la forzada división que se ha querido preservar aun por encima de la realidad, entre las dos ramas de derecho privado de las que hablamos, y es que debemos entender que una es la ley positiva y otra la realidad de hecho que debería ser objeto de regulación por el derecho, lo cual, obviamente no sucede siempre, y es que las relaciones entre los particulares no siempre encuentran su solución en las leyes, viéndose obligados a ser ellos quienes se adaptan a estas, y no al revés como debiera suceder.

Este artículo es un claro ejemplo de la discrepancia existente entre la ley comercial y la realidad. Como lo afirma el profesor Arturo Díaz Bravo⁶⁵, el precepto ha venido a ser letra muerta, y es que dentro de las excepciones a las formalidades documentales de la práctica, sólo caben las compraventas en una tienda de abarrotes.

Es en verdad impresionante el moderno documentalismo mercantil, que campea sin obstáculo alguno en todas las manifestaciones de la actividad comercial y abarca desde los simples y pequeños boletos, billetes, fichas o contraseñas como requisito

⁶⁴ TENA RAMIREZ, *Op cit*, p. 265.

⁶⁵ DIAZ BRAVO, Arturo, *Contratos Mercantiles*, 4ª ed: Harla, México, 1994.

sine qua non para abordar el metro o viajar en un autobús urbano, hasta la prolija complejidad de un contrato de transferencia de tecnología; en todo caso, la carencia del documento coloca prácticamente al acreedor en la imposibilidad de reclamar su derecho.⁶⁶

En efecto, el numeral 78 parece indicarnos que en atención al dinamismo de las operaciones comerciales, dentro de estas impera la total libertad contractual, sin embargo veamos el siguiente artículo.

2.3. "Artículo 79.- Se exceptuarán de lo dispuesto en el artículo que precede:

- I. *Los contratos que con arreglo a este código u otras leyes deban reducirse a escritura o requieran formas o solemnidades necesarias para su eficacia; y*
- II. *Los contratos celebrados en país extranjero en que la ley exige escrituras, formas o solemnidades determinadas para su validez, aunque no las exija la ley mexicana. En uno y otro caso, los contratos que no llenen las circunstancias respectivamente requeridas, no producirán obligación ni acción en juicio."*

Este precepto es sin duda notoriamente contradictorio a los principios del derecho mercantil, el que recordemos nació con la intención de ser un derecho dinámico, rápido, menos formal y ágil, en contraposición del derecho civil que parecía en ese entonces demasiado rígido y formalista.

Sin embargo, la disposición contenida en el artículo del Código de Comercio antes transcrito, niega a quien celebra un acto mercantil carente de forma legal, toda posibilidad de hacerlo valer ante tribunales, dicho de otra forma, ese acto será igual a la nada. Lo cual, como dijimos, visiblemente va en contra de los principios del derecho mercantil, porque ¿cómo es posible que siendo éste un conjunto de normas supuestamente menos formales que las del derecho civil, exijan para la existencia de ciertos actos una determinada forma de validez y ejecución?, ¿dónde queda entonces el dinamismo de las operaciones comerciales si cuando la ley exija la forma

⁶⁶ *Ibidem*, p. 33

escrita para celebrarlas, de no hacerlo así las mismas no tendrán efecto alguno? Como lo afirma el doctrinista Rafael De Pina: el "principio ideal de la legislación mercantil, que proclama la libertad de forma, va perdiendo cada día eficacia real, ya que se observan frecuentemente, impuestas por la ley, exigencias formales, en beneficio de la certeza y seguridad jurídicas."⁶⁷

Prueba de lo anterior, son los siguientes criterios de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, en los que se establece que no obstante lo dispuesto por el artículo 78 del Código de Comercio, diversas operaciones mercantiles en la práctica y experiencia de la vida diaria, se encuentran sujetas de manera sustancial a las mismas formalidades establecidas para las operaciones consideradas como puramente civiles.

COMISION MERCANTIL.- De los términos literales del Código de Comercio, se desprende que no hay acción ni obligación en juicio, mientras no se llena la formalidad de la obligación que tiene el comisionista de demandar al comitente la ratificación del contrato, pues dados los términos del artículo 79 de dicho código, no puede fundarse una demanda del comisionista, en el simple contrato verbal de comisión, ya que la falta de ratificación escrita, no confiere acción alguna.

Ferreiro, Francisco. Pág. 3349. Tomo LXXVIII. 1943

CONTRATO MERCANTIL. SU PRUEBA.- No existe celebrado entre las partes un contrato mercantil de asociación en participación, si ambas admitieron que lo convenido fue verbal sin revestir forma escrita alguna, ya que un contrato de esta naturaleza, por disposición expresa de la Ley de Sociedades Mercantiles (artículo 254), debe constar por escrito, y la falta de forma requerida en el caso implica una excepción legal de consentimiento válido por sí mismo, y hace que no pueda admitirse como tal, y tampoco tienen aplicación el caso de los artículos 2° y 4° de la misma ley, porque se refieren, exclusivamente a las sociedades mercantiles que la misma reconoce entre las que no se encuentra comprendida la asociación en participación, ya que no es tal, estrictu sensu, como lo revelan las diferencias tan importantes como la carencia de personalidad jurídica, distinta de la de sus socios, y la no formación de un fondo común con las aportaciones, puesto que se transmiten a una de las partes, al asociante, que obra en nombre propio. Además, aun cuando en las convenciones mercantiles, cada uno de obliga en la manera y términos que aparezca que quiso obligarse, sin que la validez del acto comercial depende de la observancia de formalidades determinadas, la norma tiene excepciones y cuando un contrato deba constar por escrito, con arreglo a la ley, si no se satisface tal requisito, no producirá obligación ni acción en juicio.

Guerra de Mejía Delfina. Tomo CXXIII. Pág. 1877. 1954.

⁶⁷ DE PINA VARA, Rafael. *Elementos de Derecho Mercantil Mexicano*, 23ª ed; Porrúa, México, 1992, p. 196.

"¿Qué queda, pues, en pie del principio tan enfáticamente proclamado por el artículo 78? ¿Qué alcance, qué significado práctico puede tener tal artículo en presencia del que inmediatamente le sigue? Absolutamente ninguno, como no sea el de patentizar bien a las claras la reprensible ligereza y descuido, que no la ignorancia, con que los redactores del código desempeñaron su grave cometido?"⁶⁸

2.4. *"Artículo 80.- Los convenios y contratos mercantiles que se celebren por correspondencia, telégrafo, o mediante el uso de medios electrónicos, ópticos o de cualquier otra tecnología, quedarán perfeccionados desde que se reciba la aceptación de la propuesta o las condiciones con que ésta fuere modificada."*

Recientemente modificado, en el mes de mayo del año 2000, este artículo da cabida a la teoría de la recepción para la formación del consentimiento entre las partes, a diferencia de la redacción anterior que seguía la teoría de la expedición, que a decir de Gutiérrez y González se justificaba por requerir la materia mercantil "una mayor celeridad en sus instituciones".⁶⁹

La teoría de la recepción afirma que un contrato celebrado entre no presentes, queda perfeccionado en el momento que el peticitante recibe la aceptación de su oferta, es decir, desde el momento en que la respuesta del aceptante se encuentra a su disposición.

De esta forma, la disposición anterior ha quedado en el mismo sentido que las normas civiles, aunque siempre estas mejor y más ampliamente reguladas, que en lo conducente señalan precisamente en el artículo 1807 del Código Civil Federal: "El contrato se forma en el momento en que el proponente reciba la aceptación..."

El Código Civil Federal señala además que el oferente queda desligado de la oferta si la aceptación no se hace inmediatamente en el caso de que esta sea hecha por teléfono o a través de cualquier otro medio electrónico, óptico o de cualquier otra

⁶⁸ DIAZ BRAVO, *Op cit*; p. 267

tecnología que permita la expresión de la oferta y la aceptación de ésta en forma inmediata (artículo 1805). Para el caso de la oferta hecha por correo establece que el autor de la oferta queda ligado durante tres días, además del tiempo necesario para la ida y vuelta regular del correo público (artículo 1806).

En el caso de los contratos celebrados por telégrafo, las normas del derecho supletorio establecen que estos producirán efectos "si los contratos con anterioridad habían estipulado por escrito esta manera de contratar, y si los originales de los respectivos telegramas contienen las firmas de los contratantes y los signos convencionales establecidos entre ellos." (artículo 1811 del Código Civil Federal). Una norma idéntica establecía la segunda parte del artículo 80 en comentario, la que ya no fue incluida al reformar dicho numeral. Norma que a decir de Tena Ramírez, resultaba contraria a la costumbre universalmente observada por los comerciantes al utilizar el telégrafo como un medio común para celebrar sus operaciones, y al respecto afirmaba: "Felizmente ha sucedido con este mandato absurdo, lo que con todos aquellos que desconocen las exigencias de la vida: nadie los toma en cuenta, y los hombres continúan siendo conducidos, no por lirismos irrealistas de legislaciones inconsultas, sino por la fuerza incontrastable de necesidades positivas."⁷⁰

Desconocemos si de esta situación se percató el legislador y fue lo que lo llevó a decidir ya no incluir esta norma dentro del cuerpo de leyes mercantiles, sin embargo, al estar contenida aun dentro del Código Civil, es susceptible de aplicarse a la materia mercantil (lo cual es opinable dada la reciente reforma) de acuerdo a lo establecido por el artículo 2° segundo del Código de Comercio que comentaremos a continuación.

2.5. "Artículo 81.- Con las modificaciones y restricciones de este código serán aplicables a los actos mercantiles las disposiciones del derecho civil acerca de la

⁷⁰ GUTIERREZ Y GONZALEZ, *Op cit*, p. 268

⁷¹ TENA RAMIREZ, *Op cit*, p. 275

capacidad de los contrayentes y de las excepciones y causas que rescinden o invalidan los contratos."

Este precepto se encuentra estrechamente relacionado con el artículo 2° del mismo cuerpo de leyes en estudio, que establece "*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.*" Este artículo señala la supletoriedad de las normas civiles sobre las mercantiles, a diferencia del numeral 81 en comento, por el cual se tienen por integradas al Código de Comercio las disposiciones del derecho civil en relación a la capacidad de los contrayentes y a las excepciones y causas que rescinden o invalidan los contratos.

En virtud de los anteriores preceptos, en relación a la formación de los contratos se aplican las mismas normas generales que en materia civil. Así sucede por lo que se refiere a los elementos esenciales del contrato: el consentimiento y el objeto.

En el mismo sentido se expresa Arce Gargollo al afirmar que "aunque el artículo 81 del C. de c. transcrito sólo habla de supletoriedad respecto a la capacidad de los contratantes (no contrayentes) y a las ineficacias, resultan aplicables al contrato mercantil todas las disposiciones generales sobre el contrato para cualquier acto o negocio jurídico."⁷¹

De acuerdo con las reglas generales de la supletoriedad, esta debe ser utilizada por la ley cuando la misma no prevea de modo expreso una figura jurídica o bien lo haga deficientemente o de forma incompleta, lo anterior de acuerdo a lo establecido por los siguientes criterios de la Suprema Corte de Justicia de la Nación:

SUPLETORIEDAD DE LAS NORMAS. CUANDO OPERA.

⁷¹ ARCE GARGOLLO, *Op cit*, p. 33.

Tipo de Documento: JURISPRUDENCIA Clave de Publicación: I.6o.A. J/28
 Clave de Control Asignada por SCJN: TC016124 ADJ
 Sala o Tribunal emisor: Tribunales Colegiados de Circuito - 8va. Época - Materia:
 Administrativa
 Fuente de Publicación : Gaceta del Semanario Judicial de la Federación
 Volumen: 60, Diciembre de 1992 Página: 45

La supletoriedad de las normas opera cuando, existiendo una figura jurídica en un ordenamiento legal, ésta no se encuentra regulada en forma clara y precisa, sino que es necesario acudir a otro cuerpo de leyes para determinar sus particularidades.

SEXTO TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA ADMINISTRATIVA DEL PRIMER CIRCUITO.

Tipo de Documento: TESIS AISLADA Clave de Publicación: No Asignada
 Clave de Control Asignada por SCJN: TC013053 AKO
 Sala o Tribunal emisor: Tribunales Colegiados de Circuito - 8va. Época - Materia:
 Común
 Fuente de Publicación : Semanario Judicial de la Federación
 Volumen: VII-Mayo Página: 305

La supletoriedad sólo se aplica para integrar una omisión en la ley o para interpretar sus disposiciones en forma que se integre con principios generales contenidos en otras leyes. Cuando la referencia de una ley a otra es expresa, debe entenderse que la aplicación de la supletoria se hará en los supuestos no contemplados por la primera ley que la complementará ante posibles omisiones o para la interpretación de sus disposiciones. Por ello, la referencia a leyes supletorias es la determinación de las fuentes a las cuales una ley acudirá para deducir sus principios y subsanar sus omisiones. La supletoriedad expresa debe considerarse en los términos que la legislación lo establece. ...

TERCER TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA ADMINISTRATIVA DEL PRIMER CIRCUITO.

De la misma forma, la Suprema Corte ha establecido que para que exista supletoriedad de normas, deben existir como requisito los siguientes elementos:

1. Que el ordenamiento que se pretenda suplir lo admita expresamente, y señale el estatuto supletorio.
2. Que el ordenamiento objeto de supletoriedad prevea la institución jurídica de que se trate.
3. Que no obstante esa previsión, las normas existentes en tal cuerpo jurídico sean insuficientes para su aplicación a la situación concreta presentada, por carencia total o parcial de la reglamentación necesaria.

4. Que las disposiciones o principios con los que se vaya a llenar la deficiencia no contraríen, de algún modo, las bases esenciales del sistema legal de sustentación de la institución suplida.⁷²

Así, en virtud de este numeral le son aplicables a un comerciante, disposiciones de la esfera del derecho civil tan trascendentales en su vida jurídica como lo son la capacidad y las causales de invalidez de sus actos. Es así como "la reglamentación jurídica de las relaciones comerciales como relaciones privadas, hay que buscarlas siempre en el derecho civil ... que regula todas las categorías de las relaciones privadas y, por ende, la de las relaciones mercantiles."⁷³ Siendo de esta forma ¿qué sentido tiene entonces seguir manteniendo una duplicidad en las obligaciones, si normas tan importantes como éstas se aplican indistintamente tanto a comerciantes como a particulares no comerciantes?

Lo señalado en el artículo 81 es una prueba de la deficiente regulación que presentan las obligaciones en el Código de Comercio, bien como resultado de una actitud omisa del legislador al no entrar a la elaboración de normas especiales para las obligaciones mercantiles, o bien, es simplemente el reconocimiento de una realidad: entre las obligaciones civiles y las mercantiles no existe una diferencia sustancial.

2.6. *"Artículo 82.- Los contratos en que intervengan corredores quedarán perfeccionados cuando los contratantes firmaren la correspondiente minuta de la manera prescrita en el título respectivo."*

Este es otro artículo que sobra ya dentro de nuestro Código de Comercio. En primer lugar, porque como mencionamos en el segundo capítulo de este trabajo, el 29 de diciembre de 1992 se publicó en el Diario Oficial de la Federación la Ley Federal de Correduría Pública, la cual reglamenta la función, obligaciones y demás

72. CUARTO TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA CIVIL DEL TERCER CIRCUITO. JURISPRUDENCIA. Clave de Publicación: I.4o.C. J/58, 8va. Época. Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Volumen 76, Abril de 1994, p. 33.

⁷³ TENA RAMÍREZ, *Op cit*: p. 118. *Apud*. ROCCO, Alfredo. *Principii di Diritto Commerciale*, Parte General, Turin, 1928, p. 58.

disposiciones relativas a los corredores públicos. En segundo lugar, el hecho de que en un contrato intervenga un corredor, no es motivo suficiente para considerar que dicho contrato quedará perfeccionado hasta que se firme la minuta respectiva. Lo anterior es porque los corredores, en su papel de mediadores y consejeros de las partes contratantes, pueden intervenir en un acto aún y sin autorizar una póliza, puesto que las partes pueden decidir al final de la negociación celebrar un contrato sin elevarlo definitivamente o por el momento a un instrumento público.

De los códigos europeos que conocemos, sólo dos se han ocupado en este punto, y no han seguido el criterio, un tanto extraño, del nuestro: el español y el portugués. Según ellos, el contrato se perfecciona, conforme al principio general, cuando el consentimiento se realiza ... bien está que se requiera el otorgamiento de la póliza, como una obligación impuesta al corredor, ... pero no como una formalidad exigida para la subsistencia del convenio, sino como un medio que en todo caso lo afiance y asegure, ya que el comercio no quiere largos litigios ocasionados por falta de pruebas expeditas.⁷⁴

2.7. "Artículo 83.- Las obligaciones que no tuvieren término prefijado por las partes o por las disposiciones de este código serán exigibles a los diez días después de contraídas, si sólo produjeran acción ordinaria, y al día inmediato si llevaren aparejada ejecución."

Este precepto, junto con los artículos 84, 85, 86 y 87 siguientes, constituyen la escasa reglamentación en materia mercantil en cuanto a modalidades de las obligaciones y las contadas excepciones a las reglas generales establecidas en el código civil.

Su correlativo, el artículo 2080 del Código Civil Federal, señala los términos para el cumplimiento de obligaciones en las que no se hubiese establecido plazo para el mismo. Al igual que el numeral mercantil en estudio, distingue entre dos clases de obligaciones, sin embargo, lo hace considerando la naturaleza de las mismas, es decir, distinguiéndolas entre obligaciones de dar y obligaciones de hacer.

⁷⁴ *Ibidem*, p. 276.

Así establece que las obligaciones de dar serán exigibles a partir de los treinta días siguientes a la interpelación hecha por el acreedor, mientras que las de hacer, su cumplimiento deberá efectuarse en el momento que lo exija el acreedor, en ambos casos una vez transcurrido el tiempo necesario para dicho cumplimiento.

Por el contrario, el Código de Comercio, sin un razonamiento lógico jurídico, puesto que lo hace en base a un criterio y calificación procesal, distingue para el cumplimiento de las obligaciones sin plazo, entre aquellas que traen aparejada ejecución y las que producen acción ordinaria. El plazo para el cumplimiento de una obligación poco o nada tiene que ver con el cumplimiento de la misma. La existencia de acciones ejecutivas y por otro lado ordinarias, buscan el hacer efectiva una obligación cuando ya se ha incumplido con esta. Por tal razón no se puede entender la intención que el legislador tuvo al señalar que las obligaciones de las que derive una acción ejecutiva, deban exigirse en un tiempo menor que aquellas con acción ordinaria, si en ambos casos al momento de ejercitar la acción, ya se habrá incurrido en el incumplimiento de la misma obligación.

¿En qué plazo podrá ser exigible un contrato, de compraventa a plazos como ejemplo, en el que no se pactó término, y fue documentado el adeudo con diversos pagarés? Si atendemos al precepto en comento podríamos exigir su cumplimiento al día inmediato en virtud de que los pagarés son títulos de crédito que traen aparejada ejecución, sin embargo, en razón de la acción ordinaria que produce el contrato de compraventa este sería exigible a los diez días de celebrado.

"El criterio diferencial del artículo 83 es arbitrario; no nace de la naturaleza de las cosas, ni lo justifica tampoco ninguna conveniencia práctica; es extraño a los fines jurídicos de la división de las acciones en ejecutivas y ordinarias"⁷⁵

2.8. *"Artículo 84.- En los contratos mercantiles no se reconocerán términos de gracia o cortesía, y en todos los cómputos de días, meses y años, se entenderán: el día, de*

⁷⁵ *Ibidem* p 277.

veinticuatro horas; los meses, según están designados en el calendario gregoriano, y el año, de trescientos sesenta y cinco días."

Este artículo está copiado del numeral 61 Código Civil español, el que fue dictado con el objeto de evitar las dilaciones extracontractuales que permitían las Ordenanzas de Bilbao que estuvieron vigentes en México y que expresaban: "Las letras libradas a dos o cuatro días vista o fecha, sin que traigan la expresión de sin más término o prefijo, tendrán solamente ocho días de cortesía contados en la forma prevenida en el número precedente; esto es, desde el día inmediato al de la aceptación o fecha de la misma letra, según fuere librada".⁷⁶ También prevenían otros términos corteses que variaban, según el lugar de vencimiento y procedencia para las letras, entre ocho y veinte días.

El numeral en comento deroga lo dispuesto por los artículos 404 y 405 del Código Federal de Procedimientos Civiles, los que establecen la facultad del juez para otorgar un término de gracia a todo aquel que se allane ante una demanda. La Suprema Corte de Justicia de la Nación, se ha pronunciado en el sentido de que dichos numerales civiles no son susceptibles de aplicarse en materia mercantil. Así afirma que el numeral en comento "rige también para los juicios mercantiles, pues debe tenerse en cuenta el principio establecido por la Ley Mercantil en este precepto, no se refiere solamente al momento de la celebración del contrato, sino también a la exigibilidad de las obligaciones derivadas del mismo."⁷⁷

A mayor abundamiento citamos la siguiente jurisprudencia:

PLAZO DE GRACIA. ES IMPROCEDENTE EN MATERIA MERCANTIL. El artículo 84 del Código de Comercio dispone que en los contratos mercantiles no se reconocerán términos de gracia o cortesía, y de su texto no se desprende ninguna limitación por la que deban ser excluidos los casos en que el cumplimiento de las obligaciones derivadas de los contratos mercantiles sea consecuencia de una sentencia, sino que comprende todos los casos en general; en esa situación, carece de fundamento la pretensión relativa a que, cuando se trata de un pago que se efectúa con motivo de

⁷⁶ *Ibidem*, p. 278.

⁷⁷ TRIBUNALES COLEGIADOS DE CIRCUITO. A.D. 2540/69 Luis Arcos Garduño. 19 de noviembre de 1970. 5 votos. Ponente: Rafael Rojina Villegas, Tercera Sala. Semanario Judicial de la Federación, séptima época, vol. 23, cuarta parte, p. 43.

una sentencia, se debe estar supletoriamente a lo dispuesto por el artículo 404 del Código de Procedimientos Civiles y no a lo establecido por el mencionado artículo 84 del Código de Comercio. Tanto más que, en principio, la naturaleza del juicio mercantil, en el que se impone la condena al pago de las costas, pugna con las características del juicio civil, en el que el demandado confiesa la demanda y pide al juez que le de un plazo mayor para pagar y que no lo condene en costas o le rebaje tales costas, porque en materia mercantil, todo es más estricto. Si en un juicio mercantil el demandado confiesa la demanda y pide un término prudente para pagar un documento mercantil ya vencido o pide no se le condene en costas, plantearía una situación inadmisibles, ya que si el referido artículo 84 del Código de Comercio dispone que en contratos mercantiles no se reconocerán términos de gracia y cortesía, con mayor razón no deben reconocerse cuando el cumplimiento de las obligaciones derivadas de los contratos mercantiles sea consecuencia de una sentencia, porque sin en lo voluntario, no hay esa clase de términos, en lo impuesto por una condena judicial, menos lo hay.

A.D. 8191/68. Isla de Mujeres, S.A. y coag. 31 de julio de 1969. 5 votos. Ponente: Mariano Ramírez Vázquez.

TRIBUNALES COLEGIADOS DE CIRCUITO

Semanario Judicial de la Federación. Séptima Época. Tomo: 14 Sexta Parte. Pág. 31.

Resulta claro que este artículo fue dictado para evitar dilaciones procesales y con el objeto de garantizar "la rapidez y seguridad de las relaciones mercantiles, puesto que el comercio no permite ... la dilación en el cumplimiento de las obligaciones"⁷⁸, sin embargo la realidad es muy distinta a lo plasmado en la norma, lo que se refleja en las conductas inadecuadas por parte de algunos litigantes u abogados. Dentro de un juicio mercantil, aunque no se otorgue un plazo de cortesía al demandado para que cumpla con la sentencia, como sucede dentro de los juicios civiles, lo cierto es que el demandado, si lo que pretende o busca es dilatar aún más el cumplimiento de sus obligaciones, utiliza otros medios procesales para hacerlo, tales como los recursos de revocación, de aclaración, de apelación, etc. Esto si consideramos las formas apegadas a derecho para hacerlo, pero si vemos lo que acontece frecuentemente en la realidad, nos topamos con la misma dilación procesal, cuando por ejemplo, indebidamente se ofrecen dentro de un procedimiento pruebas innecesarias o de recurren a estrategias procesales que sólo tienen por objeto el hacer más largo un juicio.

⁷⁸ VAZQUEZ DEL MERCADO, Oscar. *Contratos Mercantiles*, 4ª ed; Porrúa, México, 1992. p. 155.

Con ésta manera de actuar carente de toda ética profesional que desgraciadamente se presenta con frecuencia en nuestro sistema jurídico, la disposición del artículo 84, en el sentido de negar todo tipo de términos de gracia en las convenciones mercantiles, con todas sus buenas intenciones en ocasiones sale sobrando y solo se ubica como un adorno dentro de la legislación mercantil, puesto que en la realidad en la que viven inmersos nuestros tribunales judiciales, poco significan 3 ó 5 días más en el cumplimiento de la obligación, si cuando por otros medios "legales" se pueden conseguir plazos mucho más largos que éstos.

Alcanzamos el anterior razonamiento, si lo analizamos desde el punto de vista del derecho procesal, pero como lo establecen las tesis transcritas, esta norma también tiene su aplicación dentro de las convenciones mercantiles voluntarias, en las que, y en base al principio de que la voluntad de las partes es la suprema ley de los contratos, dichos términos de gracia o de cortesía, supuestamente prohibidos por el derecho mercantil, pueden ser amplia y libremente pactados por las partes en sus contratos, aún y cuando no se mencionen con ese nombre. Y es que en un contrato mercantil los contratantes pueden a discreción establecer el plazo que requieren para el cumplimiento de la obligación, pudiendo fijar o no dentro de este, un término adicional de gracia requerido para el cumplimiento del mismo, como decíamos aún y cuando no se identifique con ese nombre.

En cuanto a la segunda parte del artículo en estudio, esta es correlativa a los artículos 1176, 1177 y 1178 del Código Civil Federal, los que señalan la manera de contar el tiempo para la prescripción, coincidiendo con nuestro Código de Comercio al señalar que los meses se regulan con el número de días que les corresponda y los días de veinticuatro horas. Para Tena Ramírez esta disposición es superflua.⁷⁹

2.9. "Artículo 85.- Los efectos de la morosidad en el cumplimiento de las obligaciones mercantiles comenzarán:

⁷⁹ Cfr. TENA RAMÍREZ, *Op cit*; p. 213.

- I. *En los contratos que tuvieren día señalado para su cumplimiento, por voluntad de las partes o por la ley, al día siguiente de su vencimiento;*
- II. *Y en los que no lo tengan, desde el día en que el acreedor le reclamare al deudor, judicial o extrajudicialmente, ante escribanos o testigos."*

Este artículo resulta correlativo y en poco distinto a los numerales 2104 y 2080 del Código Civil Federal que establecen:

Artículo 2104. El que estuviere obligado a prestar un hecho y dejare de prestarlo o no lo prestare conforme a lo convenido, será responsable de los daños y perjuicios en los términos siguientes:

I. Si la obligación fuere a plazo, comenzará la responsabilidad desde el vencimiento de éste.

II. Si la obligación no dependiere de plazo cierto, se observará lo dispuesto en la parte final del artículo 2080.

El que contraviene una obligación de no hacer pagará daños y perjuicios por el solo hecho de la contravención.

Al efecto el último párrafo del artículo 2080 al que nos remite el anterior precepto señala: "Tratándose de obligaciones de hacer, el pago debe efectuarse cuando lo exija el acreedor, siempre que haya transcurrido el tiempo necesario para el cumplimiento de la obligación."

En ambos casos, es decir, tanto en el Código de Comercio como el en Código Civil, los plazos para considerar tener incumplida una obligación son los mismos: al día siguiente para obligaciones con plazo prefijado y después de la interpelación que haga el acreedor para aquellas sin plazo.

El Código de Comercio resulta omiso en señalar las consecuencias de la mora en el cumplimiento de las obligaciones, por lo que para conocerlas se tiene que acudir a las reglas establecidas por el Código Civil en este sentido en los artículos que van del 2104 al 2118.

Como se puede observar, no existe diferencia substancial en este sentido entre la reglamentación civil y la mercantil, lo que constituye una razón más para la unificación de las obligaciones en estas materias.

2.10. *"Artículo 86.- Las obligaciones mercantiles habrán de cumplimentarse en el lugar determinado en el contrato o, en caso contrario, en aquél que según la naturaleza del negocio o la intención de las partes deba considerarse adecuado al efecto por consentimiento de aquéllas o arbitrio judicial."*

La primera parte de este precepto, relativo al lugar donde habrán de cumplimentarse las obligaciones, no admite interpretaciones y resulta bastante clara e idéntica a la establecida por el código civil en el artículo 2082, el que atendiendo al principio jurídico que enuncia que la voluntad de las partes es la suprema ley de los contratos, establece que las obligaciones deberán cumplirse en el lugar pactado por estas.

Es la segunda parte del artículo es la que da cabida a diversas, contrarias y poco prácticas interpretaciones, pues admite que a falta de pacto, el lugar donde se cumplirá la obligación será aquel que se considere "adecuado", según la naturaleza del negocio o la intención de las partes. Sin embargo, resulta obvio que no siempre es posible identificar con claridad cuál será ese lugar "adecuado" de acuerdo a la intención de las partes. Es así que el legislador admite la intervención de un juez para la resolución de esta controversia, lo cual se pudo haber evitado dictando una norma más clara, como lo hace el Código Civil en el artículo mencionado, el que sí aporta una solución legal a falta de pacto.

Por otro lado, este numeral resulta contradictorio con otras reglas mercantiles de carácter procesal, establecidas en los artículos 1104, 1105 y 1107, que indican que el juez competente para conocer el cumplimiento de una obligación es el del domicilio del deudor, asemejándose así más con el artículo 2082 del cuerpo de leyes sustantivas civiles, que con el comentado 86 del Código de Comercio.

Sin embargo, si atendemos a lo indicado por el artículo 81 del Código de Comercio, las normas civiles se aplicarán a los actos mercantiles salvo las modificaciones y restricciones que establezca el propio Código de Comercio. Por tal motivo, habrá quien afirme con sobrado sustento legal, que el artículo 86 en comento habrá de aplicarse aun y cuando su redacción no aporte una solución práctica como lo pudiera hacer el numeral 2082 del Código Civil Federal.

Tan evidente es que la norma civil en este aspecto es mucho más clara que la mercantil, que hasta el connotado mercantilista Arce Gargollo, ha llegado a afirmar: "Como la regla mercantil no es clara, ni puede determinarse siempre cual es la intención de las partes que se desprende del contrato, la norma civil puede completar y suplir, en muchos casos, a la mercantil"⁸⁰.

2.11. *"Artículo 87.- Si en el contrato no se determinaren con toda precisión la especie y calidad de las mercancías que han de entregarse, no podrá exigirse al deudor otra cosa que la entrega de mercancías de especie y calidad medias."*

En el Código Civil Federal, precisamente en los artículos 2015 y 2016 existe una regla igual, que dispone que si no se designa la calidad de la cosa que ha de entregarse, el deudor cumple entregando una de mediana calidad.

"He aquí por que ningún Código de Comercio se ocupa en exponer, en toda su amplitud la teoría de las obligaciones mercantiles: ello sería superflua repetición de normas establecidas por el Código Civil."⁸¹

2.12. *"Artículo 88.- En el contrato mercantil en que se fijare pena de indemnización contra el que no lo cumpliera, la parte perjudicada podrá exigir el cumplimiento del*

⁸⁰ ARCE GARGOLLO, *Op cit*; p. 18.

⁸¹ TENA RAMIREZ, *Op cit*; p. 264.

contrato o la pena prescrita, pero utilizando una de estas dos acciones quedará extinguida la otra."

Este artículo es correlativo del 1846 contenido en el Código Civil Federal, el que en su primera parte establece: "El acreedor puede exigir el cumplimiento de la obligación o el pago de la pena, pero no ambos; ..."

Hasta aquí ambos preceptos resultan idénticos, sin embargo el de naturaleza civil, agrega además: "... a menos que aparezca haber estipulado la pena por el simple retardo en el cumplimiento de la obligación, o porque ésta no se preste de la manera convenida"

Como se puede observar y contrario a los principios del derecho comercial, el numeral civil resulta más condescendiente que el de naturaleza mercantil, y es que la norma civil en comento no solo contempla aquella pena que deberá cubrir el deudor al acreedor en caso de incumplimiento, como lo hace el artículo 88 Código de Comercio, sino también prevé aquella pena que habrá de pagar el mismo deudor por no haber cumplido la prestación en la forma convenida, o por haberla cumplido una vez transcurrido el plazo establecido para ello. Lo anterior con independencia de los intereses moratorios que pudieran pactarse, los cuales son de naturaleza distinta a la pena convencional, ya que esta "tiene por objeto determinar anticipadamente el monto de los daños y perjuicios que pudieran causarse con el incumplimiento de las obligaciones pactadas. En cambio, el rédito o interés es el precio por el uso del dinero ajeno durante el tiempo que se use."⁸²

De esta manera, ante el incumplimiento de una obligación en la que se opta por exigir el cumplimiento de la misma, de acuerdo con lo establecido por el Código Civil podrán reclamarse intereses moratorios y además una pena por el retardo en el

⁸² PRIMER TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIAS CIVIL Y DE TRABAJO DEL SEGUNDO CIRCUITO. Amparo en revisión 147/96. María Guadalupe Estudillo Salas. 8 de abril de 1997. Mayoría de votos. Disidente: Salvador Bravo Gómez. Ponente: Fernando Narváez Barker. Novena Época, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Tomo VI, Agosto de 1997, Tesis II.1o.C.T.137 C, p. 744.

incumplimiento. Sin embargo, en este mismo caso pero tratándose de una obligación mercantil, esta no corre con la misma suerte, ya que el artículo 88 del Código de Comercio en comento no es lo suficientemente claro al respecto como lo es su correlativo de naturaleza civil, ya que aquel al omitir en su redacción una disposición igual o similar a la establecida en la última parte del artículo 1846 del Código Civil Federal, da lugar a confusiones e interpretaciones contradictorias entre si, puesto que se presta para confundir la pena convencional con los intereses moratorios. Una prueba de lo anterior es el criterio adoptado por la Suprema Corte de Justicia de la Nación en la siguiente jurisprudencia:

Novena Época
Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito
Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta
Tomo: VI, Agosto de 1997
Tesis: XIX.1o.11 C
Página: 743

INTERESES MORATORIOS. NO PUEDEN EXCEDER DE LA SUERTE PRINCIPAL, POR TRATARSE DE UNA PENA CONVENCIONAL. Los intereses moratorios derivados del incumplimiento de un contrato de apertura de crédito refaccionario con garantía hipotecaria no pueden exceder de la suerte principal, por tratarse de una pena convencional. A tal conclusión se arriba si se tiene en cuenta que dicho acto mercantil se encuentra regulado por el artículo 88 del Código de Comercio, que establece: "En el contrato mercantil en que se fijare pena de indemnización contra el que no lo cumpliera, la parte perjudicada podrá exigir el cumplimiento del contrato o la pena prescrita ..."; y en virtud de que el citado ordenamiento no regula lo concerniente a la fijación de la pena, de acuerdo con lo dispuesto por los artículos 2o. y 81 del código referido, se deberá aplicar de manera supletoria lo establecido por el derecho común, en particular el artículo 1843 del Código Civil para el Distrito Federal, que establece: "La cláusula penal no puede exceder ni en valor ni en cuantía a la obligación principal."; con lo que se pone de manifiesto que la pena convencional tendrá como límite máximo el valor de la obligación principal, pues de lo contrario no sería justa la indemnización.

PRIMER TRIBUNAL COLEGIADO DEL DÉCIMO NOVENO CIRCUITO.

Amparo en revisión 152/97. Banco Bilbao Vizcaya-México, S.A., Institución de Banca Múltiple Grupo Financiero BBV-Probursa. 27 de junio de 1997. Unanimidad de votos. Ponente: Guillermo Loreto Martínez. Secretario: Rafael Torres Valdez.

Contrario a lo que establece la Suprema Corte en este criterio, existen otros⁸³ tantos dictados por ella misma, que en virtud de la laguna que presenta el Código de Comercio en este artículo y en razón de que tampoco se ha decidido si las normas del Código Civil relativas a la pena convencional son de aplicación supletoria al mismo, tienen que ser dictados para dejar en claro que la pena convencional y los intereses moratorios en materia mercantil son de naturaleza distinta. Un ejemplo de ellos es el que se transcribe enseguida:

Novena Época
Volumen IV
Pagina 663
Fecha de publicación Septiembre de 1996

INTERESES MORATORIOS Y PENA CONVENCIONAL. NO ES DABLE CONDENAR INDISTINTAMENTE, A UNA U OTRA PRESTACION.

Los rubros intereses moratorios y pena convencional, jurídicamente son de naturaleza distinta, ya que los primeros persiguen un lucro determinado que se genera hasta en tanto se cubra la obligación principal asumida, mientras que la segunda usualmente se pacta para apremiar al deudor a cumplir con el convenio, esto es, la pena convencional, atiende al incumplimiento o morosidad en sí mismos considerados; luego, la condena respecto de cada uno de estos puntos, sólo procederá, siempre y cuando se haya formulado reclamación expresa y determinada, no siendo dable al juzgador, de oficio, la aplicación indistinta de una u otra prestación, cuando no se hizo valer de manera concreta.

PRIMER TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIAS CIVIL Y DE TRABAJO DEL SEGUNDO CIRCUITO.

Amparo directo 174/96.- Mario Anaya Vázquez.- 2 de mayo de 1996.- Unanimidad de votos.- Ponente: Fernando Narváez Barker.- Secretaria: Gloria Burgos Ortega.

Todo lo anterior es una muestra de la línea tan delgada que separa las obligaciones civiles de las mercantiles, puesto que la mayoría de las normas que rigen las relaciones comerciales o son casi idénticas o bien son las mismas que reglamentan la actividad civil. Como lo afirma Vivante, "hasta ahora ni la ciencia ni la ley han conseguido una separación neta las relaciones jurídicas que deben regularse

⁸³ PRIMER TRIBUNAL COLEGIADO DEL DECIMO NOVENO CIRCUITO. Amparo en revisión 152/97.- Banco Bilbao Vizcaya-México, S.A., Institución de Banca Múltiple Grupo Financiero BBV-Probursa.- 27 de junio de 1997.- Unanimidad de votos.- Ponente: Guillermo Loreto Martínez.- Secretario: Rafael Torres Valdez. Semanario Judicial de la Federación, Agosto de 1997, Novena Época, Volumen VI, p. 743.
QUINTO TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA CIVIL DEL PRIMER CIRCUITO. Amparo directo 1825/94.-Juan Manuel Uribe Ibarra.-29 de abril de 1994.- Unanimidad de votos.-Ponente: Adriana Alicia Barrera Ocampo.- Secretario: David Solís Pérez. Semanario Judicial de la Federación, Volumen XIII, Octava Época, p. 592.

con leyes comerciales de las que se someten a la disciplina de las leyes civiles. Diríase que la unidad esencial de la vida económica se rebela contra esta artificiosa separación".⁸⁴

Separación que en nuestros días resulta ya innecesaria, puesto que como ya lo hemos comentado, ante una obligación lo que se busca es su cumplimiento, y ante la falta de este la ley debe aportar soluciones o medios para lograrlo con total independencia de que la obligación sea civil o sea mercantil, o si fue celebrada por un comerciante, un particular o un comerciante dentro de su esfera civil. La calificación del acto por el que las partes se obligan, resulta intrascendente cuando lo que se busca es el cumplimiento y con ello la seguridad jurídica de todo gobernado.

Es que en verdad, todo el derecho privado de las obligaciones y contratos –y el derecho comercial es esencialmente obligacional- se organiza, actúa y se desenvuelve bajo el impulso de la vida económica y ésta despliega su influencia sobre los sujetos del derecho sin consideración a su carácter profesional y sobre las relaciones sociales sin distinguir las civiles propiamente de las propiamente comerciales.⁸⁵

3. EL CONTRATO

Hemos dicho que los actos que realizan los gobernados generan derechos y obligaciones entre estos. Dentro de las fuentes de las obligaciones encontramos precisamente a los actos y a los hechos jurídicos, los que se distinguen entre sí en base a la intervención o no de la voluntad de su autor, de acuerdo a lo señalado por la teoría francesa⁸⁶. Así, un hecho jurídico es aquel que modifica la realidad exterior produciendo consecuencias de derecho que no fueron buscadas por su autor, es decir, se producen independientemente de su voluntad. Por el contrario, acto jurídico es aquella "manifestación exterior de la voluntad que se hace con el fin de crear,

⁸⁴ GUTIERREZ Y GONZALEZ, *Op cit*, p. 72. *Apud*. VIVANTE, César. *Tratado de Derecho Mercantil*. Vol. I, versión española de la 5ª ed. Italiana, p. 21.

⁸⁵ SATANOWSKY, *Op cit*: p. 200. *Apud*. YADAROLA, Mauricio L. *Código Unico de las obligaciones*, en Actas del Primer Congreso Nacional de Derecho Comercial, abril 1940, T. I, p. 139.

⁸⁶ Sobre el tema: BORJA SORIANO, Manuel. *Teoría General de las Obligaciones*, 14ª ed; Porrúa, México, 1995, p. 84 y ss.

transmitir, modificar o extinguir una obligación o un derecho y que produce el efecto deseado por su autor".⁸⁷

Dentro de los actos y hechos jurídicos como fuente de las obligaciones se hallan el contrato, la declaración unilateral de la voluntad, la gestión de negocios, el enriquecimiento ilegítimo, los hechos ilícitos y el pago de lo indebido.

La principal fuente de las obligaciones es el contrato, al que para definir debemos primeramente distinguirlo de el convenio. Convenio en *lato sensu* y de acuerdo a la definición que de el dan los tratadistas Colin y Capitant, es aquel "acuerdo de dos o varias voluntades en vista de producir efectos jurídicos".⁸⁸

Hacemos esta distinción, puesto que y aunque no debiera ser así, ya que la ley no es tratado de derecho y no es su tarea dar conceptos ni definiciones jurídicas, nuestro Código Civil Federal en los artículos 1792 y 1793 hace una diferenciación entre el contrato y el convenio y señala:

"Artículo 1792.- Convenio es el acuerdo de dos o más personas para crear, transferir, modificar o extinguir obligaciones."

"Artículo 1793.- Los convenios que producen o transfieren las obligaciones y derechos toman el nombre de contratos."

Siguiendo el ejemplo del legislador, gran parte de la doctrina⁸⁹ también hace esta distinción, coincidiendo con la ley en que el convenio es el género y el contrato la especie. Sin embargo tanto Díaz Bravo como Borja Soriano admiten que esta diferenciación en las expresiones es intrascendente y hasta equívoca, puesto que el artículo 1792 citado habla de obligaciones y no menciona derechos, por lo que Díaz Bravo se pregunta cómo se podrá llamar entonces al acuerdo de voluntades que

⁸⁷ *Ibidem*, p. 84.

⁸⁸ *Ibidem*, p. 111

modifica o extingue derechos⁹⁰. Bejarano Sánchez y Gutiérrez y González dan la respuesta al afirmar que por exclusión éstos se denominan convenios en sentido estricto. Gutiérrez y González indica también que un convenio además de crear, transferir, modificar y extinguir derechos y obligaciones a su vez los conserva, por lo que propone la adición de esta palabra al mencionado artículo 1792. Borja Soriano, citando a Colin y Capitant concluye la discusión señalando que la "distinción entre los contratos y los convenios no tiene sino un interés de terminología; las mismas reglas generales se aplican a los unos y a los otros"⁹¹. La expresión de este doctrinista, se encuentra consagrada en el artículo 1859 del Código Civil Federal que a la letra dice: "Las disposiciones legales sobre contratos serán aplicables a todos los convenios y a otros actos jurídicos, en lo que no se opongan a la naturaleza de éstos o a disposiciones especiales de la ley sobre los mismos."

Los contratos, de acuerdo con la clasificación más común en la doctrina⁹² y legislación comparada⁹³, se dividen en:

a) Bilaterales y unilaterales

Son contratos bilaterales aquellos en los que ambas partes se obligan contrayendo obligaciones, es decir, dentro de estos los contratantes obtienen derechos y obligaciones recíprocas. Por el contrario un contrato es unilateral cuando en virtud de su celebración se generan obligaciones para una sola de las partes contratantes.

b) Onerosos y gratuitos

Los contratos se clasifican como onerosos cuando otorgan provechos y gravámenes recíprocos para las partes. Estos a su vez se subdividen en contratos conmutativos, en los que los provechos se conocen desde el momento mismo de la contratación; y en contratos aleatorios, en los cuales las prestaciones no son susceptibles de

⁸⁹ ARCE GARGOLLO, Javier, BEJARANO SANCHEZ, Manuel, BORJA SORIANO, Manuel, DÍAZ BRAVO, Arturo, GUTIERREZ Y GONZALEZ, Ernesto, entre otros.

⁹⁰ DÍAZ BRAVO, *Op cit*: p. 13.

⁹¹ BORJA SORIANO, *Op cit*: p. 111.

⁹² BEJARANO SANCHEZ, Manuel, BORJA SORIANO, Manuel, CASTAN TOBEÑAS, José, DE PINA VARA, Rafael, GARRIDO, Roque Fortunato, MUÑOZ, Luis, entre otros.

⁹³ Derecho argentino, derecho español, derecho francés, derecho italiano y derecho mexicano. Cfr. GARRIDO, Roque Fortunato/ ZAGO, Jorge Alberto. *Contratos Civiles y Comerciales*, 2ª ed: Universidad, Buenos Aires, 1998.

identificarse desde el inicio del contrato, puesto que dependen de la realización de un acontecimiento futuro e incierto.

c) Consensuales, formales y reales

Un contrato es consensual cuando la ley no le exige una forma especial para su celebración sino que se perfecciona con el mero consentimiento de las partes. Por el contrario, para un contrato formal el legislador asigna una determinada forma para su validez, por lo que una vez satisfecha esta el contrato será válido. Se llama contrato real aquel que se perfecciona no sólo con el consentimiento de las partes, sino además con la entrega de una cosa.

d) Principales y accesorios

Son contratos principales aquellos cuya existencia no depende de otro contrato, es decir, subsisten por sí mismos. Por el contrario, el contrato es accesorio cuando es apéndice de otro contrato, sin el cual no puede existir.

e) Instantáneos y de tracto sucesivo

En el contrato de tipo instantáneo las prestaciones se cumplen en el mismo momento en que se celebra; dicho de otra forma, se agota un solo acto. A diferencia del clasificado como de tracto sucesivo, en el cual las prestaciones se cumplen de manera escalonada o a través del tiempo.

f) Preparatorios y definitivos

Un contrato es preparatorio cuando su objeto es la celebración de un contrato futuro. Será definitivo cuando contenga la voluntad presente de las partes y la celebración del contrato querido no es pospuesta para otro momento.

g) Típicos y atípicos

El contrato típico es aquel regulado por la ley. Por el contrario será atípico aquel cuya reglamentación no se encuentra en el derecho positivo, pero si en la realidad social. Los contratos típicos pueden a su vez ser nominados, cuando la ley les otorga un

nombre, o innominados cuando estando regulados en la legislación, carecen de nombre.

Los contratos además pueden ser clasificados por materia. Así se presentan las siguientes categorías:

- a) Laborales.- Aquellos celebrados entre patrón y trabajador con el fin de regular una relación de trabajo.
- b) Administrativos.- En los que interviene el Estado como ente de derecho público, con la finalidad de proveer a la satisfacción de las necesidades de la sociedad.
- c) Civiles.- Los signados entre particulares o bien entre estos y el Estado cuando éste actúa en su esfera de derecho privado, como otro particular.
- d) Mercantiles.- En ellos "las partes que intervienen están realizando un acto de comercio."⁹⁴

La anterior definición dada por Bejarano Sánchez es completada por el autor al decir que para identificar al acto de comercio habrá que atender a tres criterios:

1. Por los sujetos. Será acto de comercio aquel celebrado por comerciantes.
2. Por el objeto. Si la operación se documenta en una cosa mercantil, o bien ésta constituye la prestación a la que se obliga el deudor.
3. Por la finalidad del acto. Si lo que se persigue es una interposición en el intercambio de mercancías o servicios.

Por su parte, Arce Gargollo⁹⁵ coincide con los principios enunciados, pero agrega además como criterios de distinción entre los contratos civiles y mercantiles el ánimo de lucro (que sería similar al acto de comercio por la finalidad del acto) y el hecho de que el acto regulado en el contrato forme parte de los ejecutados en masa

⁹⁴ BEJARANO SANCHEZ, Manuel, *Obligaciones Civiles*, 5ª ed; Oxford, México, 1999, p. 28.

por una empresa o que tenga que ver con la actividad empresarial (equivalente a los actos de comercio por el sujeto).

Podríamos afirmar, como lo hacen Garrigues y Jiménez Sánchez, que los contratos mercantiles son aquellos regulados por el Código de Comercio y las demás leyes mercantiles especiales, sin embargo, ¿qué calificación le correspondería a un contrato que se encuentra regulado tanto en el Código Civil Federal como en el Código de Comercio, como lo están la comisión o mandato, el depósito, el préstamo o mutuo, la compraventa y la permuta?

Nuestro Código de Comercio indica que para calificar de mercantil un contrato, y por consiguiente decidir que ley será la aplicable, si la mercantil o la civil, habrá que atender al acto de comercio (en el caso de los contratos de comisión, artículo 273, y préstamo, artículo 358), al objeto (si el depósito o el transporte versan sobre cosas objeto del comercio, artículos 332 y 576), a los sujetos (si el préstamo o el transporte los celebra un comerciante, artículos 358 y 576) y al fin (en el supuesto de que una compraventa tenga como objeto directo y preferente el de traficar, artículo 371, o el propósito de especulación comercial, fracciones I y II del artículo 75). En su momento analizaremos el sistema de calificación mercantil de cada uno de estos contratos y veremos cómo en la práctica no resulta tan sencillo otorgar esta calificación.

Realizar la distinción entre los contratos civiles y los mercantiles supone la tarea de regresar a la teoría del acto de comercio analizada en el capítulo anterior, así lo afirma Joaquín Garrigues: "No es fácil justificar desde el punto de vista legislativo la distinción entre contrato mercantil y contrato civil. En fin de cuentas, el concepto del contrato mercantil vuelve a plantar el problema del concepto de acto de comercio y de la distinción entre acto de comercio y acto civil."⁹⁶

La problemática de la diferenciación entre los contratos de los que hablamos, es la misma que la del acto de comercio, pues como vemos, para distinguir un

⁹⁶ ARCE GARGOLLO, *Op cit.* p. 34

contrato mercantil de uno civil se tiene que partir del concepto del acto de comercio, o bien de reglas utilizadas precisamente para calificar de mercantil a un acto, como el caso de la nota de especulación o ánimo de lucro⁹⁷ u observar el hecho de que un acto sea celebrado por un comerciante⁹⁸, lo que nos lleva a movernos dentro de un círculo vicioso. Recordemos que en el capítulo tres del presente trabajo, concluimos que el acto de naturaleza mercantil no existe, es idéntico en esencia al acto civil, es una creación del legislador y su existencia no se justifica en la práctica.

Afirmar que un acto es comercial cuando determinado cuerpo orgánico legal lo califica de tal, o que el derecho mercantil es el derecho de los actos enumerados como comerciales, nos conduce a sentar una noción meramente formal –cuando no una petición de principio– que podrá servir para delimitar la aplicación de uno u otro derecho desde el punto de vista de la técnica jurídica pero que nos sumerge en la desilusión e impotencia de no haber podido asir el porqué o la validez de la norma diferencial.⁹⁹

El doctrinista español Jiménez Sánchez afirma que contrato mercantil es aquel que está comprendido en el Código de Comercio o en las leyes mercantiles especiales, y agrega que la mercantilidad de un contrato se puede extender a los contratos de empresa, por lo que a éstos califica también como de comerciales.

Independientemente de las anteriores distinciones entre los contratos civiles y los mercantiles y no obstante que tanto el Código Civil como el Código de Comercio regulan cada uno los contratos propios de su materia, lo cierto es que la doctrina general del contrato prácticamente es una sola y encuentra su principal fuente en el Código Civil Federal, tal como lo vimos en la primera parte del presente capítulo al abordar el tema de las obligaciones civiles y mercantiles.

3.1. CONTRATOS CIVILES

Cuando entramos al estudio de los contratos regulados por el Código Civil Federal, nos encontramos con que este dedica todo el libro cuarto a los mismos, el que

⁹⁶ GARRIGUES, *Op cit.* p. 12

⁹⁷ Cfr. pp. 48 y 49 de la presente tesis.

⁹⁸ Cfr. pp. 44 y 45 de la presente tesis.

⁹⁹ GARRIDO, ZAGO. *Op cit.* p. 38

denominado *De las Obligaciones* va del Artículo 1792 al 2998. En su primera parte, establece las normas referente a las *obligaciones en general*, cuyo contenido ha quedado señalado en el punto 1. del presente capítulo. En la segunda parte denominada *De las diversas especies de Contratos* reglamenta, como su nombre lo indica, varios tipos de contratos, los que por estar regulados en la ley sustantiva, entran dentro de la categoría de los contratos típicos antes vista, siendo los siguientes:

1. Promesa (Artículos del 2243 al 2247).
2. Compraventa (Artículos del 2248 al 2326).
3. Permuta (Artículos del 2327 al 2331).
4. Donación (Artículos del 2332 al 2383).
5. Mutuo (Artículos del 2384 al 2397).
6. Arrendamiento (Artículos del 2398 al 2496).
7. Comodato (Artículos el 2497 al 2515).
8. Depósito (Artículos del 2516 al 2538).
9. Secuestro (Artículos del 2539 al 2545).
10. Mandato (Artículos del 2546 al 2604).
11. Prestación de servicios (Artículos del 2605 al 2615).
12. Contrato de Obra a precio alzado (Artículos el 2616 al 2645).
13. Porteadores y Alquiladores (Artículos el 2646 al 2665).
14. Hospedaje (Artículos del 2666 al 2669).
15. Asociaciones (Artículos del 2670 al 2687).
16. Sociedades (Artículos del 2688 al 2735).
17. Aparcería Rural (Artículos del 2739 al 2763).
18. Juego y apuesta (Artículos del 2764 al 2773).
19. Renta vitalicia (Artículos del 2774 al 2791).
20. Compra de esperanza (Artículos 2792 y 2793).
21. Fianza (Artículos del 2794 al 2855).
22. Prenda (Artículos del 2856 al 2892).
23. Hipoteca (Artículos del 2893 al 2943).

24. Transacción (Artículos del 2944 al 2963).

3.2. CONTRATOS MERCANTILES

Así como no existe una teoría general de las obligaciones mercantiles, tampoco existe una regulación del contrato mercantil en general, ésta la encontramos, al igual que como sucede con las obligaciones, en el Código Civil Federal, el que viene a ser el ordenamiento fundamental en materia de contratos.

La definición de contrato y las reglas generales sobre el mismo establecidas en el Libro Cuarto Primera Parte del Código Civil Federal, referentes a los elementos de existencia, de validez, forma, clasificación y nulidad le son aplicables a los contratos mercantiles por disposición expresa de los artículos 2 y 81 del Código de Comercio los que respectivamente establecen 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"* y que *"serán aplicables a los actos mercantiles las disposiciones del derecho civil acerca de la capacidad de los contrayentes y de las excepciones y causas que rescinden o invalidan los contratos"*.

Los contratos mercantiles se encuentran regulados en el libro segundo del Código de Comercio, en el que encontramos una parte general y otra especial. La parte general se ubica en el capítulo II del título primero, se denomina precisamente *De los contratos mercantiles en general* y abarca los artículos del 77 al 88, que fueron comentados en el desarrollo del punto 2. del presente capítulo y que constituyen las llamadas obligaciones mercantiles. La parte especial comprende del título segundo al título undécimo y reglamenta los siguientes contratos:

1. Comisión Mercantil (artículos del 273 al 308).
2. Depósito Mercantil (artículos del 332 al 339).

3. Préstamo Mercantil (artículos del 358 al 364).
4. Compraventa Mercantil (artículos el 371 al 387).
5. Permuta Mercantil (artículo 388).
6. Consignación Mercantil (del 392 al 394).
7. Transporte Terrestre Mercantil (del 576 al 604)

3.2.1. CONTRATO DE COMISIÓN MERCANTIL

El contrato de comisión mercantil es el mandato aplicado a actos concretos de comercio, así lo define el artículo 273 del Código de Comercio. Entendemos por mandato aquel "contrato por el que el mandatario se obliga a ejecutar por cuenta del mandante los actos jurídicos que éste le encarga".¹⁰⁰ De lo anterior deriva la definición doctrinal que enuncia que la comisión "es un contrato por el cual una parte encarga a otra la conclusión de uno o más negocios por su cuenta de naturaleza mercantil."¹⁰¹

La comisión se encuentra incluida también en el artículo 75 del Código de Comercio, el que en su fracción XII establece que se reputan actos de comercio las operaciones de comisión mercantil.

De acuerdo a lo señalado por el Código de Comercio, a este contrato se le asigna su mercantilidad en razón de su fin, ya que será mercantil cuando se aplique a actos concretos de comercio, independientemente de la persona que los realice.

Para determinar lo que se entiende por actos concretos, la doctrina se encuentra dividida. Díaz Bravo afirma que la comisión debe versar sobre actos determinados, no generales, puesto que éstos últimos únicamente pueden ser objeto del mandato¹⁰². Siguiendo lo establecido por este doctrinista, si se quisiera otorgar un poder para toda clase de actos de comercio, no podría ser en un contrato de

¹⁰⁰ Artículo 2546 del Código Civil Federal.

¹⁰¹ VAZQUEZ DEL MERCADO, *Op cit*; p. 166.

¹⁰² DIAZ BRAVO, *Op cit*; p. 297.

comisión con representación, sino que tendrá entonces que revestir la figura del mandato civil y por consiguiente regirse con las reglas propias de mismo establecidas en la ley sustantiva civil, no obstante que versara sobre actos de los llamados de comercio.

Rodríguez Rodríguez afirma que pueden ser varios actos o actos generales el objeto de un contrato de comisión, con tal de que sean de comercio y el comisionista los realice a nombre propio¹⁰³. Sin embargo, contrario a lo que afirma el connotado doctrinista, la legislación mercantil prevé también la comisión con representación, en la cual el comisionista realiza los actos de comercio a nombre del comitente¹⁰⁴

Arce Gargollo señala que la comisión debe versar sobre uno o varios actos concretos, siempre que el contrato no sea general¹⁰⁵, con lo que se contrapone a lo expresado por Tena Ramírez en el sentido de que "el contrato de comisión bien puede ser general, de acuerdo a lo que se observa a diario en la práctica de los negocios."¹⁰⁶

En este punto, Díaz Bravo llega a afirmar que cuando un mandato es conferido exclusivamente para realizar ciertos actos de comercio es en realidad una comisión y debe regirse entonces por la ley mercantil, aunque no se haya empleado el término comisión mercantil¹⁰⁷.

De acuerdo a lo anterior, ¿qué pasará entonces si una empresa constituida como sociedad anónima, le encarga a un comerciante que venda un inmueble de su propiedad (acto concreto de comercio), no podrá ser mediante un contrato de mandato? Considero que si, no obstante de tratarse de un comerciante contratando con una sociedad mercantil y el objeto del contrato sea un acto concreto de comercio, la operación se regirá por las reglas del derecho civil. Y es que no siempre

¹⁰³ RODRIGUEZ RODRIGUEZ, *Op cit.* p. 33.

¹⁰⁴ Artículo 285 del Código de Comercio.

¹⁰⁵ ARCE GARGOLLO, *Op cit.* p. 44.

¹⁰⁶ TENA RAMIREZ, *Op cit.* p. 236.

¹⁰⁷ DIAZ BRAVO, *Op cit.* p. 298.

que verse el poder sobre actos de comercio y estos sean concretos se puede hablar de una comisión mercantil, puesto que el mandato civil puede también otorgarse para los llamados actos de comercio, ya sean estos generales o especiales.

Aunado a que no podemos determinar a ciencia cierta que entendió el legislador por "actos concretos", debemos agregar que esos actos deben ser "de comercio". Arce Gargollo afirma que para determinar cuándo el acto objeto de la comisión será de comercio, es necesario revisar el catálogo de los mismos establecido en el artículo 75 del Código de Comercio. Sin embargo, recordemos que dicho numeral termina calificando como de comercio a todos aquellos actos análogos a los que primeramente enunció, con lo que se amplía considerablemente la materia sobre la que puede versar un contrato de comisión, y no sólo se amplía, sino que se complica, puesto que como lo hemos repetido en varias ocasiones, no existe un criterio definido sobre lo que se entiende por acto de comercio.

Díaz Bravo señala que este es uno de los signos distintivos entre el mandato y la comisión, mientras que el mandato puede ser para todo tipo de actos jurídicos, la comisión es sólo para actos de comercio¹⁰⁸. Por lo tanto, podemos afirmar que un mandato podrá versar también sobre actos concretos de comercio, con lo que se equipara a su versión mercantil en estudio.

Tal como lo establece el artículo 304 del Código de Comercio, salvo pacto en contrario la comisión debe ser onerosa. Este numeral permite que las partes celebren un contrato de comisión mercantil de naturaleza gratuita, lo que constituye una de las muchas excepciones prácticas al principio de ánimo de lucro o especulación que en teoría diferencia a la materia mercantil de la civil.

La comisión, al igual que el mandato, puede ser con representación o sin representación, por lo que el comisionista podrá actuar a nombre propio o bien a nombre del comitente pero siempre por cuenta de éste.

¹⁰⁸ *Ibidem*, p. 296.

Cuando la comisión sea representativa, entonces se regirá por las reglas del derecho común¹⁰⁹, es decir, por las reglas del mandato contenidas en el Código Civil Federal.

De esta forma, la comisión se equipara de nuevo a la figura civil del mandato y según un criterio citado por Arce Gargollo, "la distinción entre comisión y mandato mercantil la debemos encontrar en ser el comisionista una persona que profesionalmente presta sus servicios como tal"¹¹⁰. Criterio que resulta poco exacto, puesto que nuestro código no hace distinción alguna en relación con la calidad de la persona que celebre el contrato de comisión, máxime que nada impide que alguien independientemente de su calidad profesional, firme alguna vez un contrato de comisión con representación convirtiéndose en un comisionista casual en contraposición con el comisionista profesional que a decir de Mantilla Molina es aquel que celebra actos de comisión de manera habitual.¹¹¹

Por lo anterior, en este caso no existe ya criterio alguno aplicable para su diferenciación con el mandato, mientras no sea el del nombre, que en un contrato resulta intrascendente de acuerdo a lo señalado por la máxima jurídica que enuncia que *no es el nombre el que hace al contrato, sino su contenido*.¹¹²

Tanto se equiparan las dos figuras representativas, que Rodríguez Rodríguez se atreve a decir que cuando la comisión es con representación, el contrato deja de ser de comisión para convertirse en simple mandato mercantil que se regirá por lo dispuesto por el Código Civil Federal. Llegando a este punto, podemos afirmar que al contrato de comisión lo único que le queda de mercantil es el mero adjetivo.

¹⁰⁹ Artículo 285 del Código de Comercio.

¹¹⁰ ARCE GARGOLLO, *Op cit*: p. 241. *Apud*. Abascal en Diccionario Jurídico Mexicano.

¹¹¹ MANTILLA MOLINA, *Op ci*: p. 171.

3.2.2. CONTRATO DE DEPÓSITO

En nuestra legislación existen diversos ordenamientos que regulan el contrato de depósito, tales como la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, el Código de Comercio y el Código Civil Federal, además de los 31 códigos civiles de las diferentes entidades federativas de la República.

La Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito reglamenta el depósito bancario de dinero, en sus artículos del 267 al 275, el depósito bancario de títulos – artículos del 276 al 279 -, y el depósito de mercancías en los almacenes generales en los numerales que van del 280 al 287.

El Código de Comercio lo incluye en su título cuarto denominado "*Del depósito mercantil*", el cual estaba integrado por dos capítulos llamados "*Del Depósito Mercantil en General*" el primero, y "*De los Almacenes Generales de Depósito*" el segundo. Este último fue abrogado por los artículos relativos de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito de 1932 antes mencionados, por lo que en la actualidad nuestro código de comercio únicamente contiene las reglas relativas al depósito mercantil en general, en sus artículos del 332 al 338.

Finalmente el Código Civil, contiene también normas reglamentarias de este contrato en sus artículos del 2516 al 2538. Es este cuerpo de leyes el que nos aporta la definición del mismo al expresar: "El depósito es un contrato por el cual el depositario se obliga hacia el depositante a recibir una cosa, mueble o inmueble que aquél le confía, y a guardarla para restituirla cuando la pida al depositante"¹¹³.

Domínguez Martínez señala en este rubro que todo contrato de depósito participa de la naturaleza civil "mientras no haya un señalamiento expreso de lo contrario en la ley, esto es, que ésta le atribuya expresamente otro carácter, como en

¹¹³ CONTRATOS, NOMBRE Y ESENCIA DE LOS. *Semanario Judicial de la Federación*, 7ª Época, 3ª Sala, T. 169-174, 4ª parte, p. 36.

su caso sería la naturaleza mercantil; por contra, precisamente un depósito será mercantil si así está expresamente señalado en el catálogo legal.¹¹⁴

La calificación mercantil del contrato en comento, la da el artículo 332 del Código de Comercio, que enuncia que el depósito será mercantil "si las cosas depositadas son objeto de comercio, o si se hace a consecuencia de una operación mercantil." Las fracciones XVII y XVIII del artículo 75 del mismo ordenamiento comercial, agregan que serán actos de comercio los depósitos hechos por causa de comercio y los efectuados en los almacenes generales, respectivamente.

De esta forma, la comercialidad en el contrato de depósito, atendiendo a la primera parte del artículo citado, obedece a la naturaleza de la cosa depositada, la cual debe ser objeto de comercio. Sin embargo, no podemos imaginarnos un depósito civil consistente en una cosa que no sea objeto del comercio, puesto que dentro de los elementos de existencia de un contrato está precisamente el objeto, el cual debe ser lícito y posible, lícito en cuanto no vaya en contra del orden público o las buenas costumbres, y posible en cuanto sea un objeto que exista o sea susceptible de existir en la naturaleza, sea determinado o determinable y **se encuentre además dentro del comercio**. Por lo que si un contrato de depósito tiene como objeto una cosa fuera del comercio, entonces será nulo de pleno derecho por carecer de un elemento para su existencia, por lo que en esas condiciones poco importa ya la determinación de su naturaleza, puesto que para todo contrato de depósito sea válido, ya civil ya mercantil, deberá versar sobre una cosa objeto de comercio.

El anterior comentario resulta inaplicable únicamente en el caso de que el legislador haya querido decir que el depósito será mercantil cuando verse sobre cosas mercantiles, como lo son los títulos de crédito por ejemplo, por disposición legal¹¹⁵. De esta forma es como se ha venido entendiendo dicha enunciación legal,

¹¹³ Artículo 2516 del Código Civil Federal.

¹¹⁴ DOMINGUEZ MARTINEZ, Jorge Alfredo. *Derecho Civil, Contratos*, Porrúa, México, 2000, p. 505.

¹¹⁵ Artículo 1º de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito.

ya que de hacerse de otra forma se llegaría a la conclusión de que efectivamente los únicos depósitos mercantiles serían los regulados en la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito. He aquí un ejemplo más de cómo en la aplicación de la ley mercantil se intentan suplir sus deficiencias, en el esfuerzo por adaptarnos a la separación entre las materias civil y comercial.

En cuanto a la segunda parte del numeral 332 del Código de Comercio, la que señala que el depósito será mercantil *cuando se hace a consecuencia de una operación mercantil*, opinamos, al igual que lo hace el español Emilio Langle y Rubio, que dicho enunciado es una tautología, puesto lo que se necesita saber es precisamente cuándo será mercantil esa operación de la que deriva.¹¹⁶

Nada establece el Código de Comercio en relación a la mercantilidad del contrato de depósito por el sujeto que lo celebre, es la doctrina¹¹⁷ y la jurisprudencia¹¹⁸ la que lo hace, al afirmar que si el depósito fue constituido en poder de un comerciante, debe reputarse mercantil.

Mantilla Molina afirma que la mercantilidad de un contrato de depósito mercantil está condicionada por la persona que funge como depositario, así lo expresa en el siguiente ejemplo: "Cosa semejante ocurre con el depósito bancario de títulos. El mismo contrato celebrado con un particular sería civil: luego la persona depositaria es, en el caso, quien da mercantilidad al acto."¹¹⁹

En sentido opuesto se manifiestan los doctrinistas Joaquín Rodríguez Rodríguez y Jorge Barrera Graf, este último al afirmar que un contrato de depósito mercantil bien puede ser ajeno al hecho de ser comerciante el o los sujetos que lo celebren, sin embargo el connotado mercantilista cae en contradicción cuando incluye al depósito hecho en los almacenes generales, dentro de su calificación de

¹¹⁶ LANGLE Y RUBIO, *Op cit*; p. 354.

¹¹⁷ DOMÍNGUEZ MARTÍNEZ, Jorge Alfredo, MANTILLA MOLINA, Roberto L., VÁZQUEZ DEL MERCADO, Oscar, entre otros.

¹¹⁸ DEPOSITO MERCANTIL, COMO CONTRATO DE CARÁCTER ONEROSO.- A.R. Huerta Alfredo y Coag. Tomo LXXXII. 1044. Pág. 1285. TELLEZ ULLOA, Marco A. "Código de Comercio con Jurisprudencia". Edit. Sufragio S.A. de C.V., México, 2000, p. 199.

¹¹⁹ MANTILLA MOLINA, *Op cit*; p. 79.

los actos de comercio por el sujeto y en la de actos de comercio por su finalidad, por ser el almacén una empresa y el depósito parte de la organización de la misma¹²⁰. La contradicción se observa fácilmente, ya que al incluir al depósito mercantil dentro de estas categorías, finalmente lo está considerando como tal en razón de que quien lo ejecuta es un comerciante, independientemente del objeto del depósito o la razón por la que se hiciera el mismo.

En relación a este punto, existe quien llega a decir que será mercantil todo depósito realizado por comerciantes aunque su objeto no sea mercantil¹²¹, es decir, se califica al acto en calidad de la persona que lo realiza basándose en la presunción de que la mayor parte de los actos que ejecuta un comerciante, son de comercio. Sin embargo, ya hemos visto que muchos comerciantes son considerados como tales, no por ejercer el comercio de manera profesional, como lo sería un comerciante en *stricto sensu*, sino por realizar ciertos actos que la ley reputa mercantiles. En un caso así se complica la determinación de la mercantilidad en un contrato de depósito. El hecho de que lo celebre un comerciante, no es suficiente para asegurar que se trata de un acto mercantil.

Pongamos como ejemplo los contratos que celebran los huéspedes de un hotel con el dueño del mismo, que son los llamados contratos de hospedaje regulados por el Código Civil Federal en sus artículos 2535, 2536 y 2537. Supongamos que el hotel o posada es una sociedad mercantil, de acuerdo al criterio comentado en el párrafo anterior, este contrato sería mercantil simplemente por el hecho de que lo celebra una sociedad comerciante en ejercicio de su actividad comercial, sin embargo, el contrato está regulado en el Código Civil Federal, luego entonces podría concluirse que es civil.

Este contrato es uno de los casos que contempla Díaz Bravo al señalar que "hay ciertos contratos tradicionalmente regulados por la legislación civil, y quizás por esta razón son considerados siempre como civiles, no obstante que por alguno o

¹²⁰ BARRERA GRAF, *Op cit*, pp. 69, 73, 76 y 77.

varios de los elementos que concurren, son verdaderamente mercantiles, sin que importe su falta de regulación en leyes de esta última naturaleza, pues, al tenor de lo dispuesto por el artículo 2º del Código de Comercio deberán aplicárseles las leyes civiles, con carácter supletorio y en lo conducente."¹²²

Al igual que como sucede en nuestro derecho, en Argentina el contrato de hospedaje es reglamentado por el Código Civil, sin embargo la doctrina de derecho argentino lo considera de naturaleza mercantil en virtud de que tiene contraprestaciones recíprocas como el deber de guarda y custodia del posadero y el de pagar la remuneración del pasajero, así lo afirma el doctrinista argentino Leo Fernández Gómez, y agrega: "nos encontramos ante un contrato de depósito regulado por el Código Civil y que es oneroso y bilateral, aun cuando en realidad, se trate de materia mercantil"¹²³. En el mismo sentido se pronuncia el mexicano Joaquín Rodríguez cuando incluye dentro de los contratos de depósito de naturaleza mercantil, a los hechos por "los clientes de hoteles e instituciones similares"¹²⁴, por considerarlo un acto de empresa.

No entraremos a mayores discusiones doctrinales acerca de la naturaleza del contrato de hospedaje, en primer lugar porque resultaría demasiado extenso y podría desviarnos de nuestro tema central, y en segundo lugar porque firmemente creemos que sería una discusión inútil, puesto que no llegaríamos a una conclusión cierta y definitiva, ya que existen argumentos muy válidos para considerarlo mercantil, (como los mencionados por los doctrinistas citados), y también los hay muy buenos como para calificarlo como civil (como que el decir que un equipaje no es objeto de comercio o el que la custodia del mismo no es consecuencia de una operación de comercio, etc.), pero cualquier argumento sería fácilmente atacable, y con toda razón, porque la realidad es que poco importa la naturaleza del acto, lo importante es que las obligaciones y derechos entre huésped y posadero se encuentran reguladas

¹²² CALVO MARROQUIN, Octavio PUENTE Y FLORES, Arturo. *Derecho Mercantil*, 45ª ed; Banca y Comercio, México, 1999, p. 30

¹²³ DIAZ BRAVO, *Op cit*, p. 6

¹²³ FERNANDEZ, Raymundo L., GOMEZ LEO, Osvaldo R. *Tratado práctico de derecho comercial*, T.III, Depalma, Buenos Aires, 1955, p. 254.

¹²⁴ RODRIGUEZ RODRIGUEZ, *Op cit*, p. 46.

en un cuerpo de leyes. Para el caso de que un huésped sufriera un deterioro o destrucción de su equipaje, lo que en último lugar consideraría es la materia del cuerpo de leyes que le otorga el derecho a recibir una indemnización por su pérdida, con toda seguridad para él significará lo mismo que su derecho esté regulado en un código de comercio o en un código civil.

Podemos observar que las diferencias entre el depósito de tipo civil y el mercantil, son realmente escasas. Las obligaciones y derechos del depositario y el depositante son las mismas en ambas materias, uno y otro pueden celebrarse libremente como gratuito o como oneroso¹²⁵, ninguno exige una forma especial, ambos pueden versar sobre bienes muebles e inmuebles y muchas de las normas civiles del depósito se aplican supletoriamente al Código de Comercio.

En virtud de lo anterior, consideramos innecesaria esta doble regulación, ya que los únicos contratos de depósito que requieren una regulación especial, ya la tienen, así están el depósito de dinero, de títulos y el hecho en los almacenes generales, el resto bien pueden regularse por las reglas del derecho común contenidas en el código civil.

3.2.3. CONTRATO DE PRÉSTAMO MERCANTIL

La regulación del contrato de préstamo en el Código de Comercio es complementaria de la referente al contrato de mutuo contenida en el Código Civil Federal.

De conformidad con lo establecido por la legislación civil federal, el contrato de mutuo es aquel "por el cual el mutuante se obliga a transferir la propiedad de una suma de dinero o de otras cosas fungibles al mutuario, quien se obliga a devolver otro tanto de la misma especie y calidad."¹²⁶

¹²⁵ En otras legislaciones, como la argentina por ejemplo, el carácter oneroso del depósito comercial es lo que lo distingue del depósito civil, que siempre es gratuito. Así lo señala el artículo 2182 del código civil argentino. Cfr. FERNANDEZ - GOMEZ LEO, *Op cit.*, p. 237.

¹²⁶ Artículo 2384 del Código Civil Federal.

Por su parte, el Código de Comercio en el artículo 358 señala que el préstamo se reputa mercantil cuando:

- las cosas prestadas se destinen a actos de comercio; y también cuando
- sea contraído entre comerciantes

He aquí un artículo más en el que el legislador mercantil utiliza la misma fórmula viciada para identificar la comercialidad de un acto jurídico: la teoría del acto de comercio.

Este artículo nos regresa al problema enfrentado al estudiar el artículo 75 del Código de Comercio, puesto que para identificar un contrato de préstamo mercantil habrá que atender primeramente a que se entiende por actos de comercio, y si ya concluimos en el capítulo III que el acto de comercio por su naturaleza no existe, sino que es una creación del legislador, puesto que será mercantil todo aquel acto que la Ley reputa como tal, entonces, con el contrato en comento es la misma situación: el préstamo mercantil por su naturaleza no existe, es una creación del legislador, que bien podría quedar regulado en un solo código que no haga distinciones inútiles entre los contratos civiles y los mercantiles, y es que el derecho busca hacer más sencilla la vida de los gobernados, no complicarla.

Al igual que la compraventa que como veremos más adelante, la calificación mercantil del contrato de préstamo la hace depender el legislador de un acontecimiento posterior a la celebración del propio contrato: el destino que se le da al objeto prestado, ya que cómo se desprende del artículo 358 en comento, habrá préstamo mercantil siempre que las cosas transferidas sean destinadas a la realización de un acto de comercio, situación que deberá quedar señalada expresamente en el contrato, ya que de lo contrario el contrato será civil, atendiendo a lo señalado por este artículo. En este rubro nos surge una pregunta: ¿si el contrato de préstamo omite señalar el destino que habrá de dársele a las cosas prestadas

(aun y cuando estas vayan a ser destinadas para actos de comercio) el contrato será civil? O ¿tendremos siempre que indagar el destino de las cosas para estar en posibilidad de calificar la naturaleza del contrato?

Es este criterio finalista, el que según lo afirma el español Joaquín Garrigues confirma el carácter accesorio del préstamo mercantil, "que no es en sí mismo un acto de comercio, sino que recibe la calificación mercantil a través del acto principal a que las cosas prestadas se destinan."¹²⁷

Lo aseverado por Garrigues en el sentido de que el préstamo mercantil no es en sí un acto de comercio, es tan cierto que existe un contrato similar en la legislación civil y que es el ya mencionado mutuo, que consiste también en la transferencia de la propiedad de ciertas cosas con la obligación de devolver otro tanto de la misma especie y calidad, pero que no es un acto de comercio sencillamente porque se encuentra regulado en un cuerpo de leyes civiles.

Por otro lado, tanto el Código de Comercio como el Código Civil Federal prevén el contrato de préstamo con el pago de un interés o sin el, es decir, ambos pueden ser gratuitos u onerosos. Hasta nuestros días ha prevalecido la opinión de que el derecho mercantil es un derecho que busca siempre beneficios económicos y está marcado con el ánimo de lucro y que esta característica es precisamente la que lo distingue del derecho civil. Sin embargo, en el caso del contrato en comento, tanto en el préstamo mercantil como el mutuo civil puede pactarse el pago de un interés, inclusive el Código Civil Federal dedica el capítulo II de su título quinto a "el mutuo con interés" en los artículos que van del 2393 al 2397, mientras que el Código de Comercio no hace que en el contrato de préstamo corran intereses, más que en el caso de haberse pactado (artículo 361 del Código de Comercio). Entonces ¿dónde queda el tan aludido fin de lucro que supuestamente distingue a los actos mercantiles de los civiles si tanto el préstamo civil como el mercantil pueden ser gratuitos y onerosos?

¹²⁷ GARRIGUES, *Op cit*: p. 140.

No es posible establecer una línea neta de separación entre el derecho civil de las obligaciones y el régimen comercial de las mismas. Se ha pretendido, es exacto, hace consistir esa diferencia en el propósito de lucro que se considera rasgo distintivo de las obligaciones comerciales; pero en el intento se ha fracasado, puesto que ese propósito no es exclusivo de estas últimas y, además, hay vínculos contractuales de los calificados por la leyes comerciales en los cuales no sólo puede haber gratuidad sino que la ley la presume.¹²⁸

En relación a lo anterior, Joaquín Garrigues opina: "El préstamo es comercial aun cuando sea gratuito, si recae sobre una cosa de carácter comercial o destinada al uso comercial; a este respecto es pertinente indicar **que el caso de la gratuidad del mutuo constituye el ejemplo más claro de costumbre contra legem de nuestro derecho.**"¹²⁹

No obstante lo anterior, Garrigues afirma que el pago de interés no es un elemento del concepto de préstamo mercantil, con lo que está de acuerdo Vázquez del Mercado, quien señala también que el interés no es un elemento del contrato de préstamo porque este es un contrato accesorio y su carácter mercantil no procede del mismo contrato, "sino de la operación a que se destinan las cosas prestadas. El propósito de lucro no está en la operación del préstamo, sino en los actos mercantiles a que el prestatario destinará las cosas prestadas."¹³⁰

Diferimos de lo señalado por Vázquez del Mercado en relación a que el préstamo es un contrato accesorio, ya que un contrato de esta naturaleza es aquel que no tiene existencia independiente por ser complementario de otro acto¹³¹, y este no es el caso del préstamo, "toda vez que para su existencia o validez no depende de otro contrato, o sea que tiene fines y vida propia."¹³²

Sea accesorio o no el contrato de préstamo mercantil, lo cierto es que bien puede ser, gratuito no obstante ser mercantil, ya que el Código de Comercio no

¹²⁸ MALAGARRIGA, Carlos C. *Derecho Comercial*, Tipográfica Editora Argentina S.A. de C.V., Buenos Aires, 1963. p. 39.

¹²⁹ ROMERO, *Op cit*: pp. 252, 253.

¹³⁰ VAZQUEZ DEL MERCADO, *Op cit*: p. 187.

¹³¹ BEJARANO SANCHEZ, *Op cit*: p. 38.

¹³² PEREZ FERNANDEZ DEL CASTILLO, Bernardo. *Contratos Civiles*, 6ª ed; Porrúa, México, 1999. p. 164.

establece la obligatoriedad de pactar el pago de un interés convencional en este contrato, únicamente ordena el pago obligatorio del interés moratorio, precisamente en su artículo 362 que señala: "Los deudores que demoren en el pago de sus deudas deberán satisfacer, desde el día siguiente al de su vencimiento, el interés pactado para ese caso, o en su defecto el seis por ciento anual."

"Este criterio legal es objeto de censura por parte de la doctrina mercantilista. Y con razón, porque un préstamo, mercantil y gratuito al mismo tiempo, es un contrasentido".¹³³ Será un contrasentido o una aberración, pero una aberración real y vigente en nuestro sistema de derecho.

Vázquez del Mercado difiere y afirma: "A pesar de que, como indicamos, el interés no es un elemento del contrato, puede pactarse y de hecho es normal que así se haga. No es admisible hablar de una actividad mercantil gratuita. El Código de Comercio en su artículo 361, discurre en este aspecto, señalando que toda prestación pactada a favor del acreedor que conste precisamente por escrito, se reputará interés."¹³⁴ Sin embargo ¿qué pasará si en el contrato no se establece por escrito ninguna prestación a favor del acreedor, fuera del mismo objeto del contrato de devolver las cosas prestadas, como para que aquella pueda reputarse como interés? Luego entonces el contrato de préstamo mercantil si puede ser gratuito.

En adición a las anteriores discusiones doctrinales se actualiza otra en relación al monto del interés legal, ya que el Código Civil Federal establece expresamente en su artículo 2395 que el interés legal es del 9% anual, mientras que el Código de Comercio en el artículo 362 señala que el interés moratorio será del 6% seis por ciento. La controversia es la siguiente: ¿el 9% de interés legal que señala el Código Civil se aplica al resto de los contratos civiles típicos, y de manera supletoria también a los contratos mercantiles? O ¿en materia mercantil el interés legal será el 6% del que habla el Código de Comercio, no obstante de no ser señalado expresamente como interés legal y estar establecido en el contrato de préstamo y no

¹³³ GARRIGUES, *Op cit.* p. 142.

en las reglas generales de los contratos? El civilista Bernardo Pérez Fernández del Castillo está de acuerdo con la primera premisa y afirma que el interés legal en materia civil es del 9% anual y de 6% en materia mercantil.¹³⁵ Por su parte Vázquez del Mercado señala que el interés señalado por el Código de Comercio, es un interés de tipo moratorio que ya es una disposición obsoleta porque la práctica la ha sustituido.¹³⁶

En nuestra opinión, el interés de que habla el Código de Comercio no puede confundirse con un interés legal, ya que expresamente lo nombra el artículo 362 como interés moratorio. En este rubro debemos distinguir entre el interés legal u ordinario y el interés moratorio. El primero es aquel que "habiendo sido convenido por las partes, se debe por el uso del dinero durante el periodo anterior a la fecha en que se debe devolver el capital,"¹³⁷ mientras que el interés moratorio "es aquel que adeuda todo aquel que debiendo restituir un capital a su acreedor, se halla moroso en su obligación de pagarlo."¹³⁸

Una última semejanza entre los contratos de préstamo y mutuo estriba en su forma, ninguno de ellos requiere de formalidades especiales para existir, ya que ambos pueden celebrarse por escrito privado, verbalmente o en escritura pública.

Una de las posibles diferencias entre estos consisten en la posibilidad de capitalizar los intereses, ya que en el préstamo mercantil los intereses se pueden capitalizar, tal como lo señala el artículo 363 del Código de Comercio, mientras que el Código Civil Federal en su numeral 2397, señala que: "Las partes no pueden, bajo pena de nulidad, convenir de antemano que los intereses se capitalicen y que produzcan intereses". Sin embargo por prohibir que el acuerdo de capitalizarlos sea "de antemano", esto da lugar a que si exista la capitalización de los mismos, siempre

¹³⁴ VÁZQUEZ DEL MERCADO, *Op cit*, p. 188.

¹³⁵ FERNÁNDEZ DEL CASTILLO, *Op cit*; p. 173.

¹³⁶ VÁZQUEZ DEL MERCADO, *Op cit*, p. 187.

¹³⁷ ROMERO, *Op cit*; p. 255.

¹³⁸ *Idem*.

que se pacte en un convenio modificadorio posterior o cuando los intereses estén vencidos.

De todo lo anterior podemos concluir que las principales diferencias entre el contrato de préstamo mercantil y el mutuo son el nombre del contrato y el cuerpo de leyes en el que se hayan regulados.

Existen otras especies de préstamo, como el bancario contenido en diversas leyes especiales, tales como la apertura de crédito, simple o en cuenta corriente, cartas de crédito, emisión de obligaciones, entre otros, que bien pueden quedar regulados donde lo están, en la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito por tratarse de contratos especiales que requieren de regulación de esa índole. De la misma forma está el préstamo administrativo que otorgan instituciones de la Administración Pública Federal como el Instituto Nacional del Fondo para la Vivienda de los Trabajadores (INFONAVIT), el Instituto del Seguro Social al Servicio de los Trabajadores del Estado (ISSSTE) y el Fondo de Vivienda al Servicio de los Trabajadores del Estado (FOVISTE).

3.2.4 CONTRATO DE COMPRAVENTA

La definición de este contrato la da el Código Civil Federal en su artículo 2248 que a la letra dice: "Habrá compra-venta cuando uno de los contratantes se obliga a transferir la propiedad de una cosa o de un derecho, y el otro a su vez se obliga a pagar por ellos un precio justo y en dinero".

Como sucede con los contratos antes estudiados, tampoco existe una definición del contrato de compraventa mercantil. Esto porque en primer lugar ni el Código de Comercio ni ninguna otra ley mercantil lo señala y en segundo lugar, porque jurídicamente resulta imposible elaborarla, así lo indica el doctor Arturo Díaz Bravo al afirmar que "las razones que operan como obstáculos para lograr una, hasta

hoy, inalcanzable definición jurídica del acto de comercio, son parte también para considerar inexistente un concepto jurídico de compraventa mercantil.¹³⁹

Por lo tanto, continúa Díaz Bravo, para identificar a la compraventa mercantil tendremos que atender a la "tan cómoda como vaga"¹⁴⁰ noción legal de este contrato contenida en el artículo 371 del Código de Comercio que señala: "*serán mercantiles las compraventas a las que este código les da tal carácter, y todas las que se hagan con el objeto directo y preferente de traficar.*"

Además de esta noción legal de compraventa mercantil, el artículo 75 del Código de Comercio, en sus fracciones I, II, y III, señala que se reputan actos de comercio:

- todas las adquisiciones, enajenaciones y alquileres verificados con propósito de especulación comercial, de mantenimientos, artículos, muebles o mercaderías, sea en estado natural, sea después de trabajados o labrados.
- Las compras y ventas de bienes inmuebles, cuando se hagan con dicho propósito de especulación comercial.
- Las compras y ventas de porciones, acciones y obligaciones de las sociedades mercantiles.

En atención a lo señalado por la ley mercantil, y siguiendo el criterio del profesor Díaz Bravo, podemos afirmar que un contrato de compraventa será considerado como mercantil:

- si recae sobre una cosa de comercio;
- si la realiza un comerciante; o
- si se realiza con el propósito de especulación comercial o con el objeto de traficar.

¹³⁹ DIAZ BRAVO, *Op cit.*, p. 77.

¹⁴⁰ *Idem*.

El doctrinista Rodríguez Rodríguez coincide con el criterio adoptado por Arturo Díaz Bravo, ya que al dar la definición de este contrato afirma que "será mercantil aquella compraventa hecha sobre muebles o inmuebles reelaborados o no, si se hace con el propósito de lucro, la que recae sobre cosas mercantiles o la que se realiza entre comerciantes."¹⁴¹

En atención a lo señalado por la doctrina relativo a la compraventa mercantil, comenzaremos por analizar cuáles son las cosas mercantiles, para poder entonces clasificar de mercantil a toda compraventa que verse sobre éstas.

El artículo 1° de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito señala que los títulos de crédito son cosas mercantiles, esto es, el pagaré, la letra de cambio, el cheque, entre otros, o como la misma ley lo indica "los documentos necesarios para ejercitar el derecho literal que en ellos se consigna"¹⁴².

Con base en este artículo podríamos afirmar que los documentos civiles hechos a la orden o al portador, son títulos de crédito y por tanto cosas mercantiles, ya que basta su presentación ante el deudor para *ejercitar el derecho literal que en ellos se consigna*. Sin embargo y por estar regulados en los artículos que van del 1874 al 1881 del Código Civil Federal son de carácter civil, aunque tengan la misma esencia que los títulos de crédito mercantiles¹⁴³.

En relación a los documentos civiles a la orden y al portador, la doctrina se encuentra dividida, ya que algunos estudiosos del derecho¹⁴⁴ afirman que las disposiciones relativas a estos, fueron derogadas con la promulgación de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito el 26 de agosto de 1932, mientras que

¹⁴¹ RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ, *Op cit*: p. 4.

¹⁴² Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, artículo 5°.

¹⁴³ Cfr. BORJA SORIANO, *Op cit*: p. 317

¹⁴⁴ GUTIÉRREZ Y GONZÁLEZ, Ernesto, RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ, Joaquín, BORJA SORIANO, Manuel, entre otros.

otros¹⁴⁵ señalan que actualmente es legalmente válida su expedición, ya que los Tribunales les reconocen y conceden fuerza ejecutiva.

Los títulos de crédito son también llamados por el doctrinista Joaquín Rodríguez Rodríguez como *títulos valor*¹⁴⁶, quien incluye entre estos los bonos de fundador, bonos de ahorro, bonos bancarios, certificados de participación, certificados de vivienda, acciones y obligaciones de las sociedades mercantiles, acciones de trabajo, cédulas hipotecarias, bonos hipotecarios, certificados de depósito, bono de prenda, conocimiento de embarque y los certificados de aportación patrimonial de las sociedades nacionales de crédito. Los aquí enunciados los identifica Rodríguez Rodríguez como títulos nominados, pero existen muchos otros títulos valor, a decir de él mismo, que han tenido su origen en la costumbre o en un acto reflexivo creador y que identifica como innominados, con lo que se amplía considerablemente la lista de las cosas mercantiles. Es por esto que Rodríguez Rodríguez llega a afirmar que "no existe un *numerus clausum* de títulos valores. Es decir, creemos que los títulos valores pueden ser creados por la costumbre ... al impulso espontáneo de las exigencias y conveniencias de la vida comercial"¹⁴⁷.

Por su parte Díaz Bravo¹⁴⁸ afirma que son cosas mercantiles, además de las ya mencionadas, el dinero cuando es objeto de remesas en plazas diferentes, los buques, las empresas comerciales, las patentes, las marcas y las demás manifestaciones de la propiedad industrial. Este autor hace una acotación en el sentido de que los buques son cosas mercantiles sólo en cuanto configuren instrumentos de comercio marítimo, y que por tal razón y por analogía deberían considerarse cosas mercantiles las aeronaves y los vehículos de transporte terrestre de personas o mercaderías, y dice "debería" porque no existe sustento legal alguno para afirmar esto.

¹⁴⁵ ROGJINA VILLEGAS, Rafael, BEJARANO SÁNCHEZ, Manuel, entre otros.

¹⁴⁶ RODRIGUEZ RODRIGUEZ, *Op cit.*, p. 252.

¹⁴⁷ *Ibidem*, p. 267.

¹⁴⁸ DIAZ BRAVO, *Op cit.*, p. 80.

Atento a este criterio de clasificación de la compraventa, la misma será mercantil cuando tenga por objeto una de estas "cosas" mercantiles, en muchos de los casos independientemente de la persona que lo celebre y del fin que persiga, sin embargo, como lo afirma el español Joaquín Garrigues "toda cosa mueble o inmueble, corporal o incorporeal, fungible, puede ser objeto de compraventa mercantil si se vende o se compra en el ejercicio de una explotación mercantil y no se trata de cosas inalienables"¹⁴⁹.

En razón de que cualquier cosa, no obstante que no esté dentro de las que la doctrina y la ley ha llamado "cosas mercantiles", puede ser objeto de una compraventa mercantil, el criterio objetivo no ha sido suficiente para determinar la ley que le será aplicable a un contrato en el que se transmite una cosa a cambio de un precio. Por eso la doctrina¹⁵⁰ ha establecido que también será mercantil toda compraventa celebrada por un comerciante en el ejercicio de su profesión (criterio subjetivo).

De acuerdo a lo señalado por el artículo 3° de nuestro Código de Comercio, son comerciantes las personas que hacen del comercio su ocupación ordinaria, las sociedades mercantiles y las sociedades extranjeras que ejerzan actos de comercio en México. Aunado a lo anterior el Código de referencia establece en su artículo 4° que todas aquellas personas que hagan alguna operación de comercio, quedan por tal razón sujetas a las leyes mercantiles, y como consecuencia se les da la apariencia temporal de comerciantes. En atención a este criterio, la mayoría de las compraventas serían mercantiles, ya que cualquier persona, independientemente de la profesión que ejerza, puede en un momento dado, llegar a ser considerada como comerciante, por haber celebrado accidentalmente una operación de comercio.

En cuanto a los no comerciantes, pueden realizar contratos mercantiles, por ejemplo, cuando alguien adquiere un vehículo ocasionalmente, para revenderlo a un mayor precio; cuando una persona celebra un contrato de apertura de crédito con un Banco, solicitando financiamiento a la Institución de Crédito para construir su casa; cuando alguien solicita a una empresa de transportes, que le traslade sus muebles a otra

¹⁴⁹ GARRIGUES, *Op cit.*, T. II, p. 74.

¹⁵⁰ DÍAZ BRAVO, Arturo, DE PINA VARA, Rafael, TENA RAMÍREZ, Felipe de Jesús, VÁZQUEZ DEL MERCADO, Oscar, entre otros.

ciudad o, simplemente, cuando todos, en algún momento compramos un boleto de avión, para trasladarnos de un sitio a otro. ... una persona accidentalmente o de manera ocasional (que) realiza un contrato o una operación de comercio, aunque no sea en derecho comerciante, por esa sola circunstancia queda sujeto a la legislación mercantil.¹⁵¹

El maestro Felipe Tena Ramírez opina que "son mercantiles subjetivamente consideradas, todas aquellas operaciones que se verifiquen entre comerciantes y banqueros, excepto cuando tengan una naturaleza esencialmente civil"¹⁵², entre estas operaciones ubica las siguientes:

Artículo 75 del Código de Comercio.- "La Ley reputa actos de comercio: ...

III.- Las compras y ventas de porciones, acciones y obligaciones de las sociedades mercantiles;

IV.- Los contratos relativos a obligaciones del Estado u otros títulos de crédito corrientes en el comercio;

XXI.- Las obligaciones entre comerciantes y banqueros, si no son de naturaleza esencialmente civil."

En este sentido coinciden con Tena Ramírez, los doctrinistas Rafael de Pina Vara y Oscar Vázquez del Mercado, pero únicamente por lo que ve a la fracción XXI citada, ya que de Pina Vara, invoca también la fracción III del multicitado artículo 75, y la fracción XV que establece como actos de comercio "todos los contratos relativos al comercio marítimo y a la navegación exterior", actos que a decir de Pina Vara, son mercantiles en atención al sujeto, puesto que son "celebradas entre comerciantes"¹⁵³.

El profesor Vázquez del Mercado fundamenta su dicho, además de en la fracción XXI transcrita, en lo estipulado por la fracción XX del citado artículo 75, que señala en lo conducente que son actos de comercio "... las obligaciones de los comerciantes, a no ser que se deriven de una causa extraña al comercio". Continúa indicando que "la participación de un sujeto comerciante puede darle el carácter de

¹⁵¹ LOPEZ ELIAS, Pedro. Coordinadoras: AYLLON GONZALEZ, Ma. Estela. GARCIA FERNANDEZ, Dora. *Temas selectos de Derecho Corporativo*, Porrúa, México, 2000, p. 157.

¹⁵² TENA RAMIREZ, *Op cit*, p. 159.

¹⁵³ DE PINA VARA, *Op cit*, p. 208.

mercantil a la compraventa, cuando el comerciante la realiza en el ejercicio de su profesión que en última instancia, implica como última finalidad la de especular o traficar."¹⁵⁴

En esta última aseveración coincide con Arturo Díaz Bravo, quien también considera importante hacer notar que la compraventa es mercantil por el sujeto sólo cuando constituye una operación propia de la actividad principal de un comerciante.

Por ello, señala que las compraventas mercantiles por el sujeto, son "las que efectúen las empresas a ellas dedicadas, ora como meras intermediarias (abastecimiento y suministros, art. 75-V), ora como productoras (frac. VII), ora como distribuidoras, editoras o impresoras de libros y publicaciones tipográficas (frac. IX); pero también como rematadoras (frac. X)."¹⁵⁵

Pero, ¿qué pasará cuando una de estas empresas en el ejercicio de su actividad comercial celebre una compraventa con el único objeto de consumir lo comprado? Esa compraventa ¿será civil porque no apareció en ella la intención de especular? o ¿será mercantil porque el sujeto que la realizó es un comerciante?

La solución en este caso hipotético la aporta el artículo 76 del Código de Comercio que indica que "no son actos de comercio la compra de artículos o mercaderías que para su uso o consumo, o los de su familia, hagan los comerciantes, ni las reventas hechas por obreros, cuando ellas fueren consecuencia natural de la práctica de su oficio". Por tal razón, será necesario identificar el destino de las cosas compradas para determinar si el acto se refiere o no al ejercicio del comercio, solución que no resulta nada sencilla, ni práctica.

De este modo muchos actos jurídicos que, proviniendo de un no comerciante, serían civiles, devienen actos de comercio cuando es un comerciante el que los realiza. La comerciabilidad parte del acto, va a dar a la persona; después, en virtud de un movimiento de retroceso, cae de nuevo sobre los actos a fin de apoderarse del mayor número de ellos.¹⁵⁶

¹⁵⁴ VAZQUEZ DEL MERCADO, *Op cit.* p. 194.

¹⁵⁵ DIAZ BRAVO, *Op cit.* p. 80.

¹⁵⁶ TENA RAMIREZ, *Op cit.* p. 100.

Consideramos por tanto, que el criterio subjetivo tampoco resulta suficiente para calificar de mercantil a una compraventa, por cuanto no es absoluto y tiene sus excepciones, ya que como lo afirma Tena Ramírez “comerciantes y banqueros pueden llevar a cabo operaciones netamente civiles que no recaigan sobre objetos mercantiles, que no tengan el propósito de la reventa o circulación, ni el de lucro mercantil que menciona la ley.”¹⁵⁷ En estos casos, y no obstante que la compraventa haya sido celebrada por un comerciante, el contrato será de tipo civil. Es así como podemos afirmar que la calidad de comerciante no es esencial para revestir de comercialidad a la compraventa.

Es en este punto donde aparece el tercer criterio de clasificación previsto por el Código de Comercio, que en su artículo 371 señala que serán mercantiles aquellas compraventas que se hagan con el objeto directo y preferente de traficar y en la fracción I del artículo 75 establece que son actos de comercio las adquisiciones y enajenaciones celebradas con propósito de especulación comercial.

Arturo Díaz Bravo señala que traficar es comprar para revender y citando al Diccionario de la Real Academia Española afirma que “traficar es ... comerciar, negociar con el dinero y las mercaderías, trocando, comprando o vendiendo, o con otros semejantes tratos”¹⁵⁸ Este concepto lo distingue del de “especular”, que consiste en el ánimo de obtener un lucro, y señala además que una compraventa especulativa, es decir aquella celebrada para tener una ganancia, solo será mercantil cuando “forme parte de operaciones similares realizadas por un mismo sujeto”¹⁵⁹, no así cuando se trate de una compraventa ocasional, aunque su objeto sea el de especular.

En este punto, Díaz Bravo mezcla los dos criterios de clasificación de la compraventa mercantil, el objetivo y el subjetivo, y es que uno nos conduce al otro y

¹⁵⁷ *Ibidem*, p. 159.

¹⁵⁸ DÍAZ BRAVO, *Op cit*; p. 79.

¹⁵⁹ *Ibidem*, p. 78.

viceversa, por lo que al final ya no queda claro cuál es la naturaleza de la compraventa mercantil que la hace distinguirse de una de carácter civil, si ambas pueden ser celebradas por comerciantes y las dos pueden tener el propósito de especulación.

“Una venta, ya sea civil o comercial, produce el mismo efecto económico, si se considera el acto y no la intención de los contratantes. Además, en la vida civil moderna, la circulación de los bienes es muy activa y siempre se encuentra un cierto espíritu de especulación. Es toda la sociedad que adopta el espíritu comercial ...”¹⁶⁰

Contrario a lo que afirma el profesor Díaz Bravo, para Oscar Vázquez del Mercado la mercantilidad de la compraventa la da la finalidad que esta persiga, que no debe ser otra más que la de “transferir lucrativamente a otro la cosa que compra ... aún cuando al hacer la transferencia no se obtenga el lucro buscado.”¹⁶¹ El carácter lucrativo en una compraventa a decir de Jorge Barrera Graf “se refiere al fin del negocio o de la relación, que implica una intención de obtener ganancias, por alguna de las partes o por todas ellas”¹⁶².

De esta manera, Vázquez del Mercado hace depender el carácter mercantil del contrato de un elemento por demás interno: la intención de una persona de revender la cosa que compra, con el objeto de obtener ganancias, “un dato psicológico de muy difícil apreciación, máxime cuando también la venta civil lleva el propósito de lucro o ganancia.”¹⁶³ Esta intención no siempre se exterioriza, ya que puede permanecer oculta por las partes sobre todo cuando se trata de operaciones aisladas. Es en estos casos en los que se complica la determinación del carácter mercantil, ya que además de ser difícil, queda sujeta a prueba.

La intención de revender con especulación, continúa Vázquez del Mercado, debe darse en el momento de la adquisición y no después, ya que de ser así, la

¹⁶⁰ RIPERT, *Op cit.*, p. 209.

¹⁶¹ VAZQUEZ DEL MERCADO, *Op cit.*; p. 195.

¹⁶² BARRERA GRAF, *Op cit.*, p. 72.

venta no será mercantil, sino civil: "... quien adquiere sin ese propósito de especular y posteriormente vende con utilidad las cosas adquiridas, no hace una compraventa mercantil, porque el propósito sobrevenido no puede retraerse y transformar un acto que fue civil en un acto de naturaleza mercantil."¹⁶⁴

Opinan en el mismo sentido Roberto L. Mantilla Molina y el argentino Francisco J. Garo. Ambos expresan que "la intención de enajenar lucrando debe existir en el momento de la adquisición; ser la causa determinante de ésta, aunque posteriormente el agente desistiere."¹⁶⁵

Compartiendo este criterio, se encuentra Felipe Tena Ramírez quien opina al respecto que para considerar al contrato de compraventa como mercantil la intención de especular debe existir en el momento de realizarse la enajenación y no después, ya que de ser así, la adquisición no será mercantil aunque ésta vaya seguida de un acto de enajenación que genere una ganancia. Aunado a lo anterior, afirma que la intención de revender debe constituir el *motivo principal* de la adquisición.

No obstante los criterios dados por Tena Ramírez para clasificar la compraventa de mercantil por la intención de la especulación que supuestamente ésta siempre persigue, **el doctrinista termina aceptando que es imposible encontrar una fórmula segura que sirva para identificar la especulación en una compraventa** y por consiguiente para otorgarle el carácter mercantil, por lo que sugiere aplicar además las siguientes reglas:

1. Si es celebrada por comerciantes, la compraventa será mercantil salvo prueba en lo contrario, en atención a lo dispuesto por las fracciones XX y XXI del artículo 75 del Código de Comercio; quien afirme que el acto es civil deberá probar que éste es ajeno al comercio de su autor.

¹⁶³ RODRIGUEZ RODRIGUEZ, *Op cit.* p. 31.

¹⁶⁴ VAZQUEZ DEL MERCADO, *Op cit.* p. 195.

¹⁶⁵ GARO, Francisco J. *Derecho Comercial*, Depalma Editor, Buenos Aires, 1955, p. 80.

2. Si la compraventa es efectuada por una persona no comerciante, el acto será civil, salvo prueba en contrario por parte de quien afirme que dicho acto es mercantil.

Además de las anteriores disposiciones, Tena Ramírez expresa que para revelar el propósito interno del agente, se deberá atender a lo siguiente:

Las declaraciones de –las partes–, la naturaleza de las mercancías (que son por lo común objeto de especulación, o impropias del consumo del adquirente), su cantidad excesiva para las presuntas necesidades del mismo, la condición económica y social del comprador; las relaciones de negocios que anteriormente hayan mediado entre las partes; otras adquisiciones de mercancías de la misma especie y de distinta procedencia; la notoriedad de las especulaciones análogas realizadas antes por el mismo comprador; el lugar de contratación; la forma del contrato; el modo de ejecución; et., etc., serán circunstancias que, acompañando de cerca la relación jurídica, el magistrado apreciará soberanamente a efecto de determinar la índole comercial o civil, de la operación de que se trate.¹⁶⁶

Considerando todo lo anterior, tarea nada sencilla aún y para el más paciente de los juristas, es como se podrá determinar si un contrato marcado con el ánimo de especulación, es de naturaleza civil o mercantil.

Al menos tratándose de la intención de traficar que menciona el artículo 75 del Código de Comercio, a primera impresión resulta claro identificarla dentro de una compraventa, ya que a decir de Arturo Díaz Bravo una compraventa celebrada con el objeto de traficar, es decir, con el propósito de enajenar el mismo bien o de permitir su uso o explotación por un tercero, siempre será mercantil, aunque se trate de un acto aislado. Sin embargo, vale la pena citar en este rubro al doctrinista Jorge Barrera Graf, quien afirma:

Si para considerar una institución como mercantil solamente se adujeran las notas, que son propias de esta rama del derecho, de intermediación o la finalidad lucrativa, la separación de los dos campos no sería clara ni precisa, porque es inconcuso que muchas situaciones que tradicional y actualmente están comprendidas en el derecho mercantil, ... (e.g. la suscripción, el endoso, o el aval de un título de crédito), y porque ellas también pueden darse, aunque sea marginalmente, en los contratos civiles: por ejemplo, en los contratos agrarios de medianería, en las compraventas de los productos de la tierra o de la explotación del ganado.¹⁶⁷

¹⁶⁶ TENA RAMÍREZ, *Op cit.*, p. 69

¹⁶⁷ BARRERA GRAF, *Op cit.*, p. 26.

No obstante todo lo anteriormente dicho y lo señalado en la fracción II del artículo 75 del Código de Comercio (que señala que son actos de comercio *las compras y ventas de bienes inmuebles, cuando se hagan con dicho propósito de especulación comercial*), la mayoría de las compraventas de bienes inmuebles (si no es que todas), aunque sean celebradas por comerciantes y estén marcadas con el ánimo de lucro o con la intención de especular, en la práctica son reguladas por el Código Civil del lugar en el que se ubique el inmueble por disposición de la fracción III del artículo 121 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos que establece: "Los bienes muebles e inmuebles se regirán por la ley del lugar de su ubicación."

"Es la ley civil la única que rige las condiciones de adquisición y de transmisión de la propiedad inmobiliaria. Una venta de un inmueble entre dos comerciantes se rige por la ley civil sin consideración de la calidad de las partes y la jurisdicción civil es la única competente para estatuir la posesión y la propiedad."¹⁶⁸

De esta forma, aún y con todo el afán lucrativo que pudiera tener la venta de inmuebles, lo que sucede muy a menudo, en la práctica ésta se rige por las leyes civiles. Así es como "podemos siempre admitir que el que ha especulado sobre inmuebles se libre de las consecuencias jurídicas derivadas del comercio por el hecho de que no realice actos de comercio. Todas estas cuestiones muestran entonces que esa división entre lo civil y comercial no está tanto en la realidad de las cosas como en el cerebro de los hombres."¹⁶⁹

Un ejemplo por demás claro de lo anterior, es lo lucrativo que resulta en nuestros días el negocio inmobiliario, solo hay que ver la cantidad de desarrollos de este tipo que han surgido en los últimos años, sin embargo con todo el ánimo de especulación que presentan, siguen siendo regulados en su parte central por las

¹⁶⁸ RIPERT, *Op cit*, pp. 216, 217.

¹⁶⁹ GARRIDO-ZAGO, *Op cit*, *Apud*: LAFAILLE, Congreso de Derecho, Montevideo, 1948, p.54.

leyes civiles. Podemos decir de lo anterior, lo mismo que el jurista argentino Isaac Halperin, que "se trata de disposiciones reñidas con la realidad económica contemporánea, pero que no es posible apartarlas dados los textos legales."¹⁷⁰

La opinión del mexicano Cervantes Ahumada en el caso de la compraventa sobre inmuebles, es todavía más sorprendente, ya que niega el carácter de mercantil a toda compraventa aislada de inmuebles aunque sea realizada con ánimo de lucro, y dice que solo serán mercantiles aquellas "compraventas realizadas a través de empresas que se dediquen al tráfico de inmuebles".¹⁷¹ Cabría entonces preguntar a Cervantes Ahumada, si el legislador no consideró esta característica en la fracción II del Artículo 75 del Código de Comercio, ¿Porqué si la considera él? He aquí otro caso en el que se mezclan los criterios subjetivo y el objetivo usados para calificar la naturaleza del contrato en estudio.

"No hay justificación para esa separación arbitraria de leyes, a que debe dársele el nombre de derecho comercial o Código de Comercio ya que los actos de la vida jurídica, exceptuando los beneficios, pueden ser comerciales o no comerciales; esto es, tanto pueden tener por fin el lucro pecuniario, como satisfacer necesidades de la existencia."¹⁷²

A la anterior problemática a que nos condenan nuestros textos legales, habremos de sumarle la incertidumbre que se presenta cuando debemos decidir la ley sustantiva aplicable a aquellos contratos de compraventa que son para una de las partes de carácter civil y para la otra mercantil, como pudiera ser por ejemplo la compra hecha por una ama de casa de un artículo de consumo en una tienda departamental. Estos son los llamados actos de comercio mixto, de los que hablamos en el capítulo anterior y en relación a los cuales concluimos que hasta en tanto no tomen el carácter judicial, es decir, hasta en tanto una compraventa mixta no sea motivo de una demanda ante los tribunales no sabremos qué legislación legal es

¹⁷⁰ HALPERIN, Isaac. *Curso de derecho comercial*, Vol. I, Ediciones Depalma, Buenos Aires, 1967, p.40.

¹⁷¹ CERVANTES AHUMADA, *Op cit*; p. 519.

aplicable, si la civil o la mercantil, ya que nuestro sistema de derecho solo prevé la solución en materia procesal, precisamente en el artículo 1050 del Código de Comercio que señala que la controversia que se derive de un acto mixto se regirá conforme a lo dispuesto en las leyes mercantiles.

No obstante la forzada división entre la compraventa civil y la mercantil, que hasta la fecha hemos mantenido, la realidad es que la regulación de este contrato en dos códigos, el civil y el mercantil, es prácticamente la misma. Esto como consecuencia de lo establecido por los artículos 2 y 81 del Código de Comercio muchas veces mencionados dentro del presente trabajo. De acuerdo a lo señalado por el último artículo citado las compraventas mercantiles en cuanto a sus elementos de existencia y validez se rigen por las disposiciones del Código Civil. También por virtud del artículo 81 del Código de Comercio, le son las aplicables las reglas civiles relativas a la rescisión, nulidad y capacidad.

En materia procesal se presenta una situación semejante, ya que la Suprema Corte de Justicia ha establecido que en el caso de un litigio mercantil que por alguna causa se ha seguido conforme a la vía civil, esto no perjudica los intereses jurídicamente tutelados y la vía elegida será la correcta aun y cuando el conflicto sea de naturaleza opuesta. A continuación citamos el mencionado criterio de la Suprema Corte:

Tercera Sala; Sexta Epoca; Volumen CXVIII, Página 132. VIA, PROCEDENCIA DE LA.

Si la parte actora eligió la vía ejecutiva civil en lugar de la vía ejecutiva mercantil, **no causó perjuicio ni indefensión en los intereses jurídicamente tutelados** de la demandada, toda vez que la vía sumaria civil, le es más favorable que la vía mercantil, por la mayor amplitud de los términos de defensa que en aquella se confieren a las partes.

Amp Dir 8937/65. Teresa Nava Castillo. 13/04/67. Unanimidad 5 votos. Ponente: Mariano Azuela.

¹⁷² GARRIDO- ZAGO, *Op cit*; p. 53 *Apud*. Teixeira de Freitas citado a su vez por GASTALDI, José María. *Introducción al estudio de los contratos comerciales. Su relación con los contratos civiles*. 3ª ed; de Belgrano, p. 102.

De lo anterior podemos notar que esta doble regulación de los contratos y las obligaciones está más en la teoría y en la redacción de nuestros textos legales que en la práctica y en la realidad jurídica.

El único signo distintivo relevante de la compraventa mercantil con la civil, es el establecido en el artículo 385 del Código de Comercio, que en lo conducente señala: "Las ventas mercantiles no se rescindirán por causa de lesión..."

Este precepto establece no que una compraventa mercantil no pueda estar viciada por lesión al igual que una civil y cualquier otro contrato, sino que aquella no se rescindiría¹⁷³ si se presenta este vicio de la voluntad, a diferencia de una compraventa civil en la cual la lesión ocasiona la nulidad relativa de la misma. De esta manera un contrato de compraventa mercantil lesivo no se dará por rescindido, pero el perjudicado si podrá reclamar daños y perjuicios y ejercitar la acción criminal que proceda.

Como lo afirma Arturo Díaz Bravo¹⁷⁴, el concepto de lesión tiene dos elementos: uno subjetivo consistente en la explotación de la suma ignorancia, notoria inexperiencia o extrema miseria de otro, y el otro objetivo que se constituye por el lucro excesivo y evidentemente desproporcionado respecto de una de las partes en el contrato. Sin embargo, los comerciantes en su mayoría no pueden verse explotados en la celebración de sus contratos, en virtud de la calidad profesional con la que cuentan, la experiencia en este tipo de contrataciones y el ánimo de lucro que supuestamente siempre persiguen, sería difícil que actúen en contra de sus intereses y admitan desproporción en sus relaciones contractuales¹⁷⁵.

Sin embargo y como ya lo hemos comentado, no todos los contratos a los que la ley da el carácter de mercantiles, son celebrados entre comerciantes, la mayoría de ellos lo hacen con no comerciantes y en muchos casos, los mismos no

¹⁷³ En su caso, sería nulidad relativa, de acuerdo a lo aseverado por el artículo 2228 del Código Civil Federal.

¹⁷⁴ DIAZ BRAVO, *Op cit.*, p. 86.

¹⁷⁵ *Idem.*

comerciantes se ven dentro de la esfera de aplicación del derecho mercantil al celebrar ocasionalmente algunos de los llamados actos de comercio.

Por esto, consideramos resulta injusto que el contrato de compraventa mercantil no pueda ser rescindido por lesión cuando éste no sólo es celebrado por profesionales en el comercio, sino por cualquier persona con capacidad legal.

Como vemos, entre la compraventa civil y la compraventa mercantil no existe diferencia en su naturaleza, sino únicamente aquella que la propia ley le quiere imponer.

Por todo lo anterior, con sobrada razón establece el Código Civil Italiano¹⁷⁶ en su título III llamado *De los contratos singulares*, precisamente en su artículo 1470 que se titula *la noción de la venta*, y que señala que esta "es el contrato que tiene por objeto la transferencia de la propiedad de una cosa o la transferencia de otro derecho contra la compensación de un precio."¹⁷⁷ En esta regulación incluye la venta de cosas muebles, la venta de títulos de crédito, la venta sobre documentos, la venta de cosas inmuebles y la venta de herencia, sin preocuparse por determinar si será mercantil y en qué momento se clasificará como civil, con lo que se evita todas las discusiones doctrinales y las interpretaciones legales contradictorias que se dan en nuestro país.

Porque como decíamos, tenga la venta el objeto de traficar, la intención de especular, la intención de revender sin lucro o el simple motivo de consumir lo comprado, sea celebrada entre comerciantes o la realicen amas de casa, verse sobre zapatos o verse sobre pagarés, el contrato tendrá precisamente la misma *noción*: la entrega de una cosa a cambio de un precio.

¹⁷⁶ El Código Civil Italiano de 1942 unificó las materias civil y mercantil en un mismo cuerpo de leyes.

¹⁷⁷ MESSINEO, *Op. cit.*, T I, p. 288.

Por otro lado, el Instituto Internacional para la Unificación del Derecho Privado¹⁷⁸, de Roma, aprobó en la reunión de La Haya en abril de 1964, la "Ley Uniforme sobre la venta internacional de objetos muebles corporales", con el objeto de construir en el campo del derecho privado "un mundo más armonioso y fraternal."¹⁷⁹

Sin embargo, la regulación aplicable al contrato de compraventa de carácter internacional, es la *Convención sobre la compraventa internacional de mercaderías*, aprobada por la Conferencia Internacional de Viena convocada por la Organización de las Naciones Unidas en 1980. Este documento regula los principios fundamentales de este contrato internacional, así como las relaciones entre vendedor y comprador. Fue ratificado por el Gobierno Mexicano el 29 de diciembre de 1987, publicado en el Diario Oficial de la Federación el día 22 de diciembre de 1988 y entró en vigor en México el 1° de enero de 1989.

Por tanto, si a nivel mundial se han unificado las reglas para el contrato en comento, no existe entonces una imposibilidad de fondo para que la compraventa civil y la compraventa mercantil sean reguladas en México por un solo cuerpo de leyes, como se propone en el presente trabajo.

¿Porqué una venta no podría tener un estatuto único, sea o no comerciante el que la efectúe? Los contratos que se utilizan en la vida comercial son los mismos que se emplean en la vida civil. ¿Porqué han de someterse a reglas distintas en cuanto a la prueba o a la competencia? ... Un regimen uniforme sería en todo caso más simple y daría satisfacción al ideal de igualdad y al espíritu de lógica.¹⁸⁰

3.2.5. CONTRATO DE CONSIGNACIÓN

Recientemente incluido en el Código de Comercio, precisamente entre las reformas hechas el 5 de junio del año 2000 al título sexto del libro segundo del Código de

¹⁷⁸ El *UNIDROIT* fue fundado en 1926, agrupa a juristas de distintas nacionalidades y ha preparado diversos textos comerciales importantes.

Cf. BARRERA GRAF, *Op cit*; p. 42.

¹⁷⁹ GARRIGUES, *Op cit*; T. II, p. 69.

¹⁸⁰ RIPERT, *Op cit*; p. 10.

Comercio, el contrato de consignación es el único contrato típico mercantil que no está incluido también en el Código Civil Federal.

El artículo 392 del Código de Comercio aporta el concepto del mismo y señala que la consignación mercantil es el contrato por virtud el cual, una persona denominada consignante transmite la "disponibilidad" y no la propiedad de uno o varios bienes muebles a otra persona denominada consignatario, para que le pague un precio por ellos en caso de venderlos en el término establecido o se los restituya en caso de no hacerlo.

La mercantilidad del contrato de consignación o estimatorio resulta obvia, ya que como ya lo mencionamos se encuentra regulado únicamente en el Código de Comercio, lo cual no da lugar a dudas acerca de su naturaleza, como ocurre con el resto de los contratos mercantiles típicos. Comparten el criterio del legislador mexicano, los códigos salvadoreño, guatemalteco y hondureño al incluir este contrato dentro de su legislación mercantil, pero difiere de esta opinión el legislador italiano, quien incluye el contrato de consignación dentro del Código Civil, tal como lo veremos en el capítulo siguiente de esta tesis.

3.2.6. CONTRATO DE TRANSPORTE MERCANTIL

El contrato de Transporte lo define Vázquez del Mercado como "aquel en virtud del cual un sujeto, persona física o colectiva, se obliga, mediante un precio a transportar de un punto a otro, ya sean cosas o personas, utilizando el medio de tracción adecuado".¹⁸¹

El transporte puede ser de tipo terrestre (regulado por el Código de Comercio, la Ley de Vías Generales de Comunicación, la Ley de Caminos y Puentes Federales, entre otras), marítimo (contemplado en la Ley de Navegación, la Ley de Navegación

¹⁸¹ VAZQUEZ DEL MERCADO, *Op cit*, p. 227.

y Comercio Marítimo, la Ley de Puertos, entre otras) o aéreo (cuyas reglas las prevé la Ley de Aviación Civil, la Ley de Aeropuertos, entre otras).

Para efectos de nuestro estudio, comentaremos el contrato mercantil de transporte terrestre regulado en la legislación mercantil, que es aquel realizado por vías terrestres o fluviales de todo tipo siempre que:

- I. Tenga por objeto mercaderías o cualesquiera efectos de comercio; ó
- II. Sea comerciante el porteador o se dedique habitualmente a verificar transportes para el público; ó
- III. Sea realizado por empresas de transportes de personas o cosas.

Así lo dispone el artículo 576 del Código de Comercio y la fracción VIII del numeral 75 del mismo ordenamiento. Los anteriores criterios abarcan prácticamente la totalidad de los contratos de transporte celebrados, por lo que el contrato de transporte civil es casi inexistente, "cuéntese los transportes por tierra, agua o aire, de personas, de cosas, en los que el porteador no sea un empresario –persona física o moral- y las cosas transportadas no sean mercaderías o efectos de comercio. Añádase a lo anterior el carácter comercial de las empresas de transportes ..."¹⁸²

No obstante, al igual que como sucede con el resto de los contratos comentados en este capítulo, el contrato de transporte se encuentra regulado también en el Código Civil Federal en los artículos que van del 2646 al 2665, y en el primero de estos indica que el transporte civil es aquel "contrato por el cual alguno se obliga a transportar, bajo su inmediata dirección o la de sus dependientes, por tierra, por agua o por el aire a personas, animales, mercaderías o cualesquiera otros objetos, si no constituye un contrato mercantil...".

Pero como comentábamos, son tantos los casos en los que el transporte constituye un contrato mercantil, que a decir del profesor Jorge Alfredo Domínguez el

¹⁸² DIAZ BRAVO, *Op cit.*, p. 136.

único contrato de transporte civil sería el vulgarmente conocido en México como el *aventón*.

Punto en el que difiere Arturo Díaz Bravo, ya que este afirma que el *aventón* debe tratarse como contrato de prestación de servicios gratuitos sujeto a condición resolutoria, ya que el oferente del traslado no se obliga a prestarlo y no interviene el pago de una contraprestación por el servicio. Pero en lo tocante a nuestro tema, Díaz Bravo coincide en que el contrato de transporte civil "está apunto de ocupar su lugar como pieza de museo jurídico."¹⁸³

A decir de Joaquín Rodríguez Rodríguez no hay posibilidad de distinguir un contrato de transporte civil de otro mercantil atendiendo al criterio objetivo contenido en la fracción I del artículo 576 del Código de Comercio que indica que será mercantil aquel contrato que transporte mercaderías, ya que el artículo 2646 del Código Civil Federal antes citado, califica como civiles aquellos contratos en los que se transporten mercaderías, siempre que no constituyan un contrato mercantil, "de este modo, tenemos que el transporte de mercancías será civil cuando no sea mercantil y como no hay norma alguna para calificarlo como mercantil, llegamos a la conclusión de que con arreglo a este criterio no hay posibilidad de distinción alguna."¹⁸⁴

El mismo doctrinista señala que el criterio subjetivo plasmado en la fracción II del artículo 576 del Código de Comercio es ilógico, porque señala que todo contrato de transporte que celebre un comerciante independientemente del giro que éste tenga, será mercantil por disposición expresa de el citado precepto legal. "Así, un comerciante en granos si se compromete mediante retribución, a llevar en su coche a una persona de un lugar a otro, ¿tendrá que ser considerado como porteador mercantil de acuerdo con este criterio? Del mismo modo, el dueño de una casa de empeños que se comprometa a transportar cualquier objeto o persona, ¿será también considerado como porteador mercantil?"¹⁸⁵

¹⁸³ *Ibidem*, p. 134

¹⁸⁴ RODRIGUEZ RODRIGUEZ, *Op cit.*, T. II, p. 214.

¹⁸⁵ *Ibidem*, p. 215.

Por lo anterior y en base a lo señalado por la fracción VIII del artículo 75, Rodríguez Rodríguez concluye que la presencia de una empresa dedicada habitualmente a efectuar transportes y la consideración de los actos de transporte como actos masivos, es el dato fundamental que permite llegar a la calificación mercantil del contrato de transporte.

Coinciden con Rodríguez Rodríguez, Oscar Vázquez del Mercado, Rafael De Pina Vara, Joaquín Garrigues y Felipe de Jesús Tena Ramírez, este último afirma que el acto de transporte para ser comercial requiere necesariamente de la organización de factores productivos tendientes a desarrollar la actividad del transporte, es decir, Tena Ramírez no concibe el contrato mercantil si no es celebrado por una empresa. Aunado a lo anterior, critica el criterio objetivo establecido por el legislador en relación a que las mercancías objeto del transporte sirvan para determinar la mercantilidad del acto, ya que como el lo señala "la diferencia entre cosa y mercancía, enseña Vidari, es toda de modo, y no de substancia: un mismo objeto puede ser cosa (cosa civil) en las manos de una persona y mercancía en las de otra... según los diversos usos a que se destine."¹⁸⁶

Por todo lo anterior Tena Ramírez concluye citando al italiano León Bolaffio al opinar que "no pueden tenerse como actos de comercio los transportes aislados, accidentales, aunque los determine el espíritu de lucro y mucho menos los transportes hechos para ejercer un oficio, como el de carrero, que sólo tiende a procurarse una ganancia mediante la prestación de su trabajo"¹⁸⁷

Me parece muy asertada la opinión de Tena Ramírez en este sentido, sin embargo no podemos dejar de lado nuestra legislación por más equivocada o confusa que esta sea, y es que aunque lo más lógico y práctico sea considerar que el contrato de transporte es mercantil cuando lo celebre una empresa o un comerciante dedicados a la transportación, la realidad jurídica es que por disposición legal

¹⁸⁶ *Op cit.* TENA RAMIREZ, p. 91.

también deberán ser considerados como mercantiles aquellos contratos que tengan por objeto trasladar mercaderías independientemente de la calidad del sujeto que las transporte, aun y cuando al hacerlo así la mayoría de los contratos de transporte resulten mercantiles o bien no se logre determinar con seguridad su mercantilidad y además esto constituya una tarea difícil y engorrosa. He aquí un ejemplo más de cómo la legislación mercantil y sus artificiosas calificaciones de la naturaleza comercial de ciertos contratos no coinciden con la realidad de hecho ni se adaptan ya a las exigencias de la vida moderna.

4. CONCLUSIONES

La doble regulación en el régimen de los contratos y de las obligaciones existente en el derecho civil y mercantil además de ser causa de diversas e indeseables discusiones doctrinales como las antes vistas, resulta artificial y forzada, ya que sus fundamentos no corresponden a la naturaleza de las relaciones jurídicas, sino a circunstancias históricas y de tradicionalismos. Para apreciar lo anterior, tenemos los ejemplos dados en nuestro estudio de los contratos mercantiles y además cabe citar los siguientes que aporta el jurista argentino Carlos Malagarriga.

Se le paga a una persona del servicio doméstico y ese pago es un acto civil; pero es comercial si se realiza dicho pago con un cheque¹⁸⁸. Se contrae un préstamo firmando un pagaré nominativo y el acto es civil. Agregóse o no se tachó, si es que existía ya en el formulario utilizado la cláusula "a la orden" y el acto es comercial. Se compra un automóvil para su uso particular y el acto es civil. Se adquiere un yate para el mismo uso y la compra es comercial. Un changador transporta unos muebles y el acto aislado de transporte es civil. La misma mudanza la realiza otro changador que ha alquilado un zaguán y tiene allí un escritorio y un teléfono y el acto es comercial, como realizado por una empresa, rudimetaria si se quiere, pero empresa al fin, de transporte. El sirviente de un domicilio particular que barre la acera de éste lo hace en virtud de una locación de servicios civil¹⁸⁹. El peón del almacén de al lado que barre el trozo de acera siguiente lo hace, en cambio, sobre la de una locación de servicios comercial.¹⁹⁰

¹⁸⁷ *Ibidem* p. 90.

¹⁸⁸ En el derecho mexicano, este contrato es regulado por la Ley Federal del Trabajo, en los artículos que van del 331 al 343.

¹⁸⁹ *Idem*.

¹⁹⁰ MALAGARRIGA, Carlos C. *Derecho Comercial*, Tipográfica Editora Argentina S.A. de C.V., Buenos Aires, 1963, p. 40, 41.

La línea tan delgada que separa en la práctica lo civil de lo comercial se debe a que la función del contrato es la misma en ambas ramas del derecho, y esto es lo que también explica "que las normas ordenadoras de la teoría general sean comunes a los contratos civiles y los mercantiles y hayan de ir a buscarse en el propio Código Civil".¹⁹¹

Nuestro derecho se comercializa a tal punto que se pregunta hoy si no sería más simple unificarlo en un código de obligaciones ... Los actos de la vida corriente son realizados hoy día bajo la forma comercial. El contrato no es más un acuerdo concluido después de una larga discusión, con redacción de un escrito en doble ejemplar. Es adhesión a cláusulas dispuestas de antemano, impresas en formularios, la compra de un billete a precio fijo, la inscripción en un registro. ... Todo hombre que tiene algún bien está obligado a abrir uno u otro código para administrar y defender su fortuna.¹⁹²

Ahora bien, al entrar en el estudio de los preceptos del Código de Comercio en materia de contratos, se observa directamente que algunos de ellos no son más que repeticiones del Código Civil. Es por ello que "el argumento más fuerte pro unificación, consiste en que la estructura jurídica de las instituciones es la misma en el campo civil y en el mercantil; no existe diferencia entre una compraventa civil y una venta mercantil, o entre un préstamo de una u otra clase: la estructura orgánica de las instituciones es básicamente la misma. Consecuentemente, no hay base técnica para una dualidad de regulaciones."¹⁹³

¹⁹¹ URÍA, Rodrigo, *Derecho Mercantil*, 27ª ed; Marcial Pons, España, 2000, p. 532.

¹⁹² SATANOWSKY, *Op cit*, Apud. Georges Ripper, p. 198.

**CAPÍTULO V ALGUNAS SEMEJANZAS Y DIFERENCIAS
ENTRE EL DERECHO CML Y EL DERECHO MERCANTIL
EN MATERIA DE CONTRATOS Y OBLIGACIONES**

Para exponer de una manera más ilustrativa el contenido del capítulo anterior, a continuación se presenta un cuadro comparativo de las principales semejanzas y diferencias que encontramos entre el derecho civil y mercantil en su apartado de obligaciones y en el de contratos.

1. OBLIGACIONES

DERECHO CIVIL	DERECHO MERCANTIL
Regula ampliamente el derecho de las obligaciones en el libro cuarto del Código Civil Federal. Señala las fuentes, modalidades, transmisión, efectos y extinción de las mismas. Además regula la inexistencia y la nulidad del acto jurídico (artículos del 2224 al 2242 del Código Civil Federal).	El Código de Comercio, en sus artículos que van del 77 al 88, contiene las reglas aplicables a los contratos mercantiles en general, las que se pueden denominar como la teoría de las obligaciones mercantiles. ¹⁹⁴
El Código Civil Federal no contempla una legislación supletoria.	El artículo 2° del Código de Comercio contempla la supletoriedad de la ley civil federal sobre la mercantil. ¹⁹⁵
	En virtud del artículo 81 del Código de Comercio, se tienen por integradas al mismo las disposiciones del derecho civil federal relativas a la capacidad de los contrayentes y a las excepciones y

¹⁹³ CERVANTES AHUMADA, *Op cit.* p. 16.

¹⁹⁴ Cfr. pp. 61 – 82 de la presente tesis.

¹⁹⁵ Cfr. p. 68 de ésta tesis.

	causas que rescinden o invalidan los contratos. ¹⁹⁶
La falta de forma requerida por ley en un acto jurídico produce la nulidad relativa del mismo (artículo 2228 del Código Civil Federal).	La falta de forma prevista por la ley en un acto jurídico, ocasiona que el mismo no produzca obligación ni acción en juicio (artículo 79 del Código de Comercio). ¹⁹⁷
Contempla la lesión como vicio del consentimiento en todos los contratos, la cual al presentarse en un acto, origina nulidad relativa del mismo (artículo 2228 del Código Civil Federal).	El artículo 385 del Código de Comercio señala que una compraventa mercantil no se rescindirá por causa de lesión. ¹⁹⁸ Respecto de los demás contratos mercantiles típicos, el Código de Comercio nada dice sobre si es aplicable la lesión en ellos.
Sigue la teoría de la recepción en la formación del consentimiento (artículo 1807 del Código Civil Federal).	Sigue la teoría de la recepción en la formación del consentimiento (artículo 80 del Código de Comercio). ¹⁹⁹
Las obligaciones sin término prefijado por las partes, si son de dar serán exigibles a partir de los 30 días siguientes a la interpelación hecha por el acreedor, mientras que las obligaciones de hacer serán exigibles en el momento que así lo solicite el acreedor (artículo 2080 del Código	Las obligaciones que no tuvieren término prefijado por las partes, si producen acción ordinaria son exigibles a los 10 días después de contraídas y al día inmediato si traen aparejada ejecución (artículo 83 del Código de Comercio) ²⁰⁰ .

¹⁹⁶ *Idem*.

¹⁹⁷ Cfr. p. 64 de ésta tesis.

¹⁹⁸ Cfr. p. 120 del presente trabajo de tesis.

¹⁹⁹ Cfr. p. 66 de la presente tesis.

²⁰⁰ Cfr. p. 71 de la presente tesis.

Civil Federal).	
La legislación civil contempla términos de gracia o de cortesía para el cumplimiento de obligaciones.	No se reconocen los términos de gracia o cortesía (artículo 84 del Código de Comercio). ²⁰¹
El deudor que incumpla con su obligación será responsable de daños y perjuicios en los siguientes términos: <ul style="list-style-type: none"> • En las obligaciones a plazo desde el vencimiento de éste. • En las obligaciones sin plazo cierto, cuando lo exija el acreedor (artículos 2104 y 2080 del Código Civil Federal). 	Los efectos de la morosidad comienzan en las obligaciones con plazo, al día siguiente de su vencimiento, mientras que en las obligaciones sin plazo prefijado, después de la interpelación hecha por el acreedor (artículo 85 del Código de Comercio) ²⁰² .
Si el contrato o la ley no señalan el lugar donde deba efectuarse el pago de la obligación, éste deberá hacerse en el domicilio del deudor. Si se designan varios lugares, el cumplimiento será en el lugar que elija el acreedor (artículo 2082 del Código Civil Federal).	Las obligaciones mercantiles habrán de cumplimentarse en el lugar determinado en el contrato, a falta de pacto, en aquel que, según la naturaleza del negocio o la intención de las partes, deba considerarse adecuado al efecto por consentimiento de aquellas o arbitrio judicial. (artículo 86 del Código de Comercio) ²⁰³ .
Ante el incumplimiento de un contrato, el acreedor puede exigir el cumplimiento de la obligación o el pago de la pena, pero no ambos, a menos que la pena se haya estipulado por el	Ante el incumplimiento de un contrato el perjudicado puede exigir el cumplimiento del contrato o la pena de indemnización pero no ambas (artículo 88 del Código de Comercio) ²⁰⁴ .

²⁰¹ Cfr. p. 73 de ésta tesis.

²⁰² Cfr. p. 75 del presente trabajo de tesis.

²⁰³ Cfr. p. 77 del presente trabajo de tesis.

²⁰⁴ Cf. p. 78 de la presente tesis.

<p>simple retardo en el cumplimiento de la obligación, o porque ésta no se preste de la manera convenida (artículo 1846 del Código Civil Federal).</p>	
<p>La regla general de extinción de las obligaciones por prescripción es de 10 años (artículo 1159 del Código Civil Federal).</p>	<p>La regla general de extinción de las obligaciones por prescripción es de 10 años (artículo 1047 del Código de Comercio).</p>
<p>La prescripción comienza a correr contra los incapacitados hasta que se haya discernido su tutela (artículo 1166 del Código Civil Federal).</p>	<p>La prescripción corre contra los menores e incapacitados (artículo 1048 del Código de Comercio).</p>
<p>La prescripción no puede comenzar ni correr:</p> <ol style="list-style-type: none"> I. Entre ascendientes y descendientes, durante la patria potestad, respecto de los bienes a que los segundos tengan derecho conforme a la ley; II. Entre los consortes; III. Entre los incapacitados y sus tutores y curadores, mientras dura la tutela; IV. Entre copropietarios o coposeros, respecto del bien común; V. Contra los ausentes del Distrito Federal que se encuentren en servicio público; 	

<p>VI. Contra los militares en servicio activo en tiempo de guerra, tanto fuera como dentro del Distrito Federal. (Artículo 1167 del Código Civil Federal).</p>	
--	--

2. CONTRATOS

A) DEFINICIÓN LEGAL

DERECHO CIVIL	DERECHO MERCANTIL
<p>La ley civil define al contrato como aquel convenio que produce o transfiere derechos y obligaciones (artículo 1793 del Código Civil Federal), mientras que señala que convenio es el acuerdo de dos o más personas para crear, transferir, modificar o extinguir obligaciones (artículo 1792 del Código Civil Federal).</p>	<p>No existe definición legal de contrato mercantil.²⁰⁵</p>

B) CONTRATOS TÍPICOS SIMILARES A LOS QUE SE ENCUENTRAN REGULADOS EN AMBOS CÓDIGOS.

DERECHO CIVIL CÓDIGO CIVIL FEDERAL	DERECHO MERCANTIL
<p>MANDATO.- Contrato por el cual el mandatario se obliga a ejecutar por</p>	<p>COMISIÓN MERCANTIL.- Es el mandato aplicado a actos concretos de</p>

²⁰⁵ Cfr. p. 87 de la presente tesis.

cuenta del mandante los actos jurídicos que éste le encarga (artículo 2546).	comercio (artículo 273 Código de Comercio) ²⁰⁶ .
DEPÓSITO.- Contrato por el cual el depositario se obliga hacia el depositante a recibir una cosa, mueble o inmueble que aquel le confía y a guardarla para restituirla cuando la pida el depositante (artículo 2516).	DEPÓSITO MERCANTIL.- El contrato de depósito será mercantil si las cosas depositadas son objeto de comercio, si se hace a consecuencia de una operación mercantil o si se realiza en almacenes generales de depósito (artículos 332 y 75 fracción XVIII Código de Comercio) ²⁰⁷ .
MUTUO.- El contrato de mutuo es aquel por el cual el mutuante se obliga a transferir la propiedad de una suma de dinero o de otras cosas fungibles al mutuario, quien se obliga a devolver otro tanto de la misma especie y calidad (artículo 2384). Puede pactarse con interés o sin interés (artículo 2393).	PRÉSTAMO MERCANTIL.- El préstamo es mercantil cuando las cosas prestadas se destinen a actos de comercio o cuando sea celebrado entre comerciantes (artículo 358 Código de Comercio). Puede ser gratuito (artículo 361 Código de Comercio) ²⁰⁸ .
COMPRAVENTA.- Es aquel en el que uno de los contrayentes se obliga a transferir la propiedad de una cosa o de un derecho, y el otro a su vez se obliga a pagar por ellos un precio justo y en dinero (artículo 2248).	COMPRAVENTA MERCANTIL.- Son mercantiles las compraventas: <ul style="list-style-type: none"> • que señale el Código de Comercio; • las que se hagan con el objeto directo y preferente de traficar; • las que se realicen con el propósito de especulación comercial;

²⁰⁶ Cfr. pp. 91 - 94 de la presente tesis.

²⁰⁷ Cfr. pp. 95 - 99 de la presente tesis.

²⁰⁸ Cfr. pp. 100 - 105 de la presente tesis.

	<ul style="list-style-type: none"> • las que recaigan sobre un objeto de comercio; • las que celebre un comerciante en el ejercicio de su profesión. <p>(Artículos 371 y 75 fracciones I, II y III Código de Comercio)²⁰⁹.</p>
<p>TRANSPORTE.- Por este contrato alguno se obliga a transportar, bajo su inmediata dirección o la de sus dependientes, por tierra, por agua o por el aire, personas, animales, mercaderías o cualesquiera otros objetos, si no constituye un contrato mercantil (artículo 2646).</p>	<p>TRANSPORTE MERCANTIL.- Es el realizado por vías terrestres o fluviales, siempre que:</p> <ul style="list-style-type: none"> • tenga por objetos mercaderías o cualesquiera efectos de comercio; • sea comerciante el porteador o se dedique habitualmente a verificar transporte para el público; o • sea realizado por empresas de transporte de personas o cosas. <p>(artículo 576 y 75 fracción VIII Código de Comercio).²¹⁰</p>
<p>SOCIEDAD CIVIL²¹¹.- 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 (artículo 2688).</p>	<p>SOCIEDAD MERCANTIL.- Se reputan mercantiles todas las sociedades que se constituyan en alguna de las formas reconocidas en el artículo 1º de la Ley General de Sociedades Mercantiles, siendo las siguientes:</p> <p>I.- Sociedad en nombre colectivo;</p> <p>II.- Sociedad en comandita simple;</p> <p>III.- Sociedad de responsabilidad</p>

²⁰⁹ Cfr. pp. 106 – 122 de la presente tesis.

²¹⁰ Cfr. p. 123 – 127 de la presente tesis.

²¹¹ Tanto el Código Civil Federal como la Ley General de Sociedades Mercantiles, consideran contratos a las sociedades

	<p>limitada;</p> <p>IV.- Sociedad anónima;</p> <p>V.- Sociedad en comandita por acciones, y</p> <p>VI.- Sociedad cooperativa.</p>
<p>FIANZA.- Contrato por el cual una persona se compromete con el acreedor a pagar por el deudor, si éste no lo hace. (artículo 2794 del Código Civil Federal).</p>	<p>FIANZA MERCANTIL.- Es aquella otorgada por instituciones de fianzas (artículo 2° de la Ley Federal de Instituciones de Fianzas)</p>
<p>PRENDA.- La prenda es un derecho real constituido sobre un bien mueble enajenable para garantizar el cumplimiento de una obligación y su preferencia en el pago (artículo 2856).</p>	<p>PRENDA MERCANTIL.- El artículo 334 de la Ley General de Títulos y Operaciones de crédito señala que es mercantil la prenda que se constituya sobre:</p> <ul style="list-style-type: none"> a) títulos de crédito (fracciones de la I a la IV y VI) b) Las materias primas, materiales y frutos, productos, artefactos, muebles y útiles de las personas físicas o morales que obtengan con créditos de avío o refaccionarios (fracción VII). c) Créditos en libros (fracción VIII).

C) CONTRATOS TÍPICOS REGULADOS EN UN SOLO CÓDIGO.

DERECHO CIVIL CÓDIGO CIVIL FEDERAL	DERECHO MERCANTIL
Promesa (artículos del 2243 al 2247).	Consignación (artículos del 392 al 394)

Donación (artículos del 2332 al 2383).	del Código de Comercio).
Arrendamiento (artículos del 2398 al 2496).	Asociación en Participación (artículos del 252 al 259 de la Ley General de Sociedades Mercantiles).
Comodato (artículos el 2497 al 2515).	Depósito bancario de dinero (artículos del 267 al 275 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito).
Secuestro (artículos del 2539 al 2545).	Depósito bancario de títulos (artículos del 276 al 279 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito).
Prestación de servicios (artículos del 2605 al 2615).	Depósito de mercancías en almacenes generales (artículos del 280 al 287 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito).
Contrato de Obra a precio alzado (artículos el 2616 al 2645).	Apertura de crédito (artículos del 291 al 301 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito).
Porteadores y Alquiladores (artículos el 2646 al 2665).	Cuenta corriente (artículos del 302 al 310 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito).
Hospedaje (artículos del 2666 al 2669).	Crédito confirmado (artículos del 317 al 320 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito).
Asociaciones (artículos del 2670 al 2687).	Créditos de habilitación o avío y refaccionarios (artículos del 321 al 333 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito).
Aparcería Rural (artículos del 2739 al 2763).	Fideicomiso (artículos del 381 al 414 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito).
Juego y apuesta (artículos del 2764 al 2773).	Seguro (Ley sobre el contrato de
Renta vitalicia (artículos del 2774 al 2791).	
Compra de esperanza (artículos 2792 y 2793).	
Hipoteca (artículos del 2893 al 2943).	
Transacción (artículos del 2944 al 2963).	

	<p>seguro).</p> <p>Arrendamiento Financiero (artículos del 25 al 38 de la Ley General de Organizaciones y actividades Auxiliares del Crédito).</p> <p>Franquicia (artículo 142 de la Ley de Fomento y Protección de la Propiedad Industrial).</p> <p>Edición (artículo 40 de la Ley Federal de Derechos de Autor).</p>
--	--

Pese a que existen contratos regulados en un sólo código, ello no implica que éstos no puedan presentarse como atípicos dentro de la otra rama de derecho, es decir, el hecho de que la prestación de servicios únicamente esté regulada en el Código Civil Federal, no significa que no pueda existir contrato de prestación de servicios mercantil.

Otro ejemplo es el contrato de Asociación en Participación, que únicamente es regulado por una Ley Especial Mercantil, la Ley General de Sociedades Mercantiles, sin embargo, Díaz Bravo señala que "es dable pensar en la existencia de contratos civiles de Asociación en Participación, que serán aquellos en los que la aportación se efectúe para la explotación de una unidad económica no mercantil, o para la realización de actos no comerciales."²¹²

²¹² DÍAZ BRAVO, *Op cit.*, p. 310.

CAPÍTULO VI DERECHO COMPARADO

En el presente capítulo veremos cómo en algunos países se ha concretado ya la unificación de las legislaciones civil y mercantil con el objetivo de demostrar que la propuesta hecha en este trabajo ha sido adoptada por legislaciones de otros países, ya que es esta realidad uno de los argumentos más fuertes a favor de la unificación, así lo afirmó el jurista Brasileño Teixeira de Freitas²¹³ (quien en 1867 propuso la promulgación de un Código Unico en su país) al decir que no se ha podido encontrar en la unificación de estas ramas del derecho, un inconveniente insalvable.

1. SUIZA

En 1874 la Constitución Federal de Suiza otorgó a la federación la facultad de legislar en materias del derecho comercial y de transacciones inmobiliarias²¹⁴. A decir del profesor argentino Marcos Satanowsky, esta reforma a la constitución Suiza tuvo su origen en una conferencia de delegados cantonales en la que se acordó centralizar todo el derecho comercial.

Como consecuencia de ello, se preparó en Suiza un Código Federal de las Obligaciones, que fue definitivamente sancionado el 14 de junio de 1881 y entró en vigencia el 1º de enero de 1883. Este Código fue revisado posteriormente y su reforma se sancionó el 30 de marzo de 1911, declarándose como *ley federal complementaria* del Código Civil suizo (Libro V de este último "Derecho de las Obligaciones"). La comisión redactora de este código apuntó:

A pesar de las modificaciones que ha experimentado, el derecho de las obligaciones sigue siendo una ley de más de un cuarto de siglo antes que el Código Civil. Sus orígenes no se borrarán en el porvenir ... Tiene su historia, y hemos adquirido la costumbre de citarlo por el mismo. El Código Civil no será una obra incompleta porque los artículos del derecho de las obligaciones conservarán una enumeración distinta ... Además, nuestro derecho de las obligaciones contiene el derecho comercial. Y si los Estados que nos rodean poseen a la vez un Código Civil que comprende el derecho

²¹³ Teixeira de Freitas es considerado el fundador del movimiento de unificación del Derecho Privado. Cfr. LANGLE Y RUBIO, Emilio. *Manual de Derecho Mercantil Español*, T.I, Bosch Casa Editorial, Barcelona, 1959, p. 48.

²¹⁴ Artículo 64 de la Constitución Federal Suiza del 19 de abril de 1874.

de las obligaciones y un Código de Comercio, el dualismo de su legislación no es menos evidente que el de la nuestra; la sola diferencia reside en una distinta distribución de materias.²¹⁵

De esta manera los legisladores suizos unificaron el derecho privado al promulgar un Código de las Obligaciones Federal que contiene todo el derecho comercial y de las obligaciones y lo declaró como ley complementaria al Código Civil, también de observancia federal, "cuya experiencia ha sido provechosa y por ello resulta admitida con beneplácito por la doctrina, que en la actualidad sigue propiciando la unificación legislativa de los derechos civil y comercial".²¹⁶

Esta unificación, a decir del profesor Satanowsky no ha presentado dificultad alguna en su aplicación. "La determinación de la materia –civil o comercial- no suscita allí discusión alguna. No interesa si un acto jurídico es civil o comercial, puesto que se aplica la misma Ley. Lo único que se contempla es el concepto de comerciante, a los efectos de ciertos derechos y obligaciones que establecen los artículos 859 y siguientes del Código de Obligaciones y la ordenanza sobre el Registro de Comercio de 7 de junio de 1937."²¹⁷ El Código Unico de las obligaciones suizo sirvió de modelo para otros países quienes siguieron la tendencia unificadora, entre los que se encuentran Túnez (1906), Marruecos (1912), Líbano (1934), Madagascar (1966) y Senegal (1967).

Los contratos se hallan regulados en la Parte Segunda del Código Civil suizo denominada "De las diversas especies de contratos" que comprende desde el título VI hasta el XXIII y regula los siguientes:

1. compraventa;
2. permuta;
3. donación;
4. arrendamiento;
5. préstamo;
6. el contrato de trabajo;
7. el contrato de empresa;
8. el contrato de edición;

²¹⁵ SATANOWSKY, *Op cit*, p. 163, *Apud* F. Federal 1991, tomo 1, p. 699 y A. ACHNEIDER y H. FICK, *Commentaire du Code Federal des Obligations*, Neuchatel, 1915, tomo 1, p. 7.

²¹⁶ GARRIDO – ZAGO, *Op cit*, p. 55.

²¹⁷ *Idem*.

9. mandato;
10. gestión de negocios;
11. comisión;
12. el contrato de transporte;
13. el gestor;
14. otros mandatarios especiales;
15. la asignación;
16. el depósito;
17. la fianza;
18. el juego;
19. la apuesta;
20. la renta vitalicia;
21. el contrato de sostén vitalicio y
22. la sociedad simple.

2.ITALIA

Bajo el régimen fascista, Italia reformó su legislación en el año de 1942 unificando las ramas civil y comercial de su sistema de derecho, sirviéndole de fundamento la teoría de la empresa y la inclusión de la *Carta del Lavoro*²¹⁸ en el Código Civil resultante de dicha reforma.

La empresa, en palabras del propio L. Mossa quien es considerado el introductor en Italia del concepto de empresa para determinar la materia comercial, "es organización, sus actos están organizados, y como tales, se distinguen de todos los actos similares que están aislados ...". Su teoría enuncia que los actos organizados de la empresa deben ser contemplados por el derecho comercial y aquellos que no son propios de la misma sean encauzados "hacia el derecho privado general". De esta manera propone sustituir el "ordenamiento profesional" por el "ordenamiento del organismo empresa" ya que "es comerciante solo aquel que está a la cabeza de una empresa, mientras que en el derecho actual, comerciante es sólo quien realiza actos de comercio. El derecho moderno está encaminado seguramente hacia el reconocimiento de la empresa como entidad en sí, separable de la personalidad de su titular, por eso propicia el código de las empresas y no ya el código de los comerciantes".²¹⁹

²¹⁸ Documento de contenido fascista que entre otros temas preveía la reivindicación de las clases obreras bajo la forma de sindicalismo oficial

²¹⁹ SATANOWSKY, *Op. cit.* p. 152, *Apud.* L. MOSSA, *Per il Nuovo Codice di Commercio*, en "Riv. Dir. Com.", 1928, tomo I, p. 16.

Con base en esta teoría, el concepto objetivo de los actos de comercio, incluido en los códigos de 1861 y 1882, fue substituído por el criterio subjetivo de la empresa, contenido en el nuevo Código Civil publicado por Real Decreto del 16 de marzo de 1942, el cual derogó el antiguo Código Civil de 1865 y absorbió el Código de Comercio de 1882 (este fue derogado en su totalidad con excepción del libro segundo, el que contenía disposiciones acerca de la navegación marítima, interna y aérea, las que fueron abrogadas por el Código de la Navegación publicado por Real Decreto el 30 de marzo de 1942).

"Con la caída formal del Código de Comercio, lo que desaparecerá de la escena del derecho y de la doctrina, será el acto objetivo de comercio, lo mismo que la antigua materia de comercio, pero es claro que esa desaparición no afecta más que a un sector ... y tiene la virtud de concentrar la atención en la esencia genuina del derecho comercial".²²⁰

De esta forma, la materia comercial fue incorporada en parte en el nuevo Código Civil, en otra parte en la *Carta del Lavoro* y el resto en leyes especiales.

El nuevo proyecto del Código de Comercio merece el elogio porque al abandonar el sistema francés de los llamadas actos objetivos del comercio, ha reconstruído el sistema sobre la base de la empresa en sentido corporativo... La disciplina de los estados profesionales y el ordenamiento de la empresa no deben, pues, representar el ordenamiento especial de un limitado sector de la economía, el llamado comercial, sino que deben constituir uno de los fundamentos de la nueva codificación, como disciplina de la economía organizada, pero salvando las peculiares exigencias del estatuto del comerciante y de las relaciones a que él se refieren. De la unificación de la disciplina de la empresa deriva como necesario corolario la unificación de la disciplina general de las obligaciones. Al acontecer esto último en un orden corporativo y respecto de la reglamentación especial corporativa para las diversas ramas de la producción, se superará cualquier antigua cuestión sobre la prevalencia del plano civil y comercial.²²¹

El Código Civil Italiano de 1942, consta de seis libros y 2969 artículos. El libro primero contiene las disposiciones de las personas y de la familia, el libro segundo trata de las sucesiones, el libro tercero reglamenta la Propiedad, el libro cuarto las

²²⁰ *Ibidem*, p. 155. Apud L. MOSSA, *Comentario a La Lumia, Trattato di Diritto Commerciale*, en "Riv. Dir. Com.", 1941, tomo 1, p. 285.

²²¹ *Ibidem*, p. 155.

obligaciones, el libro quinto se titula "Del Trabajo" y el libro sexto "De la tutela de los derechos".

Para efectos de nuestro estudio, el libro cuarto "De las Obligaciones" es el que debemos observar y está dividido en los siguientes nueve títulos:

- Título I. De las obligaciones en general.
- Título II. De los contratos en general.
- Título III. De los contratos singulares.
- Título IV. De las promesas unilaterales.
- Título V. De los títulos de crédito.
- Título VI. De la gestión de negocios.
- Título VII. Del pago de lo indebido
- Título VIII. Del enriquecimiento sin causa.
- Título IX. De los hechos ilícitos.

El título II segundo dedicado a los contratos en general reglamenta básicamente los requisitos, causa, objeto, forma, condición, interpretación, efectos, nulidad, anulabilidad, cesión, representación, vicios, rescisión y resolución de los contratos. Mientras que el título III tercero contiene la regulación de los contratos en particular siendo los siguientes:

TITULO III. De los contratos singulares

Capítulo I. De la venta.

- Sección I. Disposiciones generales.
- Sección II. De la venta de cosas muebles.
- Sección III. De la venta de cosas inmuebles.
- Sección IV. De la venta de herencia.

Capítulo II. Del reporto.

Capítulo III. De la permuta.

Capítulo IV. Del contrato estimatorio.

Capítulo V. Del suministro.

Capítulo VI. Del arrendamiento.

- Sección I. Disposiciones generales.
- Sección II. Del arrendamiento de fundos urbanos.
- Sección III. Del arrendamiento de cosas productivas.

Capítulo VII. De la contrata.

Capítulo VIII. Del transporte.

- Sección I. Disposiciones generales.
- Sección II. Del transporte de personas.
- Sección III. Del transporte de cosas.

Capítulo IX. Del mandato.

- Sección I. Disposiciones generales.
- Sección II. De la comisión.
- Sección III. De la expedición.

Capítulo X. Del contrato de agencia.

- Capítulo XI. **De la mediación.**
- Capítulo XII. **Del depósito.**
 - Sección I. Del depósito en general.
 - Sección II. Del depósito en hotel.
 - Sección II. Del depósito en los almacenes generales.
- Capítulo XIII. **Del secuestro convencional.**
- Capítulo XIV. **Del comodato.**
- Capítulo XV. **Del mutuo.**
- Capítulo XVI. **De la cuenta corriente.**
- Capítulo XVII. **De los contratos bancarios.**
 - Sección I. De los depósitos bancarios.
 - Sección II. Del servicio de cajas fuertes.
 - Sección III. De la apertura de crédito.
 - Sección IV. Del anticipo bancario.
 - Sección V. De las operaciones en cuenta corriente.
 - Sección VI. Del descuento bancario.
- Capítulo XVIII. **De la renta perpetua.**
- Capítulo XIX. **De la renta vitalicia.**
- Capítulo XX. **Del seguro.**
 - Sección I. Disposiciones generales
 - Sección II. Del seguro contra los daños.
 - Sección III. Del seguro de vida.
 - Sección IV. Del reaseguro.
 - Sección V. Disposiciones finales.
- Capítulo XXI. **Del juego y de la apuesta.**
- Capítulo XXII. **De la fianza.**
- Capítulo XXIII. **Del mandato de crédito.**
- Capítulo XXIV. **De la anticresis.**
- Capítulo XXV. **De la transacción.**
- Capítulo XXVI. **De la cesión de bienes a los acreedores.**

3. ARGENTINA

Aunque actualmente Argentina no tiene un sistema de derecho privado unificado, merece ser mencionado en este trabajo ya que la posibilidad de unificar las materias civil y comercial ha sido un tema recurrente entre los estudiosos del derecho de ese país.

En abril de 1941 en la ciudad de Buenos Aires, se celebró el Primer Congreso de Derecho Comercial cuyo segundo tema fue el "Código Unico de las Obligaciones". Entre los ponentes del mismo se encontraban Mauricio R. Yadarola, Alejandro E. Shaw y M. A. Lancelotti, el primero de ellos se pronunció por la creación de un Código Unico de las Relaciones Comerciales en el que quedarían integradas la materia de las obligaciones y la del derecho comercial, y en este sentido apuntaba:

El derecho comercial, que ha demostrado su especial aptitud para el gobierno de las relaciones económicas, lejos de desaparecer en el nuevo código, ha de servir, justamente de cimiento a la codificación; si el derecho comercial es esencialmente obligacional, a su vez las obligaciones son esencialmente económicas, y como el contenido de la relación es lo que determina la naturaleza de la norma que debe regirla, el proceso lógico de la unificación nos conduce necesariamente a refundir el derecho privado de contenido económico en un código único de las relaciones económicas.²²²

Según lo afirma el doctrinista argentino Carlos C. Malagarriga, las ponencias favorables a la unificación fueron aprobadas por la mayoría de los congresistas con treinta y dos votos a favor, dieciséis en contra y tres abstenciones.²²³

Posteriormente se realizaron otros pronunciamientos en favor de la unificación. En 1959, durante la VI Conferencia de Abogados reunida en la ciudad de La Plata, se concluyó que era conveniente la sanción de un Código Unico de obligaciones y contratos con el objeto de llegar finalmente a la promulgación de un Código Unico de Derecho Privado. Uno de los conferencistas, Acdeel E. Salas, apuntó: "se hace necesaria una síntesis de los llamados Derechos civil y comercial, ya que ambos regulan la misma sustancia jurídica: las relaciones de los particulares entre sí."²²⁴

En las Jornadas Latinoamericanas de Derecho Privado en 1960, se acordó constituir una Asociación Latinoamericana de Derecho Privado para pugnar por la unificación del derecho civil y mercantil en estos países.

Otras propuestas de unificación del régimen de las obligaciones y contratos civiles y comerciales se repitieron en el Congreso Nacional de Derecho Comercial (Rosario 1969), en la Mesa Redonda sobre unificación de los Derechos civil y comercial (Universidad de Belgrano, 1979), en el III Congreso de Derecho Societario (Salta, 1982), en la Conferencia Nacional de Abogados y Facultades de Derecho (Rosario, 1982), en las IX Jornadas Nacionales de Derecho Civil (Mar del Plata,

²²² *Ibidem*, SATANOWSKY, p. 188. *Apud*. YADAROLA, Mauricio L. *Código Unico de las Obligaciones* en Actas del Primer Congreso Nacional de Derecho Comercial, abril 1940, tomo 1, p. 143.

²²³ MALAGARRIGA, *Op cit*, p. 36.

²²⁴ <http://infoleg.meccon.gov.ar>. Exposición de motivos del Proyecto de Código Civil, Argentina, 1998. Página consultada el 29 de julio de 2004.

1983), en el Congreso Argentino de Derecho Comercial (Buenos Aires, 1984), en la Mesa Redonda sobre Unificación de las obligaciones civiles y comerciales (Instituto Argentino de Derecho Comercial y Colegio de Escribanos de la Capital Federal, 1986), en las Jornadas Nacionales sobre Unificación de las Obligaciones Civiles y Comerciales (Buenos Aires, 1986) y en las VI Jornadas Bonaerenses de Derecho Civil y Comercial (Junín, 1994).

Las ponencias y estudios realizados en Argentina a favor de la unificación, dieron su fruto en 1987, año en el que se elaboró el proyecto de ley que contendría la Unificación de la Legislación Civil y Comercial de la Nación.

Este proyecto fue aprobado por la Cámara de Diputados que funcionó como cámara de origen y pasó a consideración del Senado, cuyos integrantes a finales del año de 1991 lo convirtieron en la Ley 24.032 publicada en el Boletín Oficial del tres de enero de 1992 observada por decreto 2719/91, la que finalmente fue vetada por el Ejecutivo y que contenía entre otras disposiciones: la derogación de los Códigos Civil y Comercial, la incorporación al nuevo Código Civil (cuyo texto sería el identificado por la propia ley como Anexo I) de las leyes vigentes que previeran dicha incorporación, la derogación de todas las disposiciones que hayan previsto la incorporación de normas o leyes al Código Comercial quedando el contenido de estas incorporado al nuevo Código Civil, la sustitución en la legislación vigente de la expresión "Registro Público de Comercio" por "Registro Público de actividades especiales" y la orden de conservación de la competencia de los tribunales hasta que se emitiera la legislación pertinente.²²⁵

La comisión redactora del proyecto en su informe de remisión dirigido al ministro de Justicia de la Nación Dr. Jorge Maiorano, señaló como uno de los avances de su Código unificado, el siguiente:

Al servicio de la unificación de la legislación civil y comercial, se han recogido diversas soluciones del Derecho mercantil que, por su dinámica han marcado su impronta en el

²²⁵ Cfr. www.laley.com.ar Página consultada el 29 de julio de 2004.

tráfico y que muy bien pueden considerarse, en la sociedad moderna, soluciones de Derecho común. En el contexto de la legislación que unifica los hoy separados Códigos Civil y de Comercio –y que, por ende, deroga este último, sin perjuicio de la vigencia de leyes especiales que en su hora se incorporaron a él-, se ha tratado de traducir normativamente la realidad negocial y las necesidades que debe atender un Código Unico.²²⁶

Posteriormente en el año de 1992, una Comisión creada por decreto 468/92 del Poder Ejecutivo Nacional, elaboró otro proyecto de unificación que fue remitido al Senado y publicado en el Diario de Asuntos Entrados del 13 de agosto de 1993. En ese mismo año, la Comisión Federal de la Cámara de Diputados de la Nación elaboró un tercer proyecto de unificación, sancionado el 3 de noviembre y turnado a consideración del Senado.

Los esfuerzos por unificar la legislación civil y comercial argentina, no pararon allí, por decreto 685/95 del Poder Ejecutivo nacional se designó a una Comisión honoraria integrada por los juristas Héctor Alegría, Atilia Aníbal Alterini, Jorge Horacio Alterini, María Josefa Méndez Costa, Julio César Rivera y Horacio Roitman, a quienes se les encargó "proyectar la unificación del Derecho Privado y su reforma y actualización, de manera integral, en consonancia con los dos proyectos de unificación civil y comercial de 1993; así como incorporar las instituciones que se consideren convenientes para acompañar el proceso de modernización que ha emprendido el país."²²⁷

Después de tres años y medio y como resultado del estudio realizado por dicha comisión honoraria, el 18 de diciembre de 1998 se publicó en la ciudad de Buenos Aires, un nuevo proyecto de Código Civil unificando las materias civil y comercial, el que a decir de sus redactores procuró dejar a salvo los criterios esenciales de ambos códigos, "pero desembarazándolos de una técnica envejecida y defectuosa, de una frondosidad preceptiva que no sólo ahoga la limpieza y diafanidad de los principios fundamentales y orientadores, sino que convierte al

²²⁶ GARRIDO - ZAGO, *Op cit.* p.59.

²²⁷ <http://infoleg.mecon.gov.ar/>. Página consultada el 24 de julio de 2004.

Código en un bosque enmarañado en el que suelen extraviarse hasta los sabios y sagaces.²²⁸

El texto del código unificado se divide en seis libros, el primero de ellos titulado *Del Derecho*, contiene reglas acerca de la obligatoriedad de la ley y de la aplicación del derecho. El segundo de los libros denominado *De la parte general*, habla de la persona humana, establecía las reglas de capacidad e incapacidad de las personas así como las relativas a figuras jurídicas tales como la tutela y la curatela. El libro tercero tiene el nombre *De las relaciones de familia*, en el se reglamenta el matrimonio, el divorcio, la filiación, la patria potestad, el parentesco, los alimentos y la adopción. Los últimos dos libros se titulan *De los derechos reales* (el quinto de ellos) y *De la transmisión de derechos por causa de muerte*, el sexto. El cuarto libro llamado *De los derechos personales*, contiene las reglas relativas a las obligaciones y los contratos, y por resultar el de mayor interés para nuestro estudio, lo transcribo a continuación:

LIBRO CUARTO. "De los derechos personales"

Título I De las obligaciones en general

Capítulo I Disposiciones generales

Capítulo II Clases de obligaciones

Sección primera Obligaciones naturales

Sección segunda Obligaciones de dar

Parágrafo 1 Obligaciones de dar cosas ciertas. Disposiciones generales

Parágrafo 2 Obligaciones de dar para constituir derechos reales

Parágrafo 3 Obligaciones de dar para restituir

Parágrafo 4 Obligaciones de género

Parágrafo 5 Obligaciones relativas a bienes que no son cosas

Parágrafo 6 Obligaciones de dar dinero

Sección tercera Obligaciones de hacer y de no hacer

Sección cuarta Obligaciones alternativas

Sección quinta Obligaciones facultativas

Sección sexta Obligaciones mancomunadas

Parágrafo 1 Disposiciones generales

Parágrafo 2 Mancomunación simple

Parágrafo 3 Mancomunación solidaria. Disposiciones generales

Parágrafo 4 Solidaridad pasiva

Parágrafo 5 Solidaridad activa

Sección séptima Obligaciones divisibles e indivisibles

Parágrafo 1 Divisibilidad

Parágrafo 2 Indivisibilidad

²²⁸ *Idem*

	Sección octava	Obligaciones concurrentes
	Sección novena	Obligaciones disyuntivas
	Sección décima	Obligaciones principales y accesorias
	Sección décimoprimer	Rendición de cuentas
Capítulo III	Pago	
	Sección primera	Disposiciones generales
	Sección segunda	Prueba del pago
	Sección tercera	Imputación del pago
	Sección cuarta	Pago por consignación
	Parágrafo 1	Consignación judicial
	Parágrafo 2	Consignación privada
	Sección quinta	Pago con subrogación
	Sección sexta	Beneficio de competencia
Capítulo IV	Otros modos de extinción	
	Sección primera	Compensación
	Sección segunda	Confusión
	Sección tercera	Novación
	Sección cuarta	Dación en pago
	Sección quinta	Renuncia
	Sección sexta	Causa de extinción no subsistente
	Sección séptima	Cumplimiento imposible
Título II De los contratos en general		
Capítulo I	Disposiciones generales	
Capítulo II	Categorías de contratos	
Capítulo III	Formación del consentimiento	
	Sección primera	Disposiciones generales
	Sección segunda	Tratativas contractuales
	Sección tercera	Oferta
	Sección cuarta	Aceptación
	Sección quinta	Contrato preliminar
	Sección sexta	Contrato de prelación
	Sección séptima	Contrato ad referendum
Capítulo IV	Incapacidad e inhabilidad para contratar	
Capítulo V	Objeto	
Capítulo VI	Causa	
Capítulo VII	Forma	
Capítulo VIII	Prueba	
Capítulo IX	Efectos	
	Sección primera	Fuerza obligatoria y deber de buena fe
	Sección segunda	Cláusulas abusivas en los contratos predispuestos
	Sección tercera	Arrepentimiento
	Sección cuarta	Efecto relativo
	Sección quinta	Incorporación de terceros al contrato
	Sección sexta	Excepciones al cumplimiento
	Sección séptima	Cumplimiento imposible
	Sección octava	Obligación de saneamiento
	Parágrafo 1	Disposiciones generales
	Parágrafo 2	Garantía por evicción
	Parágrafo 3	Garantía por defectos ocultos
Capítulo X	Interpretación	
Capítulo XI	Subcontrato	
Capítulo XII	Extinción, modificación y adecuación del contrato	
Capítulo XIII	Postcontrato	
Título III. De los contratos en particular		
Capítulo I	Compraventa	
	Sección primera	Disposiciones generales

Sección segunda	La cosa vendida
Sección tercera	El precio
Sección cuarta	Obligaciones del vendedor
Sección quinta	Obligaciones del comprador
Sección sexta	Compraventa de cosas muebles
Parágrafo 1	El precio
Parágrafo 2	Entrega de la documentación
Parágrafo 3	Entrega de la cosa
Parágrafo 4	Recibo de la cosa y pago del precio
Sección séptima	Algunas de las cláusulas que pueden ser agregadas al contrato de compraventa
Capítulo II	Permuta
Capítulo III	Suministro
Capítulo IV	Locación
Sección primera	Disposiciones generales
Sección segunda	Objeto y destino
Sección tercera	Tiempo de la locación
Sección cuarta	Efectos de la locación
Parágrafo 1	Obligaciones del locador
Parágrafo 2	Obligaciones del locatario
Parágrafo 3	Régimen de mejoras
Sección quinta	Cesión y sublocación
Sección sexta	Extinción
Sección séptima	Efectos de la extinción
Capítulo V	Leasing
Capítulo VI	Obra y de servicios
Sección primera	Disposiciones comunes a las obras y los servicios
Sección segunda	Disposiciones especiales para las obras
Sección tercera	Disposiciones especiales para los servicios
Capítulo VII	Transporte
Sección primera	Disposiciones generales
Sección segunda	Transporte de personas
Sección tercera	Transporte de cosas
Capítulo VIII	Mandato
Capítulo IX	Consignación
Capítulo X	Corretaje
Capítulo XI	Depósito
Sección primera	Disposiciones generales
Sección segunda	Depósito irregular
Sección tercera	Depósito necesario
Sección cuarta	Casas de depósito
Capítulo XII	Servicio de caja de seguridad
Capítulo XIII	Cuenta corriente
Capítulo XIV	Cuenta corriente bancaria
Capítulo XV	Contratos asociativos
Sección primera	Contratos asociativos en general
Sección segunda	Negocio en participación
Sección tercera	Agrupaciones de colaboración
Sección cuarta	Uniones transitorias
Capítulo XVI	Agencia
Capítulo XVII	Concesión
Capítulo XVIII	Franquicia
Capítulo XIX	Mutuo
Capítulo XX	Comodato
Capítulo XXI	Donación
Sección primera	Disposiciones generales

	Sección segunda	Capacidad
	Sección tercera	Objeto
	Sección cuarta	Forma
	Sección quinta	Efectos
	Sección sexta	Algunas donaciones en particular
	Sección séptima	Reversión
	Sección octava	Revocación
Capítulo XXII	Fideicomiso	
	Sección primera	Disposiciones generales
	Sección segunda	Sujetos
	Sección tercera	Efectos
	Sección cuarta	Fideicomiso financiero
	Sección quinta	Certificados de participación y títulos de deuda
	Sección sexta	Insuficiencia del patrimonio fideicomitado en el fideicomiso financiero
	Sección séptima	Extinción del fideicomiso
	Sección octava	Fideicomiso testamentario
Capítulo XXIII	Fianza	
	Sección primera	Disposiciones generales
	Sección segunda	Efectos entre el fiador y el acreedor
	Sección tercera	Efectos entre el deudor y el fiador
	Sección cuarta	Efectos entre los cofiadores
	Sección quinta	Extinción de la fianza
	Sección sexta	Cartas de recomendación y patrocinio
Capítulo XXIV	Contratos celebrados en bolsas o mercados públicos	
Capítulo XXV	Contrato oneroso de renta vitalicia	
Capítulo XXVI	Contrato de juego y de apuesta	
Capítulo XXVII	Contratos transmisivos	
	Sección primera	Transmisión de derechos
	Sección segunda	Transmisión de deudas
	Sección tercera	Transmisión de herencia
Capítulo XXVIII	Transmisión de la posición contractual	
Capítulo XXIX	Transacción	
Título IV.	De otras fuentes de las obligaciones	
Capítulo I	Responsabilidad civil	
	Sección primera	Disposiciones generales
	Sección segunda	Mora
	Sección tercera	Daño
	Sección cuarta	Factores de atribución
	Sección quinta	Relación causal
	Sección sexta	Prueba
	Sección séptima	Reparación del daño
	Parágrafo 1	Disposiciones generales
	Parágrafo 2	Circunstancias de la reparación del daño
	Parágrafo 3	Cláusula penal
	Sección octava	Responsabilidad directa
	Sección novena	Responsabilidad por hechos de terceros
	Sección décima	Responsabilidad derivada de la intervención de cosas y de ciertas actividades
	Sección décimoprimer	Responsabilidad colectiva
	Sección décimosegunda	Supuestos especiales de responsabilidad
	Parágrafo 1	De las personas jurídicas
	Parágrafo 2	Del Estado
	Parágrafo 3	De los agentes públicos
	Parágrafo 4	De los establecimientos educativos
	Parágrafo 5	De los establecimientos que tiene a su cargo sujetos

		potencialmente peligrosos
	Parágrafo 6	De los profesionales liberales
	Parágrafo 7	Accidentes de circulación
	Sección decimotercera	Ejercicio de las acciones de responsabilidad
	Sección decimocuarta	Acciones civil y penal
Capítulo II	Gestión de negocios	
Capítulo III	Empleo útil	
Capítulo IV	Enriquecimiento sin causa	
	Sección primera	Disposiciones generales
	Sección segunda	Pago indebido
Capítulo V	Declaración unilateral de voluntad	
	Sección primera	Disposiciones generales
	Sección segunda	Promesa pública de recompensa
	Sección tercera	Concurso público
Sección cuarta	Reconocimiento de obligaciones y promesas de pago	
	Sección quinta	Garantías unilaterales
Capítulo VI	Títulos valores	
	Sección primera	Disposiciones generales
	Sección segunda	Títulos cartulares
	Parágrafo 1	Títulos al portador
	Parágrafo 2	Títulos a la orden
	Parágrafo 3	Títulos valores nominativos endosables
	Parágrafo 4	Títulos valores nominativos no endosables
	Parágrafo 5	Títulos no cartulares
	Sección tercera	Sustracción, pérdida y destrucción de títulos valores o de sus registros
	Parágrafo 1	Normas comunes para títulos valores.
	Parágrafo 2	Normas aplicables a títulos en serie
	Parágrafo 3	Normas aplicables a los títulos individuales
	Parágrafo 4	Sustracción, pérdida o destrucción de los libros de Registro

En el proyecto argentino comentado se puede apreciar que una unificación como la propuesta es posible, ya que dicho proyecto coloca en un mismo cuerpo de leyes contratos tales como la compraventa, el mandato, el transporte, la donación, la fianza y la renta vitalicia, sin necesidad de distinguir si éstos son de naturaleza civil o mercantil, como lo hace nuestro sistema de derecho.

4. PARAGUAY.

En Paraguay la legislación civil y comercial en materia de contratos y obligaciones se encuentra también unificada y contenida en un solo cuerpo de leyes, el Código Civil de Paraguay de 1987, el cual cuenta con cinco libros titulados *De las Personas y de los Derechos Personales en las Relaciones de Familia*, *De los Hechos y Actos Jurídicos y de las Obligaciones*, *De los Contratos y de otras fuentes de las*

Obligaciones, De los Derechos Reales o Sobre las Cosas y De la Sucesión por Causa de Muerte.

El libro segundo que contiene la teoría de las obligaciones es una sola y en el libro tercero se encuentran regulados todos los contratos, sin distinguir entre los civiles y los mercantiles, tal y como aparece en el índice del mismo código que a continuación transcribo:

"LIBRO SEGUNDO: DE LOS HECHOS y ACTOS JURÍDICOS y DE LAS OBLIGACIONES

TÍTULO I: DE LOS HECHOS Y ACTOS JURÍDICOS

Cap. I: De Los Hechos En General

Sec. I: De Las Disposiciones Generales

Sec. II: Del Error

Sec. III: Del Dolo

Sec. IV: De La Fuerza Y Del Temor

Cap. II: De Los Actos Jurídicos En General

Sec. I: De Las Disposiciones Generales

Sec. II: De La Forma De Los Actos Jurídicos

Sec. III: De La Simulación En Los Actos Jurídicos

Sec. IV: De Los Actos Celebrados En Fraude De Los Acreedores

Sec. V: De Las Modalidades De Los Actos Jurídicos

Parág. I: De La Condición

Parág. II: Del Cargo

Parág. III: Del Plazo

Sec. VI: De La Representación En Los Actos Jurídicos

Parág. I: De La Representación Por Poder

Parág. II: De La Autorización Y De La Ratificación De Los Actos Jurídicos

Sec. VII: De La Nulidad De Los Actos Jurídicos

Sec. VIII: De La Confirmación De Los Actos Anulables

Cap. III: Del Ejercicio Y Prueba De Los Derechos

Sec. I: Del Ejercicio De Los Derechos

Sec. II: De La Prueba

Parág. I: De Los Instrumentos Públicos

Parág. II: De Las Escrituras Públicas

Parág. III: De Los Instrumentos Privados

Parág. IV: De Las Cartas Y Otras Pruebas Escritas

TÍTULO II: DE LAS OBLIGACIONES

Cap. I: De Las Obligaciones En General

Sec. I: De Los Efectos

Parág. I: De Las Disposiciones Generales

Parág. II: De La Garantía Común Para Los Acreedores

Parág. III: De Las Causas De Preferencia En El Pago De Los Créditos

Parág. IV: De La Acción Subrogatoria Y Revocatoria

Sec. II: De Los Daños E Intereses

Parág. I: De La Indemnización Legal

Parág. II: De La Cláusula Penal

Cap. II: De Las Obligaciones Con Relación Al Objeto Y Los Sujetos

Sec. I: De Las Obligaciones Con Relación Al Objeto

Parág. I: De Las Obligaciones De Dar Cosas Ciertas

Parág. II: De Las Obligaciones De Dar Cosas Inciertas
 Parág. III: De Las Obligaciones De Dar Sumas De Dinero
 Parág. IV: De Las Obligaciones De Hacer Y De No Hacer
 Parág. V: De Las Obligaciones Alternativas
 Parág. VI: De Las Obligaciones De Pago Facultativo
 Sec. II: De La Pluralidad De Acreedores Y Deudores
 Parág. I: De Las Obligaciones Divisibles
 Parág. II: De Las Obligaciones Indivisibles
 Parág. III: De Las Obligaciones Solidarias
 Cap. III: De La Transmisión De Las Obligaciones
 Sec. I: De La Cesión De Créditos
 Sec. II: De La Cesión De Las Deudas De La Delegación, La Expromisión Y La Responsabilidad De Tercero
 Cap. IV: De La Extinción De Las Obligaciones
 Sec. I: Del Pago
 Parág. I: Disposiciones Generales
 Parág. II: Del Objeto Del Pago
 Parág. III: Del Lugar Y Tiempo Del Pago
 Parág. IV: De La Prueba Del Pago
 Parág. V: Del Pago Por Cesión De Bienes A Los Acreedores
 Parág. VI: Del Pago Por Consignación
 Parág. VII: De La Imputación Del Pago
 Parág. VIII: Del Pago Con Subrogación
 Parág. IX: De La Dación En Pago
 Sec. II: De La Novación
 Sec. III: De La Remisión De La Deuda
 Sec. IV: De La Compensación
 Sec. V: De La Confusión
 Sec. VI: De La Imposibilidad Del Pago
 Cap. V: De La Prescripción Liberatoria
 Sec. I: De Las Disposiciones Generales
 Sec. II: De La Suspensión De La Prescripción
 Sec. III: De La Interrupción De La Prescripción
 Sec. IV: De Los Plazos Para La Prescripción
LIBRO TERCERO: DE LOS CONTRATOS Y DE OTRAS FUENTES DE OBLIGACIONES
TÍTULO I: DE LOS CONTRATOS EN GENERAL
 Cap. I: De Las Disposiciones Comunes
 Cap. II: Del Consentimiento O Acuerdo De Las Partes
 Cap. III: Del Objeto Del Contrato
 Cap. IV: De La Forma Y Prueba
 Cap. V: De La Interpretación Del Contrato
 Cap. VI: De Los Efectos Del Contrato Y De Su Extinción
 Cap. VII: De Los Contratos A Favor O A Cargo De Terceros
TÍTULO II: DE LOS CONTRATOS EN PARTICULAR
Cap. I: De La Compraventa
 Sec. I: De Los Que Pueden Comprar Y Vender
 Sec. II: Del Objeto De La Compraventa
 Sec. III: Del Precio
 Sec. IV: De Las Obligaciones Del Comprador Y Del Vendedor
 Sec. V: De Las Cláusulas Especiales
Cap. II: De La Permuta
Cap. III: De La Locación
 Sec. I: De Las Disposiciones Generales
 Sec. II: De Los Efectos De La Locación
 Sec. III: De La Sublocación

Sec. IV: De La Conclusión De La Locación

Cap. IV: **Del Contrato De Servicios**

Cap. V: **Del Contrato De Obra**

Cap. VI: **Del Contrato De Edición**

Cap. VII: **Del Mandato**

Sec. I: De Las Disposiciones Generales

Sec. II: De Los Efectos Del Mandato

Sec. III: De La Extinción Del Mandato

Cap. VIII: **Del Contrato De Transporte**

Sec. I: De Las Disposiciones Generales

Sec. II: Del Transporte De Personas

Sec. III: Del Transporte De Cosas

Cap. IX: **Del Contrato De Comisión**

Cap. X: **Del Contrato De Corretaje**

Cap. XI: **De La Sociedad**

Sec. I: De Las Disposiciones Generales

Parág. I: De La Existencia Y Validez De La Sociedad Y De Su Administración

Parág. II: De Los Efectos De La Sociedad

Parág. III: De Los Derechos De Los Socios

Parág. IV: De Los Derechos Y Obligaciones De La Sociedad Respecto De Terceros

Parág. V: De La Disolución De La Sociedad

Parág. VI: De La Liquidación Y Partición

Sec. II: De La Sociedad Simple

Sec. III: De La Sociedad Colectiva

Sec. IV: De La Sociedad En Comandita Simple

Sec. V: De Las Sociedades Anónimas

Parág. I: De Las Disposiciones Generales

Parág. II: De La Constitución Mediante Suscripción Pública

Parág. III: De Las Acciones

Parág. IV: De Las Asambleas

Parág. V: De La Administración Y Representación De La Sociedad

Parág. VI: De La Fiscalización De La Sociedad

Parág. VII: De Las Obligaciones Negociables O Debentures

Sec. VI: De La Sociedad De Responsabilidad Limitada

Sec. VII: De La Sociedad En Comandita Por Acciones

Sec. VIII: De La Transformación Y De La Fusión De Las Sociedades

Sec. IX: De Las Sociedades Constituidas En El Extranjero

Cap. XII: **De La Donación**

Sec. I: De Las Disposiciones Generales

Sec. II: De Los Que Pueden Hacer Y Aceptar Donaciones

Sec. III: De Los Bienes Que Pueden Ser Donados

Sec. IV: De La Forma De Las Donaciones

Sec. V: De Los Derechos Y Obligaciones Del Donante Y Donatario

Sec. VI: De Las Donaciones Mutuas, Remuneratorias Y Con Cargo

Sec. VII: De La Reversión De Las Donaciones

Sec. VIII: De La Revocación De Las Donaciones

Cap. XIII: **Del Depósito**

Sec. I: Del Depósito En General

Sec. II: Del Depósito En Hoteles Y Establecimientos Similares

Sec. III: Del Depósito En Almacenes Generales

Cap. XIV: **Del Comodato**

Cap. XV: **Del Mutuo**

Cap. XVI: De La Letra De Cambio

Sec. I: De La Emisión Y Forma De La Letra De Cambio

Sec. II: Del Endoso

Sec. III: De La Aceptación

- Sec. IV: Del Aval
- Sec. V: Del Vencimiento
- Sec. VI: Del Pago
- Sec. VII: De Los Recursos Por Falta De Aceptación Y De Pago. De Los Protestos Y Del Recambio
- Sec. VIII: De La Intervención
- Sec. IX: De La Pluralidad De Ejemplares Y De Las Copias
- Sec. X: De Las Modificaciones De La Letra
- Sec. XI: De La Cancelación
- Sec. XII: **De Las Disposiciones Finales**
- Cap. XVII: **De La Cuenta Corriente**
- Cap. XVIII: **De Los Contratos Bancarios**
- Sec. I: **De Los Depósitos Bancarios**
- Sec. II: **De La Apertura De Crédito Bancario**
- Sec. III: **Del Anticipo Bancario**
- Sec. IV: **De Las Operaciones Bancarias En Cuenta Corriente**
- Sec. V: **Del Descuento Bancario**
- Cap. XIX: **De La Renta Vitalicia**
- Cap. XX: **Del Juego Y De La Apuesta**
- Cap. XXI: **De La Fianza**
- Sec. I: De Las Disposiciones Generales
- Sec. II: De Las Relaciones Entre Acreedor Y Fiador
- Sec. III: De Las Relaciones Entre El Fiador Y Deudor Principal
- Sec. IV: De Los Efectos De La Fianza Entre Fiadores
- Sec. V: De La Extinción De La Fianza
- Cap. XXII: Del Contrato De Transacción
- Cap. XXIII: De Los Títulos De Crédito
- Sec. I: De Las Disposiciones Generales
- Sec. II: De Los Títulos Al Portador
- Sec. III: De Los Títulos A La Orden
- Sec. IV: Del Pagaré A La Orden
- Sec. V: De Los Títulos Nominativos
- Cap. XXIV: **Del Contrato De Seguro**
- Sec. I: De Las Disposiciones Generales
- Parág. I: Del Concepto Y Celebración
- Parág. II: De La Falsa Declaración
- Parág. III: De La Póliza
- Parág. IV: De Las Denuncias Y Las Declaraciones
- Parág. V: De La Competencia Y Domicilio
- Parág. VI: Del Plazo
- Parág. VII: Del Seguro Por Cuenta Ajena
- Parág. VIII: De La Prima
- Parág. IX: De La Caducidad
- Parág. X: De La Agravación Del Riesgo
- Parág. XI: De La Denuncia Del Siniestro
- Parág. XII: Del Vencimiento De La Obligación Del Asegurador
- Parág. XIII: De La Rescisión Por Siniestro Parcial
- Parág. XIV: De La Intervención De Auxiliares En La Celebración Del Contrato
- Parág. XV: De La Determinación De La Indemnización
- Sec. II: De Los Seguros De Daños Patrimoniales
- Parág. I: De Las Disposiciones Generales
- Parág. II: De La Pluralidad De Seguros
- Parág. III: De La Provocación Del Siniestro
- Parág. IV: Del Salvamento Y De La Verificación De Los Daños
- Parág. V: De La Subrogación
- Parág. VI: De La Desaparición Del Interés O Del Cambio De Titular

Parág. VII: De La Hipoteca Y De La Prenda
 Parág. VIII: Del Seguro De Incendio
 Parág. IX: De Los Seguros De La Agricultura
 Parág. X: Del Seguro De Animales
 Parág. XI: De Los Seguros De Responsabilidad Civil
 Parág. XII: Del Seguro De Transporte
 Sec. III: Del Seguro De Personas
 Parág. I: Del Seguro Sobre La Vida
 Parág. II: Del Seguro De Vida En Beneficio De Terceros
 Parág. III: De Los Seguros De Accidentes Personales
 Parág. IV: Del Seguro Colectivo
 Parág. V: De Las Disposiciones Finales
 Cap. XXV: Del Reaseguro
 Cap. XXVI: Del Cheque
 Sec. I: De La Emisión Y De La Forma el Cheque
 Sec. II: De La Transmisión
 Sec. III: Del Aval
 Sec. IV: De La Presentación Y Del Pago
 Sec. V: Del Cheque Cruzado; Del Cheque Para Ser Acreditado; Del Cheque No Transferible Y Del Cheque De Viajero
 Sec. VI: De La Acción De Regreso Por Falta De Pago. Del Protesto
 Sec. VII: De Los Duplicados
 TÍTULO III: DE LA EVICCIÓN Y LA REDHIBICIÓN
 Cap. I: De La Evicción
 Sec. I: De La Evicción En General
 Sec. II: De La Evicción En Particular
 Cap. II: De Los Vicios Redhibitorios
 TÍTULO IV: DE LAS PROMESAS UNILATERALES
 TÍTULO V: DE LA GESTIÓN DE NEGOCIOS AJENOS
 TÍTULO VI: DEL ENRIQUECIMIENTO SIN CAUSA Y DEL PAGO DE LO INDEBIDO
 TÍTULO VII: DEL DERECHO DE RETENCIÓN
 TÍTULO VIII: DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL
 Cap. I: De La Responsabilidad Por Hecho Propio
 Cap. II: De La Responsabilidad Por Hecho Ajeno
 Cap. III: De La Responsabilidad Sin Culpa
 Cap. IV: De La Estimación Y Liquidación Del Daño
 Cap. V: Del Ejercicio De La Acción Civil Y Su Vinculación Con La Acción Penal.²²⁹

5. ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA, INGLATERRA Y CANADÁ.

En los países anglosajones pertenecientes a la familia jurídica del *common law* o derecho común, Estados Unidos de América e Inglaterra, existe la unidad en el derecho privado desde el siglo XVIII, así el derecho mercantil o *law merchant* forma parte del derecho común, dentro del cual se ubica el para nosotros conocido como derecho civil, subsistiendo normas especiales para ciertas figuras mercantiles.²³⁰

²²⁹ <http://www.itacom.com.py/noderjudicial/legis/>. Página consultada el 24 de julio de 2004.

²³⁰ Cfr. páginas 22 y 23 de esta tesis.

En el caso de Canadá, el Código Civil de Québec de 1992 es uno de los códigos modernos que han unificado las materias civil y comercial.

6. OTROS ANTECEDENTES INTERNACIONALES Y CÓDIGOS UNIFICADOS

Han existido también proyectos de unificación internacional, como lo es el Proyecto de Código Uniforme de Obligaciones y contratos franco-italiano de 1927, el que es una muestra de que el fenómeno de la unificación de los contratos civiles y mercantiles tiene particular vigencia en el derecho de la Unión Europea. Otros proyectos que así lo revelan son el publicado en Londres en 1994, elaborado por el profesor de Oxford Harvey MacGregor titulado "*Contract Code. Drawn up on behalf of the English Law Commission*" y que consiste en una recopilación desde la óptica del common law del derecho vigente en Gran Bretaña; el *Anteproyecto de Código Europeo de Contratos*, el que fue redactado por setenta juristas europeos y publicado en octubre de 1995 la primera parte y en marzo de 1997 la segunda, le sirvió de base el Código Civil Italiano de 1942 y mantuvo la unificación entre los derechos civil y comercial; un último proyecto es el del *Código Europeo de Derecho Común de Contratos* terminado el 6 de mayo de 1994 por el profesor de Copenhague Ole Landö y otros veinte juristas europeos.

La UNIDROIT o Instituto Internacional para la Unificación del Derecho Privado, que es una organización no gubernamental con sede en Roma, dió a conocer en 1994 los Principios sobre los Contratos de Comercio Internacional, cuya Introducción señala:

El objetivo de los Principios de UNIDROIT es establecer un conjunto equilibrado de reglas destinadas a ser utilizadas en todo el mundo, independientemente de las específicas condiciones económicas y políticas de los países en que vengan aplicados. Del Preámbulo resulta que los Principios se propusieron establecer reglas generales aplicables a los contratos mercantiles internacionales y actuar como principios generales del Derecho o como *Lex Mercatoria*, así como servir de modelo para la legislación a nivel nacional o internacional o para ser utilizados por los particulares en los contratos estrictamente internos o nacionales.²³¹

²³¹ <http://infoleg.mec.gov.ar/>, página consultada el 29 de Julio de 2004.

También se han llevado a cabo diversas conferencias internacionales en torno al tema de la unificación, entre las que destacan las siguientes: VIII Conferencia Panamericana de Lima (1938), Conferencias Interamericanas de Abogados de Río de Janeiro (1943), Santiago de Chile (1945), Lima (1947), Detroit (1949) y las Jornadas Franco-Latinoamericanas de Derecho Comparado celebradas en Montevideo en 1948.

En varios países la unificación de las materias civil y comercial del derecho privado es ya una realidad, por lo que a la fecha se han promulgado diversos códigos unificados, a continuación mencionamos algunos de ellos:

- d) Código Civil de Turquía en 1926.
- e) Código Civil Ruso de 1932, con reformas de 1964.
- f) Código Civil y Comercial de China de 1929, el que posteriormente fue llamado Código Civil de la República Popular China en 1987.
- g) Código de las Obligaciones de Polonia de 1933.
- h) Código Civil peruano de 1936.
- i) Código Civil de Cuba de 1988.
- j) Código Civil de Holanda de 1992.
- k) Código Civil de Mongolia de 1994.
- l) Código Civil de Vietnam de 1995.

Para concluir con el presente estudio comparativo, citaremos a los argentinos Roque Fortunato Garrido y Jorge Alberto Zago, quienes al justificar la existencia de los proyectos de unificación de las leyes civil y comercial en su país, afirmaban: "No cabe duda de que la temática unificadora no es nueva ni antojadiza, por el contrario, cuenta con antecedentes legislativos extranjeros de peso y consistencia reconocidos, así como también con una muy vieja predisposición doctrinaria en el ámbito nacional, que viene predicando esta asimiliación como ventajosa y necesaria."²³²

²³² GARRIDO - ZAGO, *Op cit.*: p. 56.

CONCLUSIONES

Con el desarrollo del presente trabajo se ha pretendido demostrar la conveniencia de la unificación del derecho civil y mercantil en el ramo de la teoría de las obligaciones y de los contratos, así como lo innecesaria y hasta entorpecedora que resulta la actual división del derecho privado. Así lo manifestaba el mercantilista italiano César Vivante²³³, cuya teoría acogemos, durante un curso en la Universidad de Bolonia en 1892 quien a decir del mexicano Fernando Vázquez Arminio basaba su propuesta en los siguientes argumentos:

- a) **La distinción es artificiosa**, pues ni la doctrina ni la ley han conseguido determinar en forma precisa las relaciones que deben quedar sujetas a uno u otro Derecho.
- b) **La distinción** entre Derecho civil y mercantil **obedeció a razones históricas**, pero desaparecidas éstas su permanencia carece de fundamento.
- c) El Código de Comercio es un código de clase, creado para proteger especialmente a los comerciantes en grande, que somete a una gran mayoría a disposiciones que benefician intereses de una minoría.
- d) **La división del Derecho privado es contraria al ejercicio expedito de la justicia**, pues es frecuente que quien reclama debe aventurarse previamente en una causa preliminar, con objeto de determinar el lugar y forma de ejercitar su derecho.
- e) El reconocimiento de los usos como fuente del Derecho mercantil, deja expuestos a los no comerciantes a normas que ellos ignoran y que fueron creadas por los comerciantes en su beneficio.²³⁴

Como hemos visto el derecho mercantil nació como rama del derecho privado con posterioridad al derecho civil, como un sistema de reglas costumbrista propio de un grupo de personas llamadas comerciantes que en función de su actividad hacían surgir normas simples, seguras y rápidas, que sirvieran para regular la actividad comercial de la época y que superaran la rigidez del derecho común. Normas que fueron recopiladas por escrito y finalmente recogidas en las grandes codificaciones comerciales que comenzaron a surgir en el siglo XIX. Por ello, se afirma que el derecho mercantil es "una categoría histórica, esto es, una rama de Derecho cuya aparición y desarrollo no puede explicarse a través de razonamientos estrictamente

²³³ César Vivante fue uno de los precursores de la unificación del derecho privado y la creación de un código único.

²³⁴ VÁZQUEZ ARMINIO, *Op cit*: p. 64.

jurídicos y rigurosamente lógicos, sino en virtud de factores histórico-económicos, que encuentran su remoto fundamento en razones empíricas y heterogéneas."²³⁵

Los fundamentos que hace algunos siglos sirvieron de base para que los comerciantes tuvieran un estatuto particular más liberal y más amplio que el estatuto de las personas en materia civil, no tiene ya razón de ser y tampoco tiene razón de ser ninguno de los motivos que hace cincuenta o cien años sirvieron de antecedentes para marcar las diferencias. Yo no encuentro francamente una razón que se oponga a que se haga el trabajo de la unificación.²³⁶

Las primeras codificaciones mercantiles tenían como criterio de delimitación de su materia el subjetivo, es decir, su campo de aplicación eran los actos realizados por personas dedicadas al comercio, los comerciantes. Pero posteriormente se fue ampliando este criterio para regular ciertas actividades calificadas como comerciales sin importar la calidad de la persona que las realizara. Fue así como el Código de Comercio de Napoleón de 1807, del cual recibe su influencia el nuestro, concibe un derecho mercantil basado en el concepto objetivo de acto de comercio, el cual considera la naturaleza del acto más que la condición profesional de su autor.

Como vimos en el capítulo III, nuestro sistema de derecho mercantil no sigue un criterio absolutamente objetivo, ya que la figura del comerciante es regulada también por el Código de Comercio, sin embargo el acto de comercio es el punto de partida del mismo, por ser el presupuesto necesario para la determinación de la aplicación de las leyes mercantiles.

Después de analizar los intentos realizados por la doctrina y la ley para determinar el alcance del concepto de acto de comercio, **llegamos a la conclusión de que el acto de comercio es una creación del legislador. Es decir, acto de comercio será aquel que la ley determine como tal**, y así tenemos las 23 fracciones del artículo 75 del Código de Comercio que enuncian distintas actividades "reputadas" como actos de comercio y la fracción 24 que incluye todas aquellas análogas a las anteriores. Del estudio de dichas fracciones y de las interpretaciones

²³⁵ *Ibidem*, p. 34.

²³⁶ GARRIDO - ZAGO, *Op cit.* p. 54. *Apud* Lafaille.

hechas sobre las mismas por la doctrina, **se puede observar lo complicada que resulta la teoría del acto de comercio**, ya que nunca se logra definir el mismo, y como consecuencia de ello la aplicación de la ley mercantil se ve llena de lagunas e incertidumbres jurídicas.

En virtud de que a la fecha no se ha logrado encontrar un criterio unívoco para la determinación de la naturaleza de los actos, la doctrina y en general los aplicadores del derecho se han mostrado muy preocupados al respecto, ya que como lo señala Vivante, "hasta ahora ni la ciencia ni la ley han conseguido distinguir con nitidez las relaciones jurídicas que deben regularse mediante leyes comerciales de las que se someten a normas civiles"²³⁷, con lo que se han originado una serie de discusiones doctrinales como las antes vistas, que lo único que hacen es demostrar la falta de claridad de nuestras leyes que termina en una ineficaz aplicación de las mismas. Por todo ello, podemos afirmar como lo hacía el profesor argentino Marcos Satanowsky, que "con la unificación de las obligaciones y contratos que surgen de las relaciones económicas, desaparece en realidad el problema del contenido del derecho mercantil. Diríase que la unidad esencial de la vida económica se rebela contra esta artificial separación."²³⁸

Del desarrollo del capítulo IV de la presente tesis **podemos concluir que el régimen de las obligaciones es prácticamente el mismo en ambos códigos (Código Civil Federal y Código de Comercio)**, al igual que la regulación de los contratos estudiados.

Como lo analizamos, es en virtud del artículo 81 del Código de Comercio que se tienen por integradas a dicho Código las disposiciones del derecho civil relativas a la capacidad de los contratantes y a las excepciones y causas que rescinden o invalidan los contratos. Aunado a lo anterior, el artículo 2° del Código de Comercio señala la supletoriedad de las normas civiles sobre las mercantiles. Como vemos ambas ramas del derecho están íntimamente relacionadas, ya lo afirmaba así el

²³⁷SATANOWSKY, *Op cit.*, p. 201.

doctrinista argentino Carlos Malagarriga al expresar su anuencia con la creación de un Código Único de las Obligaciones: "Aun sin unificación del derecho comercial con el derecho civil de las obligaciones, hay por lo tanto, entre ambas ramas de la ciencia jurídica, una estrechísima vinculación que ha de irse acentuando con el tiempo."²³⁹

No existe diferencia alguna fundamental en la estructura orgánica de unos y otros contratos (los civiles y los mercantiles), lo que explica, según afirmamos, la tendencia a la unificación de las normas sobre esta materia y el logro de tal unificación en las legislaciones suiza e italiana. Aún en nuestro sistema, que mantiene la dualidad de legislaciones, la legislación civil sobre contratos debe considerarse como telón de fondo, del cual resaltarán algunas características o circunstancias accidentales, cuando el contrato adquiera la calidad mercantil. Pero no existen diferencias esenciales. Por tanto, esta parte del Derecho Mercantil, o sea el Derecho de los Contratos de Comercio, debe considerarse como complementaria de la parte correspondiente del Derecho Civil.²⁴⁰

En adición a lo anterior, en el presente trabajo ha quedado demostrado que la unificación propuesta es ya una realidad en otros países, vigente desde hace más de 100 años y con resultados satisfactorios. Si países del primer mundo tan avanzados económicamente como Suiza, Estados Unidos de América e Inglaterra cuentan con este sistema de leyes unificado, ¿porqué no seguir su ejemplo en México en aras del progreso y bienestar social de nuestro país?

²³⁸ *Idem.*

²³⁹ MALAGARRIGA, *Op cit*, p. 44.

PROPUESTA

En virtud de todo lo anteriormente expuesto, **la propuesta concreta es la siguiente:**

1.- La reforma al artículo 73 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos en el sentido de que se establezca como facultad exclusiva del Congreso de la Unión el legislar en materia de contratos y obligaciones.

2.- La promulgación de un Código Único de las Obligaciones y Contratos que rija en materia federal, en el que se incluya la teoría de las obligaciones y todos los contratos típicos sin distinción de su naturaleza, con el cual quedarían derogadas estas materias de los actuales códigos civiles y del código de comercio.

3.- La creación de tribunales judiciales que resuelvan los conflictos suscitados en la ejecución de contratos, para lo cual se deberá contar también con una sola vía para el ejercicio de las acciones judiciales y las normas procesales pertinentes. En este sentido ya se ha avanzado en nuestro país, ya que en la actualidad y como consecuencia de las reformas hechas al Código de Comercio publicadas en el Diario Oficial de la Federación el 13 de junio del año 2003, los juicios mercantiles actualmente tienen como ley supletoria al Código Federal de Procedimientos Civiles.

Cabe señalar que, como ya lo mencionaba el proyecto argentino del Código Unificado: La unificación del derecho civil y mercantil "no significa, en definitiva, ni la absorción de aquel por éste, ni la absorción de éste por aquél, sino tan solo la unificación sustancial de ambos exigida por la vida comercial moderna; ... esa unificación no significa la desaparición ni del Derecho Civil ni del Derecho Comercial como disciplinas típicas, sino tan solo la eliminación de distingos generalmente

²⁴⁰ CERVANTES AHUMADA, *Op cit.* p. 23.

artificiosos que, por afectar a la certeza, que es a su vez componente básico de la seguridad jurídica advienen claramente ineficientes."²⁴¹

Por otro lado y por lo que ve a los sujetos del derecho común, los comerciantes profesionales seguirían teniendo los mismos derechos y obligaciones que han tenido hasta el momento y que están regulados en el libro primero del Código de Comercio, precisamente en los artículos que van del 3 al 17. La ventaja para éstos con la unificación propuesta, al igual que para aquellos sujetos no comerciantes sería que tendrían una mayor seguridad en sus contrataciones, ya que sabrían con certeza qué normas sustantivas y procesales les aplicarían en materia de contratos y obligaciones.

En cuanto a desventajas podría pensarse de una manera tradicional y decir que aquellas personas no comerciantes se verían perjudicadas al ser sometidas a un derecho menos formal y más dinámico parcialmente creado para comerciantes profesionales. Sin embargo lo anterior ya sucede actualmente, ya que en la práctica los no comerciantes se ven regulados por el Código de Comercio y demás leyes mercantiles, al celebrar los llamados actos mixtos que analizamos en el capítulo III de este trabajo y además en virtud de lo dispuesto por el artículo 4° cuarto del Código de Comercio, que señala que las personas que hagan alguna operación de comercio, aunque no sean en derecho comerciantes, quedan sujetas por ella a las leyes mercantiles.

Una legislación como la propuesta vendría a simplificar la aplicación y estudio del derecho tanto a los comerciantes como a los no comerciantes. Como consecuencia de ello la impartición de la justicia sería más rápida y expedita. Nos olvidáramos de los problemas que surgen al intentar decidir la vía procesal para iniciar un litigio ya que no habría necesidad de determinar la naturaleza del acto puesto que el mismo no estaría doblemente regulado; el sistema jurídico alcanzaría

²⁴¹ <http://infoleg.meccon.gov.ar>, página consultada el 29 de Julio de 2004.

uniformidad, flexibilidad, sencillez, claridad, interpretación eficaz y en general el bienestar de la sociedad.

Para finalizar citaremos las palabras del profesor Argentino Marcos Satanowsky, uno de los principales promotores de la unificación de la ley civil y mercantil en su país, quien afirmaba que: "sólo constituye un verdadero derecho la ley que responde a las necesidades estables de una sociedad, tal como surge de la evolución histórica de ella, y que las leyes que artificialmente o por el imperio de la fuerza se pretenden imponer, se convierten en letra muerta en los códigos o llevan una vida efímera y están destinadas a desaparecer a la primera reacción."²⁴²

²⁴² SATANOWSKY, *Op cit*; p. 134.

BIBLIOGRAFÍA

AGÜERO AGUIRRE, Saturnino. *Presentación del "Código de Comercio"*, publicado por el Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal, México, 1991.

ARCE GARGOLLO, Javier. *"Contratos Mercantiles Atípicos"*, 6ª ed; Porrúa, México, 1999.

ASCARELLI, Tulio. *"Derecho Mercantil"*, Porrúa, México, 1940.

AYLLON GONZÁLEZ, Ma. Estela. GARCÍA FERNÁNDEZ, Dora. Coordinadoras. *"Temas selectos de Derecho Corporativo"*, Porrúa, México, 2000.

BARRERA GRAF, Jorge. *"Instituciones de Derecho Mercantil"*, 3ª reimpresión; Porrúa, México, 1999.

BEJARANO SÁNCHEZ, Manuel. *"Obligaciones Civiles"*, 5ª ed; Oxford, México, 1999.

BERMAN, Harold J. *"La formación de la Tradición Jurídica de Occidente"*, Fondo de Cultura Económica, México, 1996.

BOLAFFIO, León. ROCCO, Alfredo. VIVANTE, César. *"Derecho Comercial"*, T. I, Tr.: Delia Viterbo de Frieder y Santiago Sentie Melendo, Ediar S.A., Buenos Aires, 1947.

BORJA SORIANO, Manuel. *"Teoría General de las Obligaciones"*, 14ª ed; Porrúa, México, 1995.

CALVO MARROQUIN, Octavio. PUENTE Y FLORES, Arturo. *"Derecho Mercantil"*, 45ª ed; Porrúa, México, 1999.

CERVANTES AHUMADA, Raúl. *"Derecho Mercantil"*, 4ª. ed; Edit. Herrero, México, 1984.

CHULIA VICENT, Eduardo. *"Aspectos Jurídicos de los contratos atípicos"*, T. II, Bosch Editor, Barcelona, 1995.

DE PINA VARA, Rafael. *"Derecho Mercantil Mexicano"*. 20ª ed; Porrúa, México, 1998.

DE SOLA CAÑIZAREZ, Felipe. *"Tratado de derecho comercial comparado"*, T.I, Montaner y Simón, S.A., Barcelona, 1972.

DÍAZ BRAVO, Arturo. *"Contratos Mercantiles"*, 4ª ed; Harla, México, 1994.

- DÍAZ BRAVO, Arturo. "*Contratos Translativos*", Tomo2, Iure Editores, México, 2005.
- DOMÍNGUEZ MARTÍNEZ, Jorge Alfredo. "*Derecho Civil*", 3ª ed; Porrúa, México, 1992.
- DOMÍNGUEZ MARTÍNEZ, Jorge Alfredo. "*Derecho Civil. Contratos*", Porrúa, México, 2000.
- FERNÁNDEZ, Raymundo. GÓMEZ LEO, Osvaldo R. "*Tratado práctico de derecho comercial*", T. I, Depalma, Buenos Aires, 1987.
- FERNÁNDEZ, Raymundo. GÓMEZ LEO, Osvaldo R. "*Tratado práctico de derecho comercial*", T. III, Depalma, Buenos Aires, 1955.
- GALINDO GARFIAS, Ignacio. "*Derecho Civil*", 7ª ed; Porrúa, México, 1985.
- GARO, Francisco J. "*Derecho Comercial*", Depalma Editor, Buenos Aires, 1955.
- GARRIGUES, Joaquín. "*Curso de Derecho Mercantil*", T.I y II, 2ª. reimpresión; Porrúa, México, 1987.
- GARRIDO, Roque Fortunato. ZAGO, Jorge Alberto. "*Contratos Civiles y Comerciales*", 2ª ed; Universidad, Buenos Aires, 1998.
- GUTIERREZ Y GONZÁLEZ, Ernesto. "*Derecho de las Obligaciones*", 9ª ed; Porrúa, México, 1993.
- HALPERIN, Isaac. "*Curso de derecho comercial*", Vol. I, Ediciones Depalma, Buenos Aires, 1967.
- IGLESIAS, Juan. "*Derecho Romano. Historia e instituciones*", 11ª ed; Ariel, S.A., Barcelona, 1992.
- JIMENEZ SÁNCHEZ, Guillermo J. "*Derecho Mercantil*", 5ª ed; Ariel, S.A., España, 1999.
- LANGLE Y RUBIO, Emilio. "*Manual de Derecho Mercantil Español*", T.I., Bosch Casa Editorial, Barcelona, España, 1959.

LÓPEZ MONROY, José de Jesús. "*Sistema Jurídico del Common Law*", Porrúa, México, 1999.

AYLLON GONZALEZ, Ma. Estela. GARCIA FERNANDEZ, Dora. (Coordinadoras). "*Temas selectos de Derecho Corporativo*", Porrúa, México, 2000.

MALAGARRIGA, Carlos C. "*Derecho Comercial*", Tipográfica Editora Argentina S.A. de C.V., Buenos Aires, 1963.

MANTILLA MOLINA, Roberto L. "*Derecho Mercantil*", 29ª ed; Porrúa, México, 2000.

MARGADANT S, Guillermo Floris. "*El Derecho Privado Romano*", 21ª ed; Editorial Esfinge S.A. de C.V., México, 1995.

MERRYMAN, John Henry. "*La Tradición Jurídica Romano-Canónica*", 2ª. ed; Fondo de Cultura Económica, México, 1997.

MESSINEO, Francesco. "*Manual de Derecho y Comercial*", Tr. Santiago Sentis Melendo, ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1954.

MUÑOZ, Luis. "*Derecho Mercantil*", T.I, Librería Herrero, México, 1952.

PÉREZ FERNÁNDEZ DEL CASTILLO, Bernardo. "*Contratos Civiles*", 6ª. Ed; Porrúa, México, 1999.

RABASA, Óscar. "*Derecho Angloamericano*", Fondo de Cultura Económica, México, 1963.

RABASA, Óscar. "*Derecho Angloamericano*", Porrúa, México, 1982.

RIPERT, Georges. "*Tratado elemental de derecho comercial*", Tr. Felipe De Solá Cañizares, T.I y II, Tipográfica Editora Argentina, Buenos Aires, 1954.

RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ, Joaquín. "*Derecho Mercantil*", 24ª ed; T. I y II, Porrúa, México, 1999.

ROMERO, José Ignacio. "*Manual de Derecho Comercial*", Depalma, Buenos Aires, 1996.

ROMERO, José Ignacio. "*Curso de Derecho Comercial*", Depalma, Buenos Aires, 1989.

SALANDRA, Vitorio. "*Curso de Derecho Mercantil*", Editorial Jus, México, 1949.

SATANOWSKY, Marcos. "*Estudios de Derecho Comercial*", T.I y II, Tipográfica editora argentina, Buenos Aires, 1950.

SOTO ALVAREZ, "*Prontuario de Derecho Mercantil*", Limusa Noriega Editores, [s. l. i.], [s. a.], México.

SOBERANES, José Luis (compilador). "*Tendencias actuales del derecho*", UNAM, Fondo de Cultura Económica, México, 1994.

TENA RAMIREZ, Felipe de Jesús. "*Derecho Mercantil Mexicano*", 18ª ed; Porrúa, México, 1999.

URIA, Rodrigo. "*Derecho Mercantil*", 27ª ed; Marcial Pons, España, 2000.

VARANGOT, Carlos Jorge. "*Derecho Comercial*", Juan Perroti, Buenos Aires, 1955.

VÁZQUEZ ARMINIO, Fernando. "*Derecho Mercantil*", Porrúa, México, 1977.

VÁZQUEZ DEL MERCADO, Oscar. "*Contratos Mercantiles*", 4ª ed; Porrúa, México, 1992.

LEGISLOGRAFÍA

Código Civil del Estado de Jalisco

Código Civil Federal

Código de Comercio

Ley Federal de Derechos de Autor

Ley Federal de Instituciones de Fianzas

Ley de Fomento y Protección de la Propiedad Industrial

Ley General de Sociedades Mercantiles

Ley General Sobre el Contrato de Seguro

Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito

Ley General de Organizaciones y Actividades Auxiliares del Crédito

<http://infoleg.mecon.gov.ar/>

<http://laley.com.ar/>

<http://www.itacom.com.py/>

