

Derecho

mercantil

Generalidades • El acto de comercio
La empresa • La competencia mercantil
Las sociedades mercantiles

Quinta edición

Arturo Díaz Bravo

Actualizada por María del Carmen Ayala Escorza

Colección textos jurídicos



Derecho mercantil

Derecho

Mercantil

**Generalidades • El acto de comercio
La empresa • La competencia mercantil
Las sociedades mercantiles**

Pimera edición (e-Book)

(Quinta edición impresa)

Arturo Díaz Bravo

UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA DE MÉXICO

Actualizada por **María del Carmen Ayala Escorza**



Copyright © 2017 por **IURE editores**, S.A. de C.V. y
herederos del autor, respecto a la primera edición electrónica de la obra

DERECHO MERCANTIL
Generalidades • El acto de comercio • La empresa
La competencia mercantil • Las sociedades mercantiles, e-Book

Ninguna parte de esta obra podrá reproducirse, almacenarse o transmitirse en sistemas de recuperación alguno, ni por algún medio sin el previo permiso por escrito de

IURE editores, S.A. de C.V.

Para cualquier consulta al respecto, favor de dirigirse a nuestro domicilio ubicado en Antonio Caso núm. 142, Piso 3, Col. San Rafael, Deleg. Cuauhtémoc, C.P. 06470, Ciudad de México. Tel. 5280.0358, fax 5280.5997. www.iureeditores.com
Miembro de la Cámara Nacional de la Industria Editorial Mexicana, registro núm. 3329.

ISBN 978-607-616-071-8 (libro electrónico, realizado con base en la
5a edición impresa, © 2014, **ISBN 978-607-016-034-3**)

Hecho en México - Made in Mexico

Dirección editorial:
Olga Arvizu Bonnells
Gustavo Arvizu Bonnells
Jaime Arvizu Bonnells

Diseño de portada:
Brenda Reyes Coix

*A Roberto L. Mantilla Molina
(1910-1982)*

In memoriam

Contenido

Nota a la quinta edición	xix
Advertencia	xxi
Abreviaturas	xxx

Unidad 1 **Generalidades del derecho mercantil** 1

1.1 Aspectos generales	1
1.1.1 Concepto de derecho mercantil	1
1.1.2 Antecedentes	4
1.1.2.1 Extranjeros	4
1.1.2.2 Nacionales	14
1.1.3 Ubicación del derecho mercantil	18
1.1.3 <i>bis</i> Pretendida configuración del derecho mercantil como ciencia autónoma	19
1.1.3 <i>ter</i> Pretendida configuración del derecho mercantil como rama autónoma del derecho privado	22
1.1.4 Carácter federal del derecho mercantil	23
1.1.5 Jurisdicción en el ámbito mercantil	24

1.2	Fuentes formales, reales e históricas del derecho mercantil	24
1.2.1	Fundamentos constitucionales	24
1.2.2	Leyes mercantiles generales y especiales	25
1.2.2 bis	Las resoluciones administrativas como fuente del derecho mercantil	27
1.2.3	Aplicación supletoria del derecho común sustantivo y adjetivo	28
1.2.4	Aplicación supletoria del <i>Código Federal de Procedimientos Civiles</i>	29
1.2.5	La jurisprudencia	30
1.2.6	Usos y costumbres mercantiles	32
1.2.6 bis	<i>Lex mercatoria</i>	34
1.2.6 ter	Fuentes materiales	35
1.3	Tendencia unificadora del derecho común con el mercantil	36
1.3.1	Grados y manifestaciones	36
1.3.2	En el derecho comparado y en México	38
1.3.2 bis	La comercialización del derecho civil contemporáneo	45
1.4	Sistemas adoptados por el derecho mercantil contemporáneo	46
1.4.1	Países del <i>common law</i>	46
1.4.2	Países capitalistas de derecho escrito	47
1.4.3	Países semicapitalistas de derecho escrito	47
1.4.4	La unificación internacional y manifestaciones	49
1.4.4 bis	La globalización del derecho mercantil	50

Unidad 2 **El acto de comercio** 52

2.1	Actos y hechos jurídicos	52
2.2	Concepto de acto de comercio según criterios objetivo y subjetivo	53
2.3	Clasificación de los actos de comercio	56
2.3.1	Actos de intermediación en el cambio	56
2.3.2	Actos lucrativos	56
2.3.3	Actos masivos por su realización	57
2.3.4	Actos practicados por empresas	57
2.4	Descripción de los actos de comercio contenidos en el artículo 75 del <i>Código de Comercio</i> y en otras disposiciones legales	58
2.5	Relatividad de los actos mixtos	65
2.6	Comentario crítico	66

Unidad 3 **El comercio electrónico** 68

3.1	Definición	68
3.2	Naturaleza del comercio electrónico	69

- 3.3 Antecedentes 70
 - 3.3.1 De la internet 71
 - 3.3.2 Del comercio electrónico en el *Código de Comercio* 72
 - 3.3.2 *bis* La Directiva Comercio Electrónico de la Unión Europea 73
 - 3.3.3 Ley modelo sobre el comercio electrónico de la CNUDMI 75
- 3.4 Su aplicación en la práctica 75
- 3.5 De los mensajes de datos 77
- 3.6 De la firma electrónica 78
- 3.7 De la firma electrónica avanzada 79
- 3.8 De los prestadores de servicios de certificación 80
- 3.9 Del reconocimiento de certificados y firmas electrónicas extranjeras 82

Unidad 4 **El comerciante** 83

- 4.1 Concepto 83
- 4.2 Comerciante 84
 - 4.2.1 Persona física. Negociación mercantil 85
 - 4.2.2 Persona colectiva 86
 - 4.2.2.1 Sociedades de personas 86
 - 4.2.2.2 Sociedades de capitales 86
 - 4.2.2.3 Sociedades inexistentes e irregulares 87
- 4.3 Deberes del comerciante 87
 - 4.3.1 La publicidad mercantil 88
 - 4.3.2 Estudio y crítica a la inscripción ante las cámaras de comercio e industria que corresponda 89
 - 4.3.3 Inscripción en el Registro Público de Comercio 91
 - 4.3.3 *bis* Mantenimiento de la contabilidad 94
 - 4.3.4 Conservación de documentos y correspondencia 96
 - 4.3.4 *bis* Leal competencia 96
 - 4.3.4 *ter* La contabilidad, la correspondencia y los libros de actas como prueba ante los tribunales 97
 - 4.3.4 *quater* Derechos de los comerciantes 98
- 4.4 Limitaciones al ejercicio del comercio 99
 - 4.4.1 Inhábiles 100
 - 4.4.1.1 Quebrados no rehabilitados 100
 - 4.4.1.2 Condenados por delitos patrimoniales 100
 - 4.4.1.3 Extranjeros carentes de autorización expresa 100
- 4.5 Incompatibilidades 100
 - 4.5.1 Corredores públicos 100

x CONTENIDO

- 4.5.2 Agentes aduanales 101
- 4.5.3 Notarios públicos 101
- 4.5.4 Funciones judiciales 101
- 4.6 Límites a la capacidad para ejercer el comercio 101
 - 4.6.1 Menores de edad no emancipados 102
 - 4.6.2 Incapaces conforme al derecho común 102
 - 4.6.2 *bis* Competencia desleal 103

Unidad 4 *bis* **Los auxiliares mercantiles 105**

- 4 *bis*.1 Concepto y clasificación 105
- 4 *bis*.2 Importancia moderna de los auxiliares mercantiles 107
- 4 *bis*.3 Formas contractuales y proyecciones 113

Unidad 5 **La empresa mercantil 123**

- 5.1 Concepto 123
- 5.2 Diferencias entre negociación mercantil y sociedad mercantil 124
- 5.3 Naturaleza jurídica 125
- 5.4 Mercantilidad de la empresa 126
- 5.5 Elementos de la empresa 127
 - 5.5.1 Elementos personales 127
 - 5.5.2 Elementos materiales 128
 - 5.5.3 Elementos incorpóreos 129
 - 5.5.3 *bis* Papel e importancia de la mercadotecnia 134
- 5.6 La empresa como núcleo del moderno derecho mercantil 135
- 5.7 Propiedad industrial 135
- 5.7 *bis* La empresa individual de responsabilidad limitada (EIRL) 136
- 5.7 *ter* Diversos tipos de empresas 140
- 5.7 *quater* Responsabilidades empresariales 143

Unidad 5 *bis* **Derecho de la competencia mercantil 151**

- 5 *bis*.1 Concepto de competencia mercantil 151
- 5 *bis*.2 Economías dirigidas y economías de mercado 153
- 5 *bis*.3 Orígenes del industrialismo, del capitalismo y del mercantilismo 154
- 5 *bis*.4 Aspectos históricos de la libre competencia 156
- 5 *bis*.5 Restricciones a la libre competencia: la *Ley Sherman* de los Estados Unidos de América 158
- 5 *bis*.6 El Convenio de París para la Protección de la Propiedad Industrial (1884) 159

- 5 bis.7 La publicidad mercantil y su regulación 160
- 5 bis.8 El derecho de la competencia en México. Antecedentes 169
- 5 bis.9 La regulación mexicana de la propiedad industrial 171
- 5 bis.10 Restricciones a la libre competencia: el *Código de Comercio*, la *Ley Federal de Competencia Económica* y su *Reglamento* 172
- 5 bis.11 La Comisión Federal de Competencia 175
- 5 bis.12 La competencia desleal: formas e intereses protegidos. *Las pymes* 177
- 5 bis.13 Modernas regulaciones en materia de competencia mercantil 186
- 5 bis.14 Los códigos de ética empresarial. La confidencialidad empresarial 191
- 5 bis.15 Las responsabilidades por infracción de las disposiciones en materia de competencia mercantil 197
- 5 bis.16 La protección del consumidor 200
- 5 bis.17 Las nuevas proyecciones del pequeño comercio 204
- 5 bis.18 Responsabilidades e insolvencia de la empresa: concurso y quiebra 204
- 5 bis.19 Comercialización de la banca: *bancarización* del comercio 206

Unidad 6 **Sociedades mercantiles** 216

- 6.1 Concepto 216
- 6.2 Naturaleza jurídica 218
- 6.3 Presupuestos para su constitución 218
 - 6.3.1 *Affectio societatis* 219
 - 6.3.2 Aportaciones sociales 219
 - 6.3.3 Fin común 220
- 6.4 Clasificación de las sociedades mercantiles 221
 - 6.4.1 Sociedades de personas 222
 - 6.4.2 Sociedades de capitales 222
 - 6.4.3 Sociedades mixtas 223
- 6.5 Estudio comparativo entre las sociedades mercantiles y otras figuras jurídicas semejantes 223
- 6.6 Naturaleza jurídica del acto constitutivo de las sociedades 224
- 6.6 bis Las sociedades mercantiles en el derecho internacional 227
- 6.6 ter El moderno derecho corporativo 228

Unidad 6 *bis* **Sociedades con inversión
extranjera directa (IED) 230**

- 6 *bis*.1 Generalidades y antecedentes 230
- 6 *bis*.2 Definiciones 233
- 6 *bis*.3 Admisibilidad del capital extranjero. Actividades reservadas al Estado mexicano 234
- 6 *bis*.4 Actividades reservadas a mexicanos 234
- 6 *bis*.5 Actividades en las que puede participar la IED 235
- 6 *bis*.6 Especial tratamiento de la inversión extranjera en bienes inmuebles 238
- 6 *bis*.7 La inscripción en el Registro Nacional de Inversiones Extranjeras (RNIE) 239
- 6 *bis*.8 Inversión mexicana en el extranjero 239

Unidad 7 **Aspectos relevantes de las sociedades mercantiles 241**

- 7.1 Personalidad de las sociedades 241
- 7.1 *bis* Sociedad y empresa 242
- 7.2 Consecuencias de la personalidad 247
 - 7.2.1 Capacidad jurídica 247
 - 7.2.1 *bis* Los actos *ultra vires* 248
 - 7.2.2 Patrimonio social 252
 - 7.2.2.1 Protección del patrimonio social 252
 - 7.2.2.2 Protección del capital social 253
 - 7.2.2.2 *bis* Protección del buen nombre social 254
 - 7.2.3 Nombre social 256
 - 7.2.4 Domicilio social 256
 - 7.2.4 *bis* Nacionalidad 257
- 7.3 Relaciones de la sociedad y los socios (sustantiva y adjetivamente) 257
- 7.4 Los acreedores sociales frente a los socios (sustantiva y adjetivamente) 258
- 7.5 Los acreedores de los socios 258
 - 7.5.1 El *status* de socio 259
- 7.6 Obligaciones de los socios 259
- 7.7 Derechos de los socios 260
- 7.8 Documento social 261
 - 7.8.1 Cláusulas esenciales de la escritura social 262
 - 7.8.2 Cláusulas para ampliar la capacidad social 264
 - 7.8.3 Cláusulas naturales 264
 - 7.8.4 Cláusulas accidentales 265

Unidad 8 **Sociedades inexistentes, de hecho e irregulares** 266

- 8.1 Concepto de cada una de ellas 266
- 8.2 Diferencias 267
- 8.3 Responsabilidades 267
- 8.4 Tratamiento legal 268
- 8.5 Efectos y consecuencias de cada una de ellas 268
- 8.5 *bis* La doctrina mexicana 269

Unidad 9 **Sociedades ilícitas** 272

- 9.1 Concepto 272
- 9.2 Ilícitud por su objeto 272
- 9.3 Ilícitud por sus actividades 273
- 9.4 Consecuencias 273

Unidad 9 *bis* **Sociedad de responsabilidad limitada** 275

- 9 *bis*.1 Importancia actual y concepto 275
- 9 *bis*.2 Examen del concepto legal 278
- 9 *bis*.3 Distinción entre acciones y partes sociales. Consecuencias 279
- 9 *bis*.4 Derechos y obligaciones de los socios 280
- 9 *bis*.5 La administración 281
- 9 *bis*.6 La asamblea de socios: facultades, formalidades y requisitos 282
- 9 *bis*.7 La vigilancia 283
- 9 *bis*.8 La posibilidad de una limitada unimembre 284

Unidad 10 **Sociedad anónima** 285

- 10.1 Concepto 285
- 10.1 *bis* Antecedentes 286
- 10.2 Escritura constitutiva 288
- 10.2 *bis* Sociedad de un solo socio 290
- 10.3 Sociedad mercantil capitalista. Su capital social 294
 - 10.3.1 Las acciones como títulos representativos del capital social 294
 - 10.3.1 *bis* Prohibición a la sociedad anónima de adquirir sus propias acciones 299
 - 10.3.2 Otros títulos de crédito análogos o relacionados 300
 - 10.3.3 Aumentos y reducciones de capital 304
- 10.4 Formas de constitución 305
- 10.5 Suscripción por comparecencia ante notario público 305
- 10.6 Suscripción pública 306

10.7	Los órganos de la sociedad anónima	306
10.7.1	Órgano supremo. Asambleas de accionistas	307
10.7.2	Órgano representativo	309
10.7.3	Órgano de control	312
10.8	Asamblea de accionistas	312
10.8.1	Asamblea constitutiva. Concepto. Asuntos que debe tratar	313
10.8.2	Asambleas ordinarias. Concepto. Asuntos que pueden tratar	314
10.8.3	Asambleas extraordinarias. Concepto. Asuntos que pueden tratar	316
10.8.4	Asambleas mixtas. Concepto. Asuntos que pueden tratar	318
10.8.5	Asambleas especiales. Concepto. Asuntos que pueden tratar	319
10.8.6	Periodicidad de su celebración	319
10.9	Convocatorias	320
10.9.1	Requisitos de las convocatorias	320
10.9.2	Quórum de presencia	322
10.9.3	Quórum de votación	323
10.9.4	Quórum de presencia según la ley	323
10.9.5	Quórum de votación según la ley	324
10.10	Formalidades (ante notario o corredor público)	324
10.11	Nulidad de las asambleas	328
10.12	Oposición en las asambleas	329
10.13	Impugnación de los acuerdos de la asamblea. Requisitos para hacerlo	329
10.14	Órgano de administración	332
10.14.1	Consejo de administración	332
A.	Características del cargo	333
B.	Requisitos	334
C.	Funciones	335
D.	Designación de administradores suplentes	337
10.14.1.1	Funcionamiento del consejo de administración	337
10.14.1.2	Responsabilidades	343
10.14.2	Administrador único	348
10.14.2.1	Funciones	349
10.14.2.2	Responsabilidades	349
10.14 bis	El órgano de vigilancia	350
A.	Carácter colegiado o individual	350

B.	Características del cargo	350
C.	Requisitos	351
D.	Funciones	352
E.	Atribuciones y facultades	352
F.	Responsabilidades	353
10.15	El carácter de accionista	354
10.15.1	Derechos del accionista	355
10.15.1.1	Corporativos o personales	355
A.	Usufructo	360
B.	Prenda	362
C.	Embargo	364
D.	Reporto	366
E.	Fideicomiso	366
F.	Depósito	367
Sucesión hereditaria		368
Pacto de voto		369
10.15.1.2	Patrimoniales	371
10.15.1.3	Participación de las utilidades	375
10.15.1.4	Participación en la liquidación	378
10.15.2	Obligaciones del accionista	378
10.15.2.1	Patrimoniales	378
10.15.2.2	Extrapatrimoniales	379
10.16	Estudio comparativo entre la sociedad anónima y las sociedades del derecho angloamericano	382
10.16 <i>bis</i>	La sociedad anónima europea	386
10.16 <i>ter</i>	Las sociedades anónimas bursátiles	387

Unidad 11 **Las sociedades cooperativas** 390

11.1	Origen constitucional, concepto y mercantilidad	390
11.1 <i>bis</i>	Antecedentes	392
11.2	Clasificación. Participación de órganos gubernativos	394
11.3	Procedimiento especial de constitución	394
11.4	Título representativo de la calidad de socio	395
11.5	Derechos y obligaciones de los cooperativistas	395
11.6	Órganos sociales	396
11.7	Federaciones y confederaciones cooperativistas	397
11.8	Disolución y liquidación	397
11.8 <i>bis</i>	Las sociedades cooperativas de ahorro y préstamo	398

Unidad 11 *bis* **Otras sociedades 400**

- 11 *bis.1* Sociedad en nombre colectivo 401
 - 11 *bis.1.1* Referencia histórica y concepto 401
 - 11 *bis.1.2* Constitución 403
 - 11 *bis.1.3* Derechos y obligaciones de los socios 403
 - A. Derechos corporativos 403
 - B. Derechos patrimoniales 404
- 11 *bis.2* Sociedad en comandita simple 404
 - 11 *bis.2.1* Referencia histórica y concepto 404
 - 11 *bis.2.2* Constitución 406
 - 11 *bis.2.3* Derechos, obligaciones y órganos de la sociedad 406
- 11 *bis.3* Sociedad en comandita por acciones 407
 - 11 *bis.3.1* Referencia histórica y concepto 407
 - 11 *bis.3.2* Constitución 407
 - 11 *bis.3.3* Derechos y obligaciones de los socios 408

Unidad 12 **Disolución y liquidación de las sociedades mercantiles 409**

- 12.1 Disolución 409
 - 12.1.1 Concepto 409
 - 12.1.2 Causas de disolución total y parcial 409
- 12.2 Liquidación 411
 - 12.2.1 Concepto 411
 - 12.2.2 Órgano de liquidación: atribuciones y funciones 411
 - 12.2.3 Cancelación del registro 413

Unidad 13 **Fusión de las sociedades mercantiles 415**

- 13.1 Concepto 415
- 13.2 Naturaleza jurídica 416
- 13.3 Clasificación 416
- 13.4 Acuerdos de fusión 416
- 13.5 Contrato de fusión: efectos 417
- 13.6 Inscripción en el Registro Público de Comercio 418
- 13.6 *bis* El moderno auge de las fusiones 419

Unidad 14 **Transformación de las sociedades mercantiles 421**

- 14.1 Concepto 421
- 14.2 Diferencias y semejanzas con la fusión 421
- 14.3 Cambio de capital fijo a variable 422

- 14.4 Consecuencias 423
- 14.5 Derechos de los socios y de los acreedores 424

Unidad 15 **Escisión de las sociedades mercantiles** 425

- 15.1 Concepto 425
- 15.2 Formas 425
- 15.3 Sociedades que participan 426
- 15.4 Semejanzas y diferencias con la fusión 426
- 15.5 Derechos de los acreedores 427
- 15.6 Derechos de los socios 427
- 15.7 Consecuencias 428

Unidad 16 **Agrupaciones de sociedades** 429

- 16.1 Grupos de sociedades 429
- 16.2 Sociedad controladora (*holding*) 430
- 16.3 Control de sociedades 430
- 16.4 Agrupaciones financieras 432
- 16.5 Sociedades con inversiones de capital cruzadas 432

Unidad 17 **Sociedades extranjeras** 434

- 17.1 Nacionalidad de una sociedad. Criterios para determinarla 434
- 17.2 Análisis de la *Ley de Inversión Extranjera*. Requisitos que exige la ley mexicana para que las sociedades mercantiles extranjeras puedan ejercer el comercio 435
- 17.3 Incumplimiento de los requisitos legales. Responsabilidad solidaria de los representantes 437
- 17.4 La quiebra de una sociedad extranjera 437
- 17.5 Sociedades mexicanas establecidas en el extranjero 437
- 17.5 *bis* Los tratados sobre protección recíproca de las inversiones extranjeras 438

Bibliografía 441

Índice onomástico 447

Índice analítico 450

Nota a la quinta edición

Con la anuencia de los hijos del doctor Arturo Díaz Bravo, en la presente edición se ha actualizado el contenido de esta importante obra en lo que se refiere a las múltiples reformas y adiciones que ha sufrido la legislación mercantil desde la aparición de la cuarta edición (en 2011) a la fecha, fruto de la misma dinámica del derecho y particularmente del derecho mercantil. Se ha hecho este trabajo cuidando en todo momento no romper la unidad en la congruencia de la exposición del autor, respetando su estilo y sólo agregando alguna nota aclaratoria al pie de página para facilitar al estudiante la comprensión de algún término del vasto léxico técnico del autor.

Amén de lo anterior, la presente edición se ve enriquecida con la unidad 11 *bis*, en la cual se tratan las sociedades en nombre colectivo, en comandita simple y en comandita por acciones, las cuales, aunque en la práctica se encuentran en desuso, es necesario que el lector las conozca ya que nuestra legislación todavía las contempla en el art. 1o. de la *Ley General de Sociedades Mercantiles*. Es importante aclarar que este desuso es motivado, principalmente, por lo excesivo de las responsabilidades a que se ven comprometidos los socios, ya que en estas sociedades ellos tienen la obligación de respon-

XX NOTA A LA QUINTA EDICIÓN

der no sólo con su aportación social, sino también con su patrimonio, sin importar si éste fue o no fruto o consecuencia de la misma sociedad.

Esta actualización se consideró necesaria para poder estar en posibilidades de continuar con la constante inquietud que siempre tuvo el autor por ofrecer a sus lectores una obra vigente, útil y práctica.

MARÍA DEL CARMEN AYALA ESCORZA
Verano de 2014.

Advertencia

Como fácilmente podrá apreciar el lector que haya conocido la primera edición de este libro, con la segunda y las ulteriores se pretende enmendar el carácter elemental y puramente informativo de aquélla, obligado por las circunstancias de premura en las que se redactó; pero además, en razón de que el programa de la asignatura fue objeto, en la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional Autónoma de México, de importantes modificaciones, mismas que se acogen en esta cuarta edición.

Pero además, es importante hacer notar que el nuevo programa, al igual que el anterior, acusa graves y lamentables deficiencias, que el autor no se ha resignado a compartir, y por ello decidió suplir algunas de tales carencias, que en este libro se apreciarán con los adverbios ***bis, ter***, etc., colocados inmediatamente después del nombre de las unidades y apartados que no figuran en el citado programa oficial.

Otro grave error más, a propósito de dicho nuevo programa, reside nada menos que en el nombre que se atribuyó al primer curso de la asignatura, ***sociedades mercantiles***, a pesar de que abarca varios otros aspectos tan importantes o más que el de dichas sociedades, como lo son: el capítulo de

generalidades, el estudio del acto de comercio, el examen del régimen legal de la empresa mercantil, el de la publicidad, el de la competencia desleal y algunos otros. Por tales razones, el autor ha preferido titular este libro con el nombre adecuado, y además tradicional, *derecho mercantil*, si bien con mención, inmediatamente después, de los importantes capítulos antes referidos

Más adelante se hará referencia a estas novedades, no sin subrayar la necesidad de que el referido programa docente, así como los adoptados en las demás escuelas de derecho de nuestro país, recojan aspectos de indispensable conocimiento, así sea elemental, por parte de nuestros estudiantes de la asignatura.

Mas en verdad a poco que se examine retrospectivamente la legislación mercantil, así en nuestro país como en otros que han intentado codificar el derecho mercantil, se podrá advertir que el comercio, masivamente operado, en realidad apareció a principios de la Edad Moderna, como obligada consecuencia de la llamada Revolución Industrial, surgida en la Inglaterra de fines del siglo xvii y principios del xviii, a la que más adelante se hará referencia. Empero, desde ahora conviene tener muy presente que tal Revolución tuvo un carácter puramente mecánico, que hubo de sufrir una radical transformación al aparecer la electricidad, a principios del siglo xix, por lo que es válido afirmar que se trató de la Revolución Eléctrica, que en el curso de los años, y todavía a principios del siglo xxi, se erigió en motor de prácticamente todas las actividades industriales y comerciales.

Y aquí aparece, a fines del siglo xx y principios del xxi, la tercera Revolución, que necesario es calificar de electrónica, por las razones ampliamente conocidas y que, al igual que las anteriores, es de generalizado y cada vez más extendido aprovechamiento.

* * * * *

No constituye novedad alguna la afirmación en el sentido de que el derecho mercantil está en crisis, y ello desde hace muchos años, no sólo en sus manifestaciones legislativas, sino también por lo que se refiere a su enseñanza en las escuelas de derecho y a los trabajos doctrinarios; ya lo sostuvo así el reputado tratadista español **Joaquín Garrigues**, en su última lección como catedrático de la materia, pronunciada el 6 de mayo de 1970.

Y, como ocurre en todo estado crítico, nuestro derecho tendrá que ser objeto de una profunda transformación, tal vez evolutiva, pero quizá regresiva, si bien es dable pensar en su desaparición como rama del derecho privado, para fundirse con su hermano, el derecho civil y volver a ser, como lo

fue en sus primeros tiempos, y lo es ya en algunos países, simplemente el derecho privado de las obligaciones, sin el doloroso divorcio que los ha mantenido separados durante más de dos siglos, a partir de la aparición del *Código de Comercio* napoleónico de 1807.

Parece necesario apuntar aquí las razones de tal crisis que son, entre otras, las siguientes:

- En lo que hace a la enseñanza y al contenido de los trabajos doctrinarios, el excesivo teoricismo alejado de la práctica, lo que ha conducido a una preparación estudiantil puramente doctrinaria y, por ello, con una deficiente preparación para el ejercicio profesional, según lo demuestran las lamentables experiencias ostensibles en nuestro país y en muchos otros que han seguido el mismo camino preeminentemente doctrinal.
- La entronización del acto de comercio como núcleo del derecho mercantil, fruto del *Código de Comercio* francés de 1807, que ha conducido a algunos lamentables callejones sin salida y a confusiones sin solución. En efecto, los mercantilistas nunca lograron encontrar una definición satisfactoria del acto de comercio, como tampoco de la empresa mercantil en cuanto expresión dinámica de la realización de tales actos, y todo ello condujo a la elaboración de teorías jurídicas tan abstrusas como inútiles, algunas de las cuales por cierto, aunque fatalmente, habrán de exponerse en este libro. Era inconcuso, pues, que toda una rama del derecho privado, sustentada en el acto de comercio, cuyo satisfactorio concepto nunca se logró, mostrara un amplio espectro de dificultades legislativas, doctrinales y docentes, pero también procesales, aún hoy no superadas.
- Aunque hasta ahora no ha encontrado imitadores, una apreciable influencia doctrinal ha ejercido la reacción alemana frente al objetivismo mercantil antes expresado. Se trata del *Código de Comercio* alemán de 1900, con el que el legislador germano se apartó del referido objetivismo y ubicó a la empresa como piedra miliar del derecho mercantil, en cuanto se dedique a realizar actos lucrativos, cualquiera que sea su naturaleza. Con ello el derecho mercantil alemán logró superar las antes apuntadas carencias y limitaciones, sin necesidad de propugnar, como en su vecina Suiza, la unificación de tal derecho con el civil.
- Mayor influjo ha ejercido la tendencia unificadora del derecho privado, que amenaza con eliminar las diferencias entre el derecho civil y el mercantil. Si bien es cierto que esta corriente ha encontrado poderosos detractores, no menos lo es que también ha alineado en su favor a numerosos partidarios, que la han visto plasmada en países como la ya mencionada Suiza, Italia y, en nuestra América, Paraguay y Brasil, sin

contar con que también invocan la unificación, y no precisamente legislativa, en los países de influencia inglesa, como los Estados Unidos de América, Australia y otros más.

- No poco ha contribuido a la crisis del derecho mercantil la dispersión legislativa de que ha sido objeto, y no sólo en nuestro país. El carácter dinámico y cambiante de las prácticas del comercio ha venido siendo, desde siempre, la génesis de nuevas leyes, así como de derogaciones o modificaciones de las ya existentes, todo lo cual ha servido para conformar lo que el ya citado **Joaquín Garrigues** calificaba de “vértigo legislativo”, con la consecuencia de que, frente a tal panorama, el estudiante, el profesionalista, tanto litigante como asesor, pero también el juzgador, encuentran serias dificultades para localizar el precepto buscado y, consecuentemente, para fundar en debida forma una opinión, un alegato o una resolución.
- Un lugar por demás importante como factor de la crisis lo desempeña la llamada globalización o internacionalización del comercio. En efecto, las crecientes y cada vez más cuantiosas relaciones del comercio internacional, propiciadas por los tratados de libre comercio, vienen reclamando para sí regulaciones específicas de privilegio, de excepción y de trato especial, que configuran, a no dudarlo, un derecho mercantil especial, notablemente influido por la *lex mercatoria*, y que, como es bien sabido, prevalece sobre los derechos internos, de tal manera que hoy día resulta normal la coexistencia de dos derechos mercantiles, con superposición de uno sobre el otro. Como es lógico, por otra parte, aquí se está en presencia de un derecho mercantil internacional que, además, encuentra otras manifestaciones: se trata de los convenios internacionales, ya no de contenido económico, sino preponderantemente jurídico, con los cuales los países suscriptores buscan superar los conflictos que durante muchos años planteó el derecho internacional privado, de cara a las serias dificultades que ofrecía, en los contratos internacionales, la decisión sobre la ley del foro aplicable. Así ocurre ya, siempre en el ámbito internacional, con los tratados sobre compraventa, transporte en todas sus modalidades, títulos de crédito, arbitraje, cartas de crédito, sociedades mercantiles, propiedad industrial, etcétera.
- La insoslayable y cada vez mayor incidencia de la economía en las actividades comerciales ha tenido una lógica consecuencia en la legislación, a tal punto que hoy día se predica la existencia de un derecho económico, que ha saltado los límites del derecho mercantil, y aun del derecho civil, en ocasiones como forma de proteger los intereses económicos del Estado, pero también las economías de los consumidores. Y es por ello

que, incluso en algunos contratos civiles, ya se nota la presencia del derecho económico, mediante la forzosa inserción de ciertas cláusulas, la nulidad *ex lege* de otras, etc., y ni se diga en lo que concierne a las relaciones empresas-consumidores, a propósito de las cuales la nueva legislación protectora de los intereses de estos últimos ha hecho caso omiso de la naturaleza civil o mercantil de dichos contratos, a pesar de lo cual no faltan voces doctrinales que atribuyen naturaleza mercantil a este novedoso derecho económico del consumo. Y aquí resulta ilustrativo hacer referencia al hoy de plano declinante principio, que durante muchos siglos se erigió en supremo principio del derecho privado, según el cual la libre voluntad de las partes es la suprema ley en los contratos, que sufrió un duro golpe al surgir el derecho laboral, y tal vez más duro aún con motivo de este derecho económico: como es bien sabido, la moderna corriente tutelar de los intereses de la parte débil en el contrato ha impuesto, por una parte, la ineficacia de ciertas cláusulas consideradas abusivas y, por la otra, la forzosamente presunta inserción de otras, aunque no aparezcan en los contratos. De este modo, así como en su momento el derecho civil debió retroceder ante el llamado derecho social, el moderno derecho mercantil está cediendo terreno al derecho económico.

- Y, como era de esperarse, la electrónica viene ejerciendo una explicable influencia en las actividades comerciales, y buena prueba de ello es la obligatoria adopción, por parte de las grandes empresas mercantiles, de las facturas electrónicas. En efecto, a partir de 2009, la SHCP estableció que dichas empresas están impedidas de generar sus propias facturas, por lo que deben acudir al sistema tradicional o emplear la factura electrónica. En consecuencia, a partir del 1 de julio de 2008 las empresas ya no pueden operar la autoimpresión de las facturas, y deberán acudir al empleo de comprobantes impresos por establecimientos autorizados, o bien a comprobantes fiscales digitales. Dentro del mismo orden de ideas, en este libro se hará también referencia a la aplicación de la electrónica en numerosas actividades mercantiles, algunas de las cuales ya están siendo objeto de nuevas regulaciones e incluso de novedosos mecanismos. Así, por ejemplo, se apuntará la cada vez más frecuente celebración electrónica de numerosos contratos, aun internacionales, y por lo que hace al contenido de este libro, a la posibilidad de que las sociedades mercantiles celebren asambleas e incluso sesiones de sus consejos de administración en forma electrónica, esto es, a distancia y sin la necesaria reunión física de los interesados, por ahora conocidos estos mecanismos con el neologismo *videoconferencias*.

He aquí, pues una nueva transformación del derecho mercantil, que se está viendo obligado a prever y regular estos novedosos mecanismos, hoy día empleados en la realización de actividades mercantiles.

- Por último, los derechos mercantiles internos también se han visto fatalmente erosionados por los usos, costumbres y prácticas comerciales de los países económicamente poderosos, que por lo general son los industrialmente más desarrollados y que, en razón de todo ello, vienen imponiendo a los demás sus legislaciones, usos, costumbres y prácticas, con lo cual contribuyen a crear o fomentar las crisis legislativas de los segundos, entre ellas la del derecho mercantil, cuyo legislador deviene obligado a adoptar una postura imitativa.
- Finalmente, y aunque aparentemente configura una sociedad mercantil, en este libro no se examina la sociedad mutualista de seguros, por varias razones:

- a) El estudio de la misma no está previsto en el programa oficial de la asignatura, vigente en la Facultad de Derecho de la UNAM.
- b) Aunque la *LGISMS* proclama que el único objeto de las sociedades mutualistas será su funcionamiento como sociedades mutualistas de seguros y, por su parte, el art. 75 fracc. XVI del *C.Com.*, declara que son actos de comercio los contratos de seguros, siempre que sean operados por empresas, parece obvio considerar que estos seguros mutualistas no pueden equipararse a los practicados por las demás instituciones de seguros, todas las cuales deben constituirse como sociedades anónimas, según claramente lo dispone el art. 29 de la *LGISMS*, la verdad es que entre ambos tipos sociales existen tajantes y fácilmente apreciables diferencias: ante todo, las entidades aseguradoras constituidas como sociedades anónimas persiguen un innegable propósito de lucro, no así las mutualistas; pero además, las aseguradoras constituidas como sociedades anónimas son abiertas, esto es, pueden operar con cualquier interesado, al paso que las mutualistas son *cerradas*, vale decir, sólo operan con sus socios (mutualizados) y no persiguen un propósito de lucro. Por lo demás, en nuestro medio operan también, reguladas por una ley local, como lo es la *Ley de Sociedades Mutualistas del Distrito Federal*, publicada en la *Gaceta Oficial* de la propia entidad federativa, del 23 de octubre de 2008, en cuyos términos su finalidad debe ser, conforme a lo dispuesto por el art. 3o-VII de su indicada Ley, la de propiciar entre sus socios el desarrollo de cualquier actividad en beneficio de todos ellos, lo cual, evidentemente, la ubica en un plano social, jurídico y econó-

mico totalmente diverso del seguro lucrativo, operado por las instituciones aseguradoras.

Como consecuencia de lo anterior, estas mutualistas se desenvuelven, obvia y necesariamente, dentro del mundo del derecho civil, no así del mercantil, que es la materia de este libro.

Ahora bien, en estos países se ha hecho sentir, ya a fines del siglo xx, pero con más claridad a principios del xxi, y ello también en los países hoy día englobados dentro de las economías emergentes, la importancia de la llamada *clase media o burguesía*, en el correcto sentido gramatical del vocablo, que además constituye mayoría en prácticamente todos los países y que, en palabras del economista brasileño **Eduardo Giannetti da Fonseca**,¹ es "... la gente que no se ha resignado a vivir en la pobreza, pero que está preparada para hacer algunos sacrificios con el propósito de crear una vida mejor para ella misma, pero que no ha experimentado la forma de materializar la solución de sus problemas por carecer de los medios materiales que le permitan llevar una vida más fácil". Ahora bien, esta clase media, que durante muchos años se mostró indolente y letárgica, ahora se está viendo galvanizada y, en razón de ello, ha configurado lo que hoy es moda calificar de mercados emergentes y cuya existencia ha venido dando lugar, entre otras consecuencias, al modernamente llamado derecho del consumo, que, como es bien sabido y también de ello se dará cuenta en este libro más adelante, en realidad configura un cuerpo legislativo protector de tal clase consumidora, que viene ameritando una importante actividad legislativa en numerosos países, englobada en textos que por ahora no encuadran dentro de los tradicionales derecho civil y derecho mercantil, por lo que los especialistas, y por cierto tras de ellos los tratadistas, nos vemos en el caso de informar que se trata de un derecho de especial naturaleza, que participa de aspectos civiles, mercantiles e incluso de derecho público, a tal grado que ha requerido la configuración de organismos juzgadores con la específica misión de tutelar los intereses de esta clase media o burguesía.

* * * * *

Como a poco se verá, en este libro el autor no pudo ni quiso sustraerse del todo al antes criticado excesivo teorismo y doctrinarismo imperantes, a

¹ *The Economist*, 14 de febrero de 2009, reporte especial sobre las nuevas clases medias en los mercados emergentes.

cambio de lo cual dio preferencia a los aspectos prácticos de la vida de los negocios, a la mención de problemas reales no resueltos legislativamente, a la crítica, apoyada en las exigencias del comercio, de preceptos legales y aun de conceptos jurisprudenciales que el propio autor considera inadecuados.

Igualmente, y en razón de las causas invocadas como generadoras de la crisis de este derecho, el lector encontrará numerosas referencias a leyes y prácticas extranjeras que, también por las razones apuntadas, vienen influyendo en la vida comercial, lo que en algunos casos justificaría serias y severas críticas a nuestros organismos legislativos, lamentablemente dedicados más a ocuparse en sus intereses políticos que en poner atención a las exigencias de un comercio anhelante de leyes justas y adecuadas a su actividad, no sólo en su beneficio, sino también como forma de tutelar los intereses de quienes se ven obligados a acudir a las diversas expresiones del comercio.

Pero ante todo, el autor se propone poner a la vista de los lectores la práctica mercantil en sus múltiples expresiones: la puramente comercial, la industrial, la bancaria y la de servicios, pues tuvo presente la hoy casi olvidada recomendación del considerado como más preclaro mercantilista de la historia, **Cesare Vivante**, quien recomendaba a los estudiantes y estudiosos, vale decir, a todos aquellos que se acerquen al derecho mercantil, que no se aventuren a enseñarlo, ni a escribir sobre él, si no conocen a fondo su estructura técnica y su función económica, mismas que sólo pueden obtener en las bolsas de valores, en los bancos, en las agencias, en las sociedades mercantiles y en los tribunales de justicia, por lo que consideraba una falta de probidad hablar de una institución mercantil sin conocer a fondo su realidad.

* * * * *

Por una u otra razón, de no fácil explicación, me ha parecido explicable el dejar constancia, en un libro como el presente, de la secular subsistencia de empresas mercantiles que, en nuestro país, han resistido el paso del tiempo y han mantenido, erguidas y respetables, sus actividades comerciales, frente a otras que no han podido resistir el embate del tiempo. Por cuanto sus actividades son bien conocidas, me limitaré a mencionar sus nombres: Casa Cuervo (productora de tequila desde 1875); Calendario del Más Antiguo Galván (que se viene publicando desde 1826 y a partir de 1846 por la Librería y Ediciones Murguía); Sombreros Tardán (1847); Casa Boker (1865); Tequila Sauza (1873); Dulcería de Celaya (1874); Banco Nacional de México (1884);

Cervecería Cuauhtémoc (1890); Ladrillera Monterrey, hoy Lamosa (1891); Cervecería Moctezuma (1894); Grupo Nacional Provincial, resultante de la fusión de dos aseguradoras (1902); Sanborn's (1903).

De una u otra forma, tales empresas han contribuido al desarrollo industrial y comercial de nuestro país, no menos que a la configuración de un derecho mercantil dotado de nuevos perfiles, como podrá apreciarse más adelante.

* * * * *

El autor, llegado el capítulo de los agradecimientos, desea mencionar la valiosa ayuda que, al preparar la primera edición de este libro, le prestó María del Carmen Sánchez Cornejo, mismo auxilio que, en forma agotadora de su vista, oído y digital, no menos que intelectual, y muy importante, le prestó Ana Isabel Velázquez Ávila, en la segunda, tercera y cuarta ediciones. Por último, a los editores, que en diversas formas lo han estimulado para llevar adelante y concluir el presente trabajo.

EL AUTOR
Coyoacán, D.F., Verano de 2011.

Abreviaturas

art., arts.	artículo, artículos
BMV	Bolsa Mexicana de Valores
<i>C.Civ.</i>	<i>Código Civil Federal</i>
<i>C.Civ...</i>	<i>Código Civil</i> del país o entidad federativa correspondiente
<i>C.Com.</i>	<i>Código de Comercio</i>
<i>C.Com...</i>	<i>Código de Comercio</i> del país respectivo
CCI	Cámara de Comercio Internacional
CEESP	Centro de Estudios Económicos del Sector Privado
CFC	Comisión Federal de Competencia
<i>CFPC</i>	<i>Código Federal de Procedimientos Civiles</i>
CIADI	Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de otros Estados
CIDIP	Comisión Interamericana Especializada de Derecho Internacional Privado
cit.	citado
CNBV	Comisión Nacional Bancaria y de Valores
CNIE	Comisión Nacional de Inversiones Extranjeras
CNSF	Comisión Nacional de Seguros y Fianzas

CNUDMI	(UNCITRAL, por su acrónimo en inglés) Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional
COFEPRIS	Comisión Federal para la Protección contra Riesgos Sanitarios
CONDUSEF	Comisión Nacional para la Protección y Defensa de los Usuarios de Servicios Financieros
<i>CPEUM</i>	<i>Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos</i>
<i>DOF</i>	<i>Diario Oficial de la Federación</i>
EIRL	Empresa Individual de Responsabilidad Limitada
ESR	Empresa Socialmente Responsable
frac., fracs.	fracción, fracciones
IED	inversión extranjera directa
IMPI	Instituto Mexicano de la Propiedad Industrial
<i>L. de A.</i>	<i>Ley de Amparo</i>
<i>L. de N.</i>	<i>Ley de Nacionalidad</i>
<i>LA</i>	<i>Ley Aduanera</i>
<i>LAC</i>	<i>Ley de Aviación Civil</i>
<i>LCM</i>	<i>Ley de Concursos Mercantiles</i>
<i>LCPAF</i>	<i>Ley de Caminos, Puentes y Autotransporte Federal</i>
<i>LFCE</i>	<i>Ley Federal de Competencia Económica</i>
<i>LFCP</i>	<i>Ley Federal de Correduría Pública</i>
<i>LFDA</i>	<i>Ley Federal del Derecho de Autor</i>
<i>LFIF</i>	<i>Ley Federal de Instituciones de Fianzas</i>
<i>LFPC</i>	<i>Ley Federal de Protección al Consumidor</i>
<i>LFSMN</i>	<i>Ley Federal sobre Metrología y Normalización</i>
<i>LGISMS</i>	<i>Ley General de Instituciones y Sociedades Mutualistas de Seguros</i>
<i>LGOAAC</i>	<i>Ley General de Organizaciones y Actividades Auxiliares del Crédito</i>
<i>LGP</i>	<i>Ley General de Población</i>
<i>LGSC</i>	<i>Ley General de Sociedades Cooperativas</i>
<i>LGSM</i>	<i>Ley General de Sociedades Mercantiles</i>
<i>LGTOC</i>	<i>Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito</i>
<i>LIC</i>	<i>Ley de Instituciones de Crédito</i>
<i>LIE</i>	<i>Ley de Inversión Extranjera</i>
<i>LM</i>	<i>Ley Minera</i>
<i>LMEUM</i>	<i>Ley Monetaria de los Estados Unidos Mexicanos</i>
<i>LMV</i>	<i>Ley del Mercado de Valores</i>
<i>LNCM</i>	<i>Ley de Navegación y Comercio Marítimos</i>
<i>LNDF</i>	<i>Ley del Notariado para el Distrito Federal</i>
<i>LOAPF</i>	<i>Ley Orgánica de la Administración Pública Federal</i>

<i>LOPJF</i>	<i>Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación</i>
<i>LPI</i>	<i>Ley de la Propiedad Industrial</i>
<i>LQSP</i>	<i>Ley de Quiebras y de Suspensión de Pagos (abrogada)</i>
<i>LSCS</i>	<i>Ley sobre el Contrato de Seguro</i>
<i>LVGC</i>	<i>Ley de Vías Generales de Comunicación</i>
N. de la R.	Nota de la revisora, que hizo la actualización de la obra
NN. UU.	Naciones Unidas
NOM	Norma Oficial Mexicana
OCDE	Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico
OMS	Organización Mundial de la Salud
<i>proy. C.Com.</i>	<i>Proyecto de Código de Comercio mexicano de 1960</i>
<i>RDAI</i>	<i>Revue de Droit des Affaires Internationales</i> , Paris, France
<i>RDU</i>	<i>Revue de Droit Uniforme</i> , Roma, Italia
RNIE	Registro Nacional de Inversiones Extranjeras
RPC	Según las leyes mercantiles, Registro Público de Comercio, que como tal ya no existe, por reformas a la ley del Notariado del Distrito Federal, que configuró el RPPI y RPPM.
RPPI	Registro Público de la Propiedad Inmueble
RPPM	Registro Público de las Personas Morales
S.A.	Sociedad anónima
S. de R.L.	Sociedad de responsabilidad limitada
SAT	Sistema de Administración Tributaria
SCJN	Suprema Corte de Justicia de la Nación
SCT	Secretaría de Comunicaciones y Transportes
SE	Secretaría de Economía
SHCP	Secretaría de Hacienda y Crédito Público
SIEM	Sistema de Información Empresarial Mexicano
sig., sigs.	siguiente, siguientes
SRE	Secretaría de Relaciones Exteriores
SSA	Secretaría de Salud
TLCAN	Tratado de Libre Comercio de América del Norte
UNIDROIT	Instituto Internacional para la Unificación del Derecho Privado

Derecho mercantil

UNIDAD 1

Generalidades del derecho mercantil

1.1 Aspectos generales

1.1.1 Concepto de derecho mercantil

Son numerosos los conceptos doctrinales de derecho mercantil, a tal punto que prácticamente cada autor suministra el suyo, si bien, como a poco se verá, casi todos coinciden en lo sustancial. Las notas diferenciales están dadas por la inclinación de algunos al moderno subjetivismo, que apunta a la empresa como piedra de toque de este derecho, al paso que otros, a los que podría encuadrarse como tradicionalistas, se mantienen dentro de la corriente objetiva que, con punto de arranque en el *Código de Comercio* napoleónico de 1807, sigue considerando que el núcleo de la mercantilidad está dado por el acto de comercio. Se trata, pues, de la corriente objetiva.

He aquí algunos de tales conceptos, en los que fácilmente se advertirá una u otra tendencia. Examínense, primeramente, los de tratadistas mexicanos.

Roberto L. Mantilla Molina:¹ “... sistema de normas jurídicas que determinan su campo de aplicación mediante la calificación de mercantiles dada a ciertos actos, y regulan éstos y la profesión de quienes se dedican a celebrarlos”.

Raúl Cervantes Ahumada:² “... conjunto coordinado de estructuras ideales, pertenecientes al ordenamiento jurídico general y destinadas a realizarse o actualizarse principalmente en la *actividad de la producción o de la intermediación en el cambio de bienes o servicios destinados al mercado general*”.

Jorge Barrera Graf:³ “... rama del derecho privado que regula los actos de comercio, la organización de la empresa, la actividad del comerciante, individual y colectivo, y los negocios que recaigan sobre las cosas mercantiles”.

Miguel Acosta Romero y otra:⁴ “Entendemos por Derecho Mercantil un sistema normativo de Derecho Interno como de Derecho Internacional que regula la actividad tanto de personas físicas como de personas jurídicas colectivas que hacen de su ocupación principal la actividad comercial y también regulan todos los actos de intermediación de toda clase de bienes, mercaderías y servicios, además de los procedimientos judiciales y arbitrales que se utilizan para dirimir controversias mercantiles”.

Este autor, tras hacer referencia a la variedad de conceptos de derecho mercantil, apunta que los intentos guardan relación con las épocas legislativas correspondientes, y así ha podido consignar, como notas comunes, el acto de comercio, el comerciante, los actos en masa y la empresa. Por lo que hace al concepto que preconiza, parece necesario comentar, como en los casos anteriores, que se da una petición de principio, pues se incluyen conceptos de escaso o nulo contenido jurídico, como el de actividad comercial y controversia mercantil. Además, se omite la referencia a un sector tan importante en la vida del comercio como lo es el de los títulos de crédito.

Recientemente, **Elvia Arcelia Quintana Adriano**⁵ expresa que es: “... el conjunto de normas jurídicas que regula los bienes y servicios; a las personas físicas o morales que actúan; las relaciones que derivan de las mismas, y los procedimientos administrativos y procesales que sirven para resolver controversias mercantiles”.

Como fácilmente puede apreciarse, este concepto peca de vaguedad en cuanto apunta que se trata de normas jurídicas que regulan bienes y servicios, sin expresar el carácter de los mismos: los bienes pueden ser totalmente ajenos a la vida del comercio

¹ *Derecho mercantil*, 22a. ed., Editorial Porrúa, México, 1982, pág. 23.

² *Derecho mercantil*, 4a. ed., Editorial Herrero, México, 1982, pág. 21.

³ *Tratado de derecho mercantil*, vol. 1, 22a. ed., Editorial Porrúa, México, 1957, pág. 6.

⁴ **Miguel Acosta Romero y Julieta Areli Lara Luna**, *Nuevo derecho mercantil*, Editorial Porrúa, México, 2000, pág. 7.

⁵ *Ciencia del derecho mercantil*, Editorial Porrúa-UNAM, México, 2002, pág. 73.

y no cualquier derecho sobre los mismos puede calificarse de mercantil; en cuanto a los servicios, pueden ser laborales o civiles, pero el concepto de esta autora no precisa su ubicación; en lo que hace “a las personas físicas o morales que actúan”, resulta por demás difícil entender el sentido de la expresión, por cuanto toda persona física o moral actúa, y su actuación puede escapar por completo al derecho mercantil; finalmente, los procedimientos administrativos no abarcan la materia mercantil, puesto que en ellos una de las partes tiene carácter de autoridad, cuya actuación no puede tener contenido mercantil.

Examínense, a continuación, las expresiones de tres doctrinarios españoles:

Fernando Sánchez Calero:⁶ “... parte del Derecho privado que comprende el conjunto de normas jurídicas relativas a los empresarios y a los actos que surgen en el ejercicio de su actividad económica”.

Joaquín Rodríguez Rodríguez,⁷ vecindado en México durante los diez últimos años de su vida: “... derecho de los actos en masa realizados por empresas”.

Joaquín Garrigues:⁸ “... el Derecho que regula los actos de comercio pertenecientes a la explotación de industrias mercantiles organizadas (*actos de comercio propios*) y los realizados ocasionalmente por comerciantes y no comerciantes (*actos de comercio improprios*), que el legislador considera mercantiles, así como el estatuto del comerciante o empresario mercantil individual y social y los estados de anormalidad en el cumplimiento de sus obligaciones”.

Finalmente, parece necesario reproducir aquí el concepto de quien es considerado como el más autorizado mercantilista italiano, **César Vivante:**⁹ “... es la parte del derecho privado que tiene por finalidad principal la de regular las relaciones jurídicas que surgen del ejercicio del comercio entre las personas, y entre ellas y las cosas”.

Como ha podido verse, parece acertado calificar los anteriores de meros conceptos, casi todos ellos tautológicos,* por dos razones:

- A pesar del intento de conceptuar al derecho *mercantil*, emplean este último vocablo, o bien su sinónimo, *comercial*.
- No configuran verdaderas definiciones, pues, además, los juristas no hemos acertado a configurar una acertada connotación del acto de co-

⁶ *Instituciones de derecho mercantil*, 13a. ed., Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1989, pág. 15.

⁷ *Derecho mercantil*, tomo I, 4a. ed., Editorial Porrúa, México, 1960, págs. 12 y 13.

⁸ *Curso de derecho mercantil*, I, 9a. ed., Editorial Porrúa, México, 1993, pág. 12.

⁹ *Derecho mercantil*, Editorial La España Moderna, Madrid, sin fecha, pág. 19.

* Tautológicos: dicen lo mismo (*N. de la R.*).

4 GENERALIDADES DEL DERECHO MERCANTIL

mercio, de la empresa mercantil, y ni siquiera del comerciante, expresiones empleadas en los transcritos conceptos. De ahí que a todos ellos se les haya calificado también de formalistas.

Un concepto diferente es el vertido por **Karl Heinsheimer**,¹⁰ quien, naturalmente al influjo del derecho mercantil alemán, plasmado en su *Código de Comercio* de 1900, expresa que: “El Derecho mercantil es el Derecho privado especial de los comerciantes. Su contenido se extiende, sin embargo, más allá del significado vulgar de la noción comercio, ya que bajo los términos ‘comerciante’ e ‘industria mercantil’, en el sentido de *Código de Comercio*, se comprenden con un criterio de amplitud muy diversos géneros de industrias y empresas”.

Previo al análisis de los conceptos transcritos en párrafos anteriores, podemos concluir que el derecho mercantil es parte del derecho privado que regula las relaciones jurídicas que se celebran entre comerciantes, derivada del ejercicio de su actividad comercial, así como las controversias que se pudieren suscitar emanadas del incumplimiento de obligaciones.

1.1.2 Antecedentes

1.1.2.1 Extranjeros

Aunque quizás el comercio sea tan antiguo como el hombre, también es dable afirmar que surgió con el trueque, cuando los primeros hombres lo efectuaron para intercambiar unos bienes por otros y, más aún, por otros que, a su vez, les sirvieran para adquirir cualquier tipo de satisfactores, como antecedentes remotos de la moneda. Ahora se sabe que estos primitivos medios de cambio fueron, primeramente, ciertos granos vegetales; más adelante, los trozos de algunos metales y, ulteriormente, especímenes de ganado productivo o comestible (*pecus*), que en civilizaciones más evolucionadas encontraron reproducción gráfica en ciertas monedas.

Sin embargo, el surgimiento del comercio no trajo aparejado el del derecho mercantil, a pesar de la existencia de importantes disposiciones dictadas para regular ciertas manifestaciones comerciales, que ya se encuentran en el *Código de Hammurabi*, en la *Biblia*, en Fenicia, en Grecia y aun dentro del imponente derecho Romano, pues en ninguno de los casos se configuró un cuerpo armónico de leyes aplicables sólo a los comerciantes o a ciertos actos por razón de su naturaleza comercial.

¹⁰ *Derecho mercantil*, Editorial Labor, Barcelona, 1933, pág. 1.

* Dable: factible (*N. de la R.*).

Como razones que explican la inexistencia de un derecho mercantil en Roma suelen invocarse las siguientes:

- Las viejas leyes de las Doce Tablas, así llamadas porque originalmente fueron grabadas en tablas de madera o planchas de metal, y que, según expresión de **Cicerón**, fueron la fuente de todo el derecho Romano, estaban concebidas en sentencias breves, mediante empleo de un lenguaje seco, rudo e imperioso, que los cónsules o pretores podían aplicar con una gran lasitud,* pues al asumir el cargo emitían un edicto, también llamado *álbum* porque se inscribía en una tabla blanca, al cual se ajustaban en su desempeño.
- Ahora bien, estas leyes regulaban lo que hoy se conoce como derecho privado, esto es, las relaciones familiares, la propiedad y la herencia. Así, a título de ejemplo, véase lo que se disponía sobre un deudor insolvente: “Si no paga, cítesele a juicio. Si la enfermedad o la vejez se lo impide, désele un caballo, pero sin litera. Tenga treinta días para efectuar el pago y, si no lo hace, que el acreedor le sujete con correas o cadenas que pesen quince libras y no más. Al cabo de sesenta días, véndasele al otro lado del Tíber. Si hay varios acreedores, que le corten en pedazos. Si cortan más o menos, no se les atribuirá delito alguno”. Y otros dos ejemplos más: Se castigaba con la muerte al hechicero que, mediante palabras mágicas, había hecho pasar a su campo la cosecha del vecino; para efectuar el registro en la casa de un individuo acusado de robo, el acusador debía presentarse desnudo, sólo ataviado con unos calzoncillos y con una fuente en ambas manos, para evitar cualquier sospecha de que había llevado consigo el objeto que pretendía haberle sido robado.¹¹

Tal vez lo expuesto permita inferir lo innecesario de disposiciones legales en materia de comercio.

De esta suerte, existe consenso en el sentido de que el derecho mercantil surgió a finales de la Edad Media europea, sin que sea posible precisar fechas o lugares, mediante las compilaciones escritas que los propios comerciantes hicieron de sus costumbres, usos y prácticas. Como razones históricas de ello se aducen las siguientes:

- El resurgimiento del comercio, pasada la postración medieval, a consecuencia de:
 - a) El cierre de los caminos de oriente y la ocupación de la Tierra Santa por los turcos, que dieron lugar a la reactivación del artesanado europeo y a las Cruzadas.
 - b) El descubrimiento de América, con todas sus consecuencias comerciales.

* Lasitud: flojedad (*N. de la R.*).

¹¹ **Ch. Seignobos**, *Historia Universal II. Historia de Roma*, Madrid, 1925, págs. 445 y sigs.; **Alberto Malet**, *Roma*, Librería Hachette, Buenos Aires, 1943, págs. 47 y 48.

6 GENERALIDADES DEL DERECHO MERCANTIL

- La insuficiencia del viejo derecho romano, formalista, elaborado para regular operaciones aisladas, y por tanto impropio para aplicarse a actos y contratos en masa, casi siempre celebrados con propósito de lucro.
- Pero además de ello, las serias dificultades para entender esa legislación romana, redactada en latín, que ahora sólo se hablaba en los centros religiosos cristianos y en las universidades, pues a la sazón estaban surgiendo las lenguas romances.
- Por último, la inexistencia de jueces que pudieran aplicar tales textos inapropiados y punto menos que ininteligibles,* pues apenas comenzaban a surgir los estados monárquicos, con las serias dificultades de las que da cuenta la historia.

Bien conocido es el interés que los países europeos tenían en el comercio con los países del extremo oriente. Las especias y otras rarezas asiáticas, como las sedas, el algodón, el ámbar, el jade, las lacas, etc., llegaron a valer su peso en oro, y frecuentemente más, todo ello en beneficio de un reducido grupo de financieros italianos o del norte de la actual Alemania. Ciertamente es la barrera turco-árabe no era infranqueable, pero cada vez eran mayores las dificultades para atravesarla, a tal punto que la mayoría de los europeos no conocía más que de oídas el gusto de las maravillosas especialidades gastronómicas, farmacéuticas y de vestuario.

Muy tentadora era, pues, la perspectiva de vencer ese obstáculo y poner a la venta dichas maravillas a un precio razonable.

Tan deslumbrante panorama explica, y tal vez justifica, los términos del contrato celebrado en 1491 por **Cristóbal Colón** con sus regios patrocinadores, **Isabel** y **Fernando**: se preveía la explotación de las minas de oro y de los establecimientos comerciales básicos en los países a descubrir y se señalaba con exactitud el reparto de los diversos beneficios entre los asociados. **Isabel**, más confiada y convencida que su sagaz y materialista esposo, consintió en anticipar la mayor parte de los gastos de la expedición, por conducto del tesorero de la Corona de Aragón, **Luis de Santángel**, lo que explica que el Nuevo Mundo se haya adjudicado sólo a la corona de Castilla.

Todo ello justifica, pues, que hayan sido los propios comerciantes los creadores de un novedoso sistema jurídico, el derecho mercantil o comercial, ajustado a sus costumbres y necesidades, así como que se hayan visto obligados a crear tribunales integrados por ellos mismos, que eran los más indicados para conocer y decidir sus controversias.

Ahora se sabe que en estos siglos fueron los frailes los redescubridores del comercio y con ello los impulsores del sistema bancario en el norte de Europa. En efecto, los conventos reunían grandes capitales en forma de mercaderías o monedas, lo que les permitía hacer anticipos a los campesinos y a los aristócratas en mercaderías o en dinero. Aunque el derecho canónico les prohibía cobrar intereses sobre tales préstamos,

* Ininteligibles: confusos (*N. de la R.*).

pronto se las ingeniaron, a falta de prohibición sobre el particular, para tomar tierras en garantía de reembolso; obviamente no dejaban de incluirse los frutos de las tierras, que aprovechaban en diferentes formas, con lo cual tales frutos venían a constituir, de hecho, intereses sobre los préstamos.

Aunque los conventos operaban en forma socialista, en sus relaciones económicas con el exterior actuaban de acuerdo con las más decantadas* normas capitalistas, lo que les permitía incrementar sus propiedades, pues además no faltaban donaciones de los príncipes, con carácter religioso.

Entre los siglos XII y XV fue el Mediterráneo la más importante vía comercial, si bien prontamente los mares Báltico y del Norte se convirtieron también en significativas vías comerciales.

Capítulo especial merece una mención a la preponderancia comercial de Venecia, a la que ya **Carlomagno** había concedido un monopolio comercial, posteriormente confirmado por los emperadores griegos de Bizancio. Todo ello propició el que los venecianos se dedicaran al comercio, pero también a importantes actividades industriales, como la manufactura de tejidos de seda, cristalería, tejidos estampados y aceites, artículos todos ellos considerados como lujosos. De esta suerte, Venecia se convirtió en mediadora del comercio entre el este y el oeste

Por su parte, Florencia en cambio había adquirido preponderancia en el ejercicio de la banca y de las finanzas, actividad con la que los incipientes banqueros venecianos compitieron eficazmente con el uso de un mecanismo hasta ese momento desconocido, el crédito, que permitía el que un cliente obtuviera en préstamo más dinero del que tenía depositado. Con ello, no cabe duda, estos personajes asumieron la calidad de banqueros.

Ante todo ello, es fácil entender las características de este nuevo derecho, que, ciertamente inspirado en el viejo estatuto civil, desde el principio acusó perfiles propios, si bien nunca rebasó el marco del derecho privado, dentro del cual se mostró siempre como un derecho especial, salvo en los países que durante el siglo XX optaron por unificar su derecho privado, como Suiza e Italia. Se trata, pues, de un derecho subjetivo, consuetudinario, autoelaborado, autoaplicado y, a lo menos en los primeros tiempos, no estatal.

Redactado, pues, por los propios gremios, cofradías, hermandades, confraternidades o universidades de comerciantes, he aquí algunos ejemplos de este naciente derecho mercantil: los *Rooles de Olerón*, elaborados por los comerciantes de tal isla francesa; las *Leyes de Wisby*, que rigieron la actividad comercial marítima en varios puertos del Mar Báltico; pero tal vez la compilación más importante haya sido el *Consulado del Mar*, cuyo origen barcelonés no impidió que se aplicara en otros puertos del Mediterráneo, etcétera.

Una merecida referencia debe hacerse también a la importante labor de la Liga Hanseática.

* Decantadas: ponderadas (*N. de la R.*).

En fechas difíciles de precisar surgió la que con el tiempo fue conocida como Liga Hanseática, constituida por los comerciantes de numerosas ciudades del noreste europeo, incluidas algunas de la Rusia zarista, y también Londres y Brujas. Si bien estos comerciantes operaban con el público en general, con el tiempo llegaron a desplegar una intensa actividad de intercambio con productores y comerciantes del extremo oriente, de modo especial en maderas, abetos, grano y pescado, que pagaban con vinos y tejidos.

En su momento la Liga llegó a adquirir gran poder y riqueza, a tal punto que se mostraba implacable con los comerciantes no afiliados, quienes incluso recibían amenazas de muerte y confiscación de sus bienes en caso de que llegaran a comerciar en el “territorio” reservado a los comerciantes afiliados. Los propios mercaderes de Noruega padecieron un serio bloqueo en 1284, cuando los barcos de la Liga cerraron el puerto de Bergen para impedir la entrada de mercancías al país.

Pues bien, periódicamente reunidos en asambleas, los comerciantes afiliados a la Liga decidieron transcribir en las actas de dichas asambleas sus costumbres, usos y prácticas, de tal manera que estas actas llegaron a configurar una importante recopilación, que les sirvió como regulación de sus actividades.¹²

Por su trascendencia en la operación del comercio en la Nueva España, conviene hacer una mención, por breve que sea, a los gremios y, en especial, al importante papel de las ferias y mercados en la España anterior a la Conquista. Ya **Alfonso X** había establecido dos ferias anuales en Sevilla y una más en Murcia, pero también adquirieron gran importancia las de Cuenca, Cáceres, Baeza y Medina del Campo. Desde luego, especial relieve asumió la de Sevilla, que ya en la época de la dominación musulmana había desempeñado un importante papel en el comercio, sin que fuera óbice* para ello su carácter de puerto de río y no de mar; incluso la reconquista cristiana no restó importancia a esta ciudad, a tal punto que, como es bien sabido, más adelante se configuró, por virtud de una merced real, en sede de la Casa de Contratación, a cuyo favor se estableció el monopolio del comercio con las Indias Occidentales.¹³

Como ya quedó dicho, y así se ha expresado en numerosas ocasiones, la actividad de los gremios, y no sólo comercial, sino en este caso legislativa e incluso jurisdiccional, es merecedora de un amplio reconocimiento. Aunque en la Nueva España operaron aproximadamente cincuenta gremios, los de artesanos ocuparon un lugar especial y se reprodujeron grande y prontamente, bien que no a imagen y semejanza de sus predecesores existentes en la metrópoli. Como es sabido, estos organismos operaban mediante una jerarquía perfectamente delimitada y todavía en uso dentro de algunos sectores: aprendices, oficiales y maestros.

¹² Varios, *¿Cómo se hizo posible? Historia de las grandes realizaciones humanas*, Reader's Digest Selecciones, Madrid, 1997, pág. 297.

* Óbice: impedimento (*N. de la R.*).

¹³ **J. Lacour-Gayet**, *Historia del comercio*, tomo III, Vergara Editorial, Barcelona, 1958, pág. 866.

Ahora bien, difundido en España, a mediados del siglo XVIII, el pensamiento económico liberal, no tardaron en surgir posturas contrarias a la existencia de los gremios, por estimar que tales corporaciones limitaban de alguna manera la libre determinación de sus miembros.

Así las cosas, comenzaron a surgir, aquí y allá, pensadores a los que es correcto considerar como precursores de los ideólogos economistas del siglo XIX, que tímidamente primero, y con ruda franqueza ulteriormente, lanzaron serias diatribas* a la actividad gremial; entre ellos son dignos de mencionar, en España, **Pedro Rodríguez**, conde de Campomanes, y **Gaspar Melchor de Jovellanos**.

Tales corrientes, como era de esperarse, hicieron eco en la Nueva España, a tal grado que el virrey **Calleja** proclamó, el 7 de enero de 1814, el Decreto de las Cortes de Cádiz, que provocó la suspensión del funcionamiento de la vida gremial, si bien no su abolición definitiva, pues se limitaba a eliminar la obligatoriedad de la afiliación, con lo cual se iniciaba el desmoronamiento de los privilegios monopólicos establecidos secularmente a favor de los gremios.

Finalmente, el art. 38 de la *Constitución de Apatzingán*, si bien de nula vigencia, marcaba ya la supresión de los exámenes de afiliación y proclamaba la libertad de los ciudadanos para ejercer cualquier actividad productiva.¹⁴

Mas como era lógico, a medida que se fueron consolidando, los Estados nacionales monárquicos asumieron la facultad de legislar en materia de comercio. Y si bien en los primeros tiempos el rey se limitó a aprobar, confirmar o autorizar las viejas ordenanzas gremiales, como ocurrió, por ejemplo, con las Ordenanzas de Bilbao, que, según a poco se verá, tuvieron gran importancia en la actividad comercial de la Nueva España y aun del México independiente, y que en su última versión fueron sancionadas con la autoridad de **Felipe II** en 1560, prontamente la autoridad real se hizo sentir con autonomía legislativa.

Tal ocurrió en Francia, pues bajo el reinado de **Luis XIV** se expidieron las Ordenanzas sobre Comercio Terrestre, de 1673, y sobre Comercio Marítimo, de 1681, redactadas, según se dice, por el ministro **Jean-Baptiste Colbert**.

La influencia de este personaje en la citada legislación comercial, pero también en la importancia comercial de Francia, merece una especial referencia, a tal punto que sus ideas llegaron a configurar toda una corriente mercantilista, conocida como *colbertismo*.

En prueba de ello, véanse algunas expresiones del propio **Colbert**: “La competencia no puede ser más que una competición agresiva: el comercio es una ‘guerra de dinero’, que en caso necesario sólo puede legitimarse por la guerra misma... lo que es

* Diatribas: ofensas (*N. de la R.*).

¹⁴ Información tomada de **Felipe Castro Gutiérrez**, *La extinción de la artesanía gremial*, UNAM, México, 1986.

ganancia para unos, es pérdida para otros... hay que conservar el dinero antes de adquirirlo; por consiguiente, debe fabricarse uno mismo lo que vendría obligado a pagar a los demás... Puesto que en la medida en que aumentamos de este modo el dinero contante, asimismo aumentaremos el poderío, la grandeza y la abundancia del Estado”.

Suele reprocharse a **Colbert** el haber sacrificado la agricultura a la industria, pero su actuación demuestra lo erróneo de tal concepto. Su actitud y sus escritos, a través de procedimientos discutibles, lo retratan como apasionado partidario del poderío y la grandeza de Francia, a través de la corriente mercantilista; intentó, y parcialmente lo consiguió, transformar a Francia para hacer de ella una nación unificada, equilibrada y rica.

Gran parte de sus propósitos se plasmaron en las ya citadas Ordenanzas.

Con todo, estos cuerpos legislativos seguían teniendo un carácter eminentemente subjetivo.

Aunque no es frecuente que los tratadistas del derecho mercantil establezcan alguna relación entre el industrialismo inglés del siglo XVIII, hoy día mencionado también como la revolución industrial, y la ulterior aparición del moderno derecho comercial, no parece un despropósito el afirmar que existe un lógico nexo de continuidad entre dicha etapa histórica y la ulterior aparición, en 1807, del *Código de Comercio* napoleónico, que, como se expresará más adelante con cierto detalle, transformó la estructura subjetiva del derecho mercantil medieval e incluso del prolijado por **Colbert**, para mostrar un nuevo y revolucionario rostro objetivo. En efecto, existen buenas razones, históricamente comprobables, para afirmar que el industrialismo inglés comenzó a aparecer en Francia muy poco tiempo después de su surgimiento en Inglaterra, mediante cuatro expresiones mecánicas que hicieron cambiar la historia de la humanidad y los esquemas sociales, económicos y jurídicos, a los cuales se había ajustado la vida de los pueblos hasta ese momento: la sembradora mecánica (1701), la lanzadera automática (1733), la máquina de hilar (1777) y la máquina de vapor (1777).

Un buen ejemplo de estos revolucionarios mecanismos industriales es el de la citada “lanzadera volante”, inventada por **John Kay**, que al pasar automáticamente por el telar propició el que un solo operario realizara el trabajo de dos. Con ello se disparó la demanda de hilo y, a su vez, los fabricantes buscaron el modo de acelerar la producción, lo que impulsó a **James Hargreaves** a diseñar una rueda capaz de hacer girar cuarenta husos al mismo tiempo.

Otro ejemplo más. En 1782 **James Watt** adaptó la máquina de vapor para impulsar máquinas industriales, con lo cual se logró que una rueda accionada a vapor produjera en un solo día la cantidad de hilo necesaria para dar la vuelta a la Tierra dos veces y media.¹⁵

¹⁵ Varios, *¿Cómo se hizo posible?... cit.*, pág. 307.

Naturalmente, todo ello no podía escapar a las mentes innovadoras de los filósofos ingleses y franceses, e inmediatamente después, a las de los economistas y de los sociólogos, cuyas ideas encontraron eco, no siempre con prontitud y pacíficamente, en las legislaciones, primeramente laborales e inmediatamente después jurídicas, de tal manera que, como antes se dijo, el *Código Civil* francés de 1804 y el mercantil de 1807 no podían ser ajenos a las nuevas ideas, y de modo especial a la problemática social generada por ese naciente industrialismo.

También parece ilustrativo el consignar aquí la posterior aparición de dos revoluciones industriales más: la eléctrica, en 1801, con la invención de la pila voltaica y con el aprovechamiento de ese antes desconocido, misterioso y poderoso fluido que es la electricidad; la tercera, como las anteriores dentro del mundo de la física, con la utilización, a fines de los años 50's del siglo xx, de la energía producida por los electrones, esto es, la electrónica.

Para nadie representa una novedad el expresar que la electricidad y la electrónica, industrialmente aprovechadas, vinieron a cambiar numerosas estructuras sociales, económicas y jurídicas, si bien las modernas civilizaciones han tenido que pagar, a cambio, un alto precio consistente en el deterioro de las manifestaciones del entorno por razón de las emisiones contaminantes. Los avances científicos siguen cobrando, pues, el llamado *precio social de la tecnología*.

No faltan especialistas que estimen que los años 1956 y 1957 marcaron la finalización de la era industrial, con el lanzamiento del Sputnik al espacio, pues con ello no sólo se inició la era espacial, sino también la etapa de las comunicaciones globales por satélite.

“Otros autores ubican la terminación de la etapa industrial con la primera crisis del petróleo en 1968. Con escasa diferencia de años entre ambos fenómenos, asistimos al derrumbe del industrialismo en los países desarrollados para dar paso a una sociedad posindustrial. Actualmente nadie duda de que el mundo ha ingresado en una era distinta: la tecnológica o sociedad de la información.”¹⁶

Como se ha visto, nuestro derecho apareció merced a la conjugación de varias circunstancias coyunturales, pero como hermano del derecho civil, si bien con las ya apuntadas características propias; de ahí que algunos autores digan de él que en realidad es una “categoría histórica”, y por ello susceptible de desaparecer, para dar nacimiento a un nuevo derecho que supere la histórica separación, como ha ocurrido ya en Suiza con el *Código de las Obligaciones* (1881), en Italia con el *Código Civil* (1942), en Paraguay con el *Código Civil* de 1988 y en Brasil, con el *Código Civil* de 2002.

¹⁶ **Graciela N. Messina de Estrella Gutiérrez**, *La responsabilidad civil en la era tecnológica. Tendencias y prospectiva*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1997, pág. 75.

Empero, hay que decir que en los demás países de impronta romanésca —Alemania, España, Francia, Portugal, los países latinoamericanos y aun en el Estado de Luisiana (Estados Unidos de América)—, se mantienen separados el *Código Civil* y el *Código de Comercio*, si bien ya se advierten intentos unificadores de ambos, como en Argentina, según proyecto de 1998.

Ahora bien, importa y mucho, dar cuenta de que en Francia se abrogó el ya citado *Código de Comercio* de 1807, sustituido, a fines del año 2000, por el nuevo *Código de Comercio* francés que presenta el mérito, sobre el anterior, de ordenar y clarificar las numerosas disposiciones que consigna, a tal punto que, en lugar de los 150 artículos que quedaban del antiguo Código, el nuevo comprende 1600 artículos, repartidos en los siguientes nueve libros:

1. El comercio en general.
2. Las sociedades y los grupos mercantiles.
3. Formas de la compraventa y cláusulas de exclusividad.
4. La libertad en los precios y la competencia.
5. Los efectos de comercio y las garantías.
6. Las dificultades operativas de las empresas.
7. La organización del comercio.
8. Profesiones relacionadas con el comercio y protegidas por la nueva legislación.
9. Disposiciones mercantiles aplicables en los territorios de ultramar.

Es necesario, empero, mencionar las tres nuevas características principales del mismo:

- a) Ante todo, no supone una reforma de fondo, sino una consolidación u ordenación de disposiciones preexistentes. Por ello, se trata de una codificación del derecho vigente, elaborada por una comisión administrativa, no así legislativa, la Comisión Superior de Codificación. No se trata, por tanto, de una reforma de fondo que, bajo un concepto realista, tuvo conciencia de la amplitud del trabajo, por cuanto operó con todas las leyes dictadas desde 1807.

Sin embargo, esta nueva codificación no es tan sencilla, pues implicó la tarea, por demás ardua, de hacer un inventario de las disposiciones del pasado, imprimir coherencia y jerarquizar las normas todavía vigentes y con la mira puesta en el futuro, a efecto de propiciar la adaptación del nuevo Código a las circunstancias que vaya planteando la vida económica, sabido como es, que no es tarea fácil la de codificar un de-

recho, como el mercantil, que supone un perpetuo movimiento, a tal grado que, como es sabido, en este caso las leyes van siempre por detrás del proceso económico.

- b) En segundo lugar, la Comisión redactora no perdió de vista la necesidad de precisar el ámbito de aplicación material o sustancial del nuevo Código, lo cual le obligó a elaborar un amplio trabajo, sabedora de que era necesaria su proyección hacia los actos de comercio, más que a los comerciantes. En este sentido, el nuevo Código consigna disposiciones sobre la competencia y en materia de procedimiento concursal, dirigidas a todas las personas que realicen una actividad económica; es por ello que la nueva normatividad se aplica a las entidades de derecho privado y también a las de derecho público, de tal manera que las normas concursales se aplicarán a las sociedades mercantiles, pero también a las civiles, lo que pone de manifiesto, según tantas veces se ha expresado, el a veces lento pero irresistible movimiento de expansión del derecho mercantil a costa del civil, como prueba, una más, de la moderna preponderancia de primero sobre el segundo.
- c) En tercer lugar, el ámbito material del nuevo Código es, en cierto sentido, más estrecho que el del Derecho mercantil y, como prueba de ello, las operaciones bancarias y bursátiles, que indudablemente son actos de comercio, quedan reguladas en otro código, el Monetario y Financiero.

Ahora bien, el autor de este libro no resiste la tentación de consignar aquí algunos comentarios que, en la propia Francia, se han formulado en torno de esta nueva legislación.

- Resulta evidente la transformación del derecho mercantil al impulso de la jurisprudencia, más preocupada de su labor judicial que de la propiamente legislativa.
- Mas la nueva codificación viene siendo objeto de censuras y de muy escasas alabanzas. En cuanto a las primeras, se dice que el nuevo Código ha hecho acto de presencia demasiado tarde y, además, configura más bien una compilación administrativa que ya resultaba, implícitamente, de la anterior legislación, y de ello ha derivado una peligrosa prolijidad legislativa, que en realidad abarca varios códigos sectoriales, por todo lo cual los futuros historiadores del derecho harán notar que la nueva codificación significó, en realidad, un retroceso desde el punto de vista legislativo. Respecto de las segundas, se ha dicho que, es una simple colección de reglas en torno del derecho de las empresas y de los negocios.

1.1.2.2 Nacionales

La actividad comercial de la Nueva España se inició casi inmediatamente después de consumada la Conquista, si bien con arreglo a las ordenanzas comerciales de la metrópoli. En efecto, de poco sirvió la expedición de las Ordenanzas del Consulado de México (1597), sancionadas por **Felipe III** en 1604, en defecto de las cuales habrían de aplicarse las de Burgos y las de Sevilla, pues en realidad se acataron las de Bilbao, por razones no del todo aclaradas.

En plena guerra de conquista, pero seguros los Reyes Católicos de que se obtendría a cualquier costo, el 20 de enero de 1503 expidieron las Ordenanzas por virtud de las cuales se erigió la Casa de Contratación de Sevilla, como organismo destinado a asegurar las relaciones comerciales de la Corona con las Indias. Así pues, a partir de 1504 se concedió a algunos españoles, en especial a los castellanos, plena libertad de exportación, a condición de que las mercancías fuesen transportadas en barcos españoles y que no se traficara con esclavos, armas, caballos, oro o plata.

Otras funciones se atribuyeron a la citada Casa de Contratación, como las jurisdiccionales para el caso de conflictos en materia de comercio y de navegación con América. Empero, pronto hubo de sucumbir, ante el peso del gran número de conflictos, por lo que sus facultades en este aspecto se confirieron a un Consulado especial formado por un decano y dos cónsules en las nuevas tierras

Empero, según referencias autorizadas,¹⁷ la metrópoli española estableció sus relaciones comerciales con Filipinas, hasta bien entrado el siglo XVIII, por conducto de la Nueva España, mediante un galeón que hacía el recorrido entre Manila y Acapulco una vez por año. Igualmente existen numerosas referencias a la importancia de Manila como centro del comercio oriental, pues a ella llegaban casi todos los mercaderes asiáticos a realizar sus transacciones.

Como muchas veces se ha dicho, el laboreo de minas fue uno de los pilares de la economía novohispana, sin desconocer la importancia de la agricultura y de la ganadería, y tampoco la actividad artesanal, gran parte de ella importada de la metrópoli, especialmente la textil.¹⁸

La Independencia no modificó lo anterior, si bien dio lugar a que gradualmente se fueran derogando algunas de las disposiciones de dichas Ordenanzas, primeramente las de contenido jurisdiccional.

Así, el Consulado de Guadalajara, capital de la Nueva Galicia, se suprimió en 1824, y sólo el 1 de enero de 1842 se crearon las Juntas de Fomento de Comercio de Guada-

¹⁷ **Antonio Álvarez de Abreu**, *Extracto historial del comercio entre Filipinas y Nueva España*, Instituto Mexicano de Comercio Exterior, tomo I, México, 1977, págs. 10 y 11.

¹⁸ **Thomas Calvo**, *Guadalajara y su región en el siglo XVII. Población y economía*, Centro de Estudios Mexicanos y Centroamericanos, H. Ayuntamiento de Guadalajara, Guadalajara, 1992, págs. 333 y 360.

lajara y Tepic, con las que se pretendía reagrupar a los comerciantes para que hicieran frente a la difícil situación, sobre todo en materia de contrabando y de política fiscal, pero también mediante la creación de un registro público, se buscaba evitar las estafas y fraudes tan comunes en la época, así como facilitar en las "... quiebras el descubrimiento de las maquinaciones de los deudores perversos".

En cambio, por obvias razones nunca rigió en la joven República el primer *Código de Comercio* español, elaborado por **Pedro Sáinz de Andino** y promulgado por **Fernando VII** en 1829.

En 1854 se expidió el primer *Código de Comercio* mexicano, conocido como *Código Lares*, bien que con vigencia local. Empero, los vaivenes militares y políticos en que se vio envuelto el país impidieron que, a pesar de sus méritos, cobrara vigencia efectiva, a pesar de que algunas entidades federativas lo adoptaron en su régimen interior.

Federalizada la materia mercantil por la reforma de 1883 a la fracción X del art. 72 de la Constitución política, en el mismo año se expidió el segundo *Código de Comercio*, éste sí con vigencia nacional, pero de corta vida, pues en 1889, para entrar en vigor el 1 de enero de 1890, se expidió el tercer *Código de Comercio*, aún vigente.

El referido *Código de Comercio* de 1883 se expidió por el Presidente **Manuel González**, en uso de la autorización específica que le concedió el Congreso de la Unión; este ordenamiento fue redactado por una comisión que presidió **Manuel Inda**. Como razones de su corta duración se han mencionado los numerosos defectos de que adolecía, pero principalmente las objeciones formuladas por los bancos de emisión y de circulación, que encontraban serios inconvenientes en la regulación de sus actividades y, en cambio, una serie de tratos deferenciales al Banco Nacional.

Parecida suerte corrió la *Ley sobre Sociedades Anónimas*, del 10 de abril de 1888, que, al igual que el Código de 1884, quedó abrogada por el actual *Código de Comercio*.

El nuevo Código fue redactado por **Joaquín D. Casasús**, **José de Jesús Cuevas** y **José María Gamboa**, con el auxilio, como secretario, de **Roberto Núñez**.¹⁹

Como muchas veces se ha dicho, este ordenamiento mercantil tuvo, como principal fuente informativa, al *Código de Comercio* español de 1885, del que fueron tomados literalmente numerosos preceptos; también se tuvieron a la vista el *Código de Comercio* italiano de 1882, el previo *Código de Comercio* español de 1829, antes mencionado, y, por supuesto, el *Código de Comercio* napoleónico de 1807.

¹⁹ **Jacinto Pallares**, *Derecho mercantil mexicano*, Universidad Nacional Autónoma de México, Facultad de Derecho, México, 1987, pág. 262; **Felipe de J. Tena**, *Derecho mercantil mexicano*, 19a. ed., Editorial Porrúa, México, 2001, págs. 62-64.

El prodigioso desenvolvimiento del comercio, propiciado por la relativa pacificación del país en la tercera década del siglo xx, prontamente mostró la insuficiencia de la regulación consignada en el *Código de Comercio*, por una parte, y la defectuosa regulación de los diversos contratos del comercio. De esta suerte, las autoridades administrativas, y por supuesto el legislador federal, prontamente se dieron a la tarea de expedir leyes de contenido comercial, no siempre congruentes con el principal estatuto mercantil. Ello dio lugar a que, bajo los auspicios del Poder Ejecutivo, por conducto de la Secretaría de Industria, Comercio y Trabajo, se encomendara a una Comisión *ad hoc*, la recodificación de la materia mercantil, mediante la elaboración de un proyecto de nuevo *Código de Comercio*, que encontró materialización en 1929 y que, según el propósito de sus autores, debía regir la actividad comercial a partir de 1930. Es interesante dejar constancia en el sentido de que este cuerpo legislativo fincaba su mercantilidad en dos aspectos importantes: la actividad de los comerciantes y la calificación de cosas y actos mercantiles.

Según el encabezado de este proyecto, una vez aprobado por el Congreso de la Unión, lo que nunca ocurrió, habría de ser promulgado y expedido por **Emilio Portes Gil**, a la sazón presidente provisional de los Estados Unidos Mexicanos.

Otro intento codificador, también auspiciado por la ahora denominada Secretaría de Economía, fructificó en un anteproyecto del Libro Primero del *Código de Comercio*, dado a conocer en 1943, que corrió igual suerte que el anterior.

Otro tanto ocurrió con el proyecto elaborado, ahora bajo los auspicios de la Secretaría de Industria y Comercio, y redactado en 1960 por **Jorge Barrera Graf**, **Raúl Cervantes Ahumada** y **Roberto L. Mantilla Molina**, que aquí se mencionará como *Proy. C.Com.* y que, no obstante su autorizado origen y sus indudables méritos, fracasó por absurdos e increíbles celos burocráticos.

En el estado actual de la vida comercial, tan influida por los llamados derecho social y derecho económico, no es dable pensar en una recodificación de las leyes mercantiles, si además se toman en consideración las modernas corrientes unificadoras del derecho privado y no menos que la llamada *publicización del derecho privado*, de la cual son buena muestra la legislación protectora del consumidor, la reguladora de la competencia económica y la de los mercados bursátiles y financieros. Es dable pensar que sólo a un cerebro demencial se le ocurriría proponer la recodificación, por lo menos de las leyes mercantiles que se mencionan más adelante, en el párrafo 1.2.2.

De esta suerte, queda así patentizada la conveniencia de unificar el derecho privado mediante un estatuto-marco, regulador de los aspectos generales

de la contratación, principalmente la teoría general de las obligaciones y, tal vez, disposiciones generales sobre algunos contratos y con indicación de que se aplicarían sólo ante la ausencia de regulaciones de carácter específico.

Finalmente, no parece ocioso el referir aquí las características del derecho mercantil, que sin ser aptas para elaborar un concepto, permiten ubicarlo en su ámbito propio, inconfundible con los de otras ramas del derecho privado, en especial el civil.

Así, el tratadista colombiano **Carlos Andrés Arcila-Salazar**²⁰ apunta como principales características, las siguientes:

- **Publicación**, manifestada en el intervencionismo estatal, que se predica particularmente de este derecho mercantil, fenómeno que ya se ha apuntado y se seguirá comentando en este libro.
- **Profesionalismo**, puesto que, caída en desgracia la concepción objetivo-napoleónica del derecho mercantil, modernamente es la calidad de comerciante la que determina el criterio de aplicación de las normas mercantiles.
- **Carácter consuetudinario**, ya que, como tantas veces se ha expresado, el derecho mercantil es el resultado de un continuo proceso de evolución, que le ha llevado a constituirse en un complejo mecanismo regulador de las actividades desplegadas por el comerciante, *rectius*, empresario, más que de ciertos actos.
- **Internacionalización**, igualmente entendida como globalización (*infra*, 1.4.4 *bis*), siempre en razón de su desbordante dinamismo, que le ha obligado a trascender las fronteras geográficas, con las consecuencias que también se apuntaron y se examinarán en el curso de este libro.
- **Formalismo**, muy a pesar de la hoy en la práctica olvidada disposición legal en el sentido de que la contratación, así la civil como la mercantil, no está sujeta a formalidad alguna;²¹ una simple consideración bastará, aquí, para abonar las ventajas del formalismo y dejar claros los inconvenientes del consensualismo: la necesidad de disponer de una constancia documental, que modernamente puede ser también electrónica o magnética, como prueba del acto o contrato sujeto a controversia; la necesidad de conjurar el peligro de que se proclame la inexistencia o nulidad del acto o contrato. La carencia de uno cualquiera de tales medios

²⁰ “Derecho comercial: ¿derecho excepcional o derecho especial?”, en *Vniversitas*, Revista de Derecho de la Facultad de Ciencias Jurídicas de la Pontificia Universidad Javeriana, número 114, julio-diciembre de 2007, págs. 37 y 38.

²¹ Véase la amplia exposición de este punto en el libro *Contratos mercantiles*, 11a. ed., de quien esto escribe, Iure Editores, México, 2012, págs. 72-88.

coloca al interesado en trance de imposibilidad de demostrar su derecho, ante el descrédito en que ha caído la prueba confesional y en gran parte la testimonial.

Tal vez la mejor demostración de las ventajas del formalismo, en este caso rayano en consensualidad, está en la regulación, a lo menos en los países de impronta románica, de los títulos de crédito.

- **Especialidad**, punto este que ya se comentará *infra* 1.1.3 *bis* y 1.1.3 *ter*, sin que con ello quiera pretenderse que se trata de un derecho excepcional.

1.1.3 Ubicación del derecho mercantil

Como quedó expresado, suele considerarse al derecho mercantil como una de las dos expresiones del derecho privado, el civil la otra, como si fueran las dos caras de la misma moneda, por razón de que ambos regulan la conducta y relaciones jurídicas de los particulares entre sí. Las razones históricas de tal ambivalencia se refirieron con anterioridad, si bien la separación sólo se justifica, en el mundo actual, a la luz de la realización de actividades en masa y lucrativas, al lado de otras que no participan de ambos atributos.

Ciertamente, aun en la actualidad suele aducirse que la existencia autónoma del derecho mercantil se explica porque, a diferencia del civil, es dinámico, ágil, no formalista, flexible, universalista y de fácil adaptación a las cambiantes necesidades del comercio, caracterizado desde siempre por su aptitud para aplicarse a la realización masiva de actos con propósito de lucro, expresiones todas ellas que no se dan en el ámbito de las relaciones civiles.

Mucha agua ha pasado bajo los puentes desde que nuestro legislador del *Código de Comercio* de 1884 afirmó que: “*El Código de Comercio* tiene por base el civil, cuyos preceptos modifica sólo en la parte estrictamente (*sic*) necesaria para fijar la naturaleza de los negocios mercantiles, y determinar los derechos y obligaciones que de ellos se derivan” (art. 4o.).

Es verdad que el derecho mercantil sigue reconociendo, como principal legislación supletoria, la contenida en la legislación civil, pero no menos lo es que incluso se la ha apropiado, de tal manera que ha configurado, como más adelante se expresará, nuevas formas contractuales a las que ha dotado de una regulación propia que cada vez recurre en menor grado al *Código Civil*. En efecto, es bien sabido que al iniciarse el tercer milenio se ha reducido grandemente el número de contratos de contenido patrimonial puramente civiles

(el de renta vitalicia, los constitutivos de agrupaciones civiles, el de cesión de derechos hereditarios que no incluya cosas mercantiles...).

1.1.3 bis Pretendida configuración del derecho mercantil como ciencia autónoma

Varios autores han pretendido que este derecho mercantil constituya una ciencia autónoma. Todo parece indicar que el iniciador de esta postura fue **Alfredo Rocco**.²²

En apoyo de su postura, este autor apunta que no debe confundirse entre autonomía e independencia de una ciencia, pues para que exista esta última es necesario que se satisfagan tres requisitos: 1. Que tenga una amplitud tal como para merecer un estudio especial; 2. Que contenga posturas homogéneas dominadas por conceptos comunes y distintos de los conceptos generales que informan otra disciplina; 3. Que disponga de método propio, esto es, que emplee procedimientos especiales para conocer la verdad constitutiva del objeto de su investigación.

En opinión del mismo autor, el derecho mercantil reúne tales condiciones, y por ello es válido sostener que la ciencia del derecho mercantil guarda relación con otras ciencias sociales y jurídicas, como la teoría general del derecho o jurisprudencia general, con la del derecho civil, el administrativo, etcétera.

Como se sabe, esta opinión encontró eco en otros autores mercantilistas, incluso algunos mexicanos contemporáneos, como **Quintana Adriano**²³ quien, después de transcribir la citada opinión y razonamientos de **Rocco**, apunta que, como demostración de la existencia de principios propios y exclusivos del derecho mercantil, opuestos a los del derecho civil, pueden mencionarse los siguientes:

- a) El dinero se presume siempre fructífero.
- b) Las obligaciones se suponen siempre contraídas *in sólido*.
- c) Ninguna prestación se presume gratuita.
- d) Es libre la prueba de los actos jurídicos en materia comercial.
- e) Son eficaces los contratos a favor de tercero.

Aunque ya en su tiempo, y de modo claro y rotundo, **Mantilla Molina** rebatió esta pretensión científica, parece conveniente apuntar aquí, una vez más, su total carencia de sustento. Por lo que hace a las condiciones necesarias y suficientes invocadas por **Rocco**, he aquí las claras expresiones de

²² *Principios de derecho mercantil*, Editora Nacional, México, 1960, págs. 66 y siguientes.

²³ *Ciencia...*, *cit.*, págs. 84 y siguientes.

Mantilla Molina:²⁴ “En realidad, ni la primera ni la última son condiciones necesarias para la existencia de una ciencia: si de un conjunto de principios o de axiomas, totalmente diversos de cualesquiera otros, se deduce un grupo reducido de proposiciones, constituirá el todo, así quede expuesto en una sola hoja, una ciencia autónoma y no habrá quien, a pretexto de su brevedad pretenda considerar aquel estudio como un capítulo de una ciencia cuyos principios serían, por hipótesis, absolutamente distintos. Por el contrario, pese a que se calculan en más de un millón las especies de insectos que hay en el mundo, y son más de veinticinco mil las de peces que viven en las aguas, ni la Entomología, ni la Ictiología son ciencias autónomas, sino simples capítulos, *enormes capítulos*, de la Zoología. Queda así demostrado que la amplitud, mínima o máxima, del material de estudio, no influye en la existencia de una ciencia autónoma.- En cuanto a la diversidad del método, no es condición necesaria (aun cuando sí suficiente) para constituir una ciencia autónoma; idéntico en esencia es el método experimental, inductivo de la Zoología y el de la Botánica; idéntico el de la Física y el de la Química, y no obstante, claramente se trata de cuatro ciencias diversas... Ahora bien, el derecho mercantil emplea las mismas categorías o conceptos generales que el derecho civil, el procesal del trabajo, etc.: sujeto jurídico, relación, objeto, etc. Todas estas ramas del derecho no son sino partes integrantes de un mismo todo: la pirámide de normas del acertado tropo kelseniano... Evidentemente, a la unidad coherente del derecho positivo de un Estado cualquiera, ha de corresponder la unidad de la ciencia que lo estudia, hay, pues, una sola ciencia del derecho positivo, y no hay una ciencia del derecho mercantil o del procesal, como no hay... una ciencia de los leones o una ciencia de los triángulos...”

Con referencia a la afirmación de **Quintana Adriano** en el sentido de que existen por lo menos los citados cinco principios del derecho mercantil opuestos a los del derecho civil, resulta claro lo infundado de tal afirmación:

1. No es valedera la afirmación en el sentido de que el dinero se presume siempre fructífero, pues la práctica enseña que en muchos casos no opera la producción de réditos o intereses, pero, además, nada impide que el dinero sea también fructífero en operaciones puramente civiles.
2. Más inexacta aún es la afirmación en el sentido de que las obligaciones mercantiles se suponen siempre contraídas con efectos de solidaridad entre los codeudores, pues no existe, en ley mercantil alguna, tal afirmación con pretensiones de generalidad. El único cuerpo legislativo que

²⁴ *Derecho...*, cit., págs. 38 y 39.

así lo proclama es la *LGTOC*, cuyo art. 4o. reza así: “En las operaciones de crédito que esta ley reglamenta, se presume que los codeudores se obligan solidariamente”; más adelante, el art. 154 proclama la misma solidaridad respecto del aceptante, el girador, los endosantes y los avalistas de la letra de cambio. Apenas si hace falta añadir que sólo en tales supuestos, y tal vez en algunos otros referidos a casos concretos, la solidaridad se impone o presume, de lo cual no puede inferirse pretensión de generalidad alguna.

3. Igualmente resulta desconocido el origen del supuesto principio general mercantil según el cual ninguna prestación se presume gratuita; pero aun de existir, carecería de sustento, puesto que existen prestaciones mercantiles que se estipulan con cláusula de gratuidad, frecuentemente acompañadas de estipulaciones complementarias onerosas, que compensan la gratuidad de otra u otras. Ahora bien, la afirmación de que se trata podría ser igualmente válida dentro del derecho civil, que conoce una serie, si bien reducida, de contratos puramente civiles, invariablemente generadores de prestaciones onerosas.
4. La afirmación en el sentido de que existe libertad probatoria de los actos jurídicos mercantiles tampoco puede reclamar exclusividad propia de tal rama de derecho privado, pues también los actos jurídicos civiles gozan de libertad probatoria, en ambos casos con las conocidas limitaciones en el sentido de que las pruebas no sean contrarias a la moral o al orden público.
5. Del mismo carácter enigmático participa la afirmación en el sentido de que sólo dentro del derecho mercantil son eficaces los contratos a favor de tercero, por cuanto nada impide que un contrato puramente civil consigne estipulaciones a favor de tercero, como lo sería, a guisa de ejemplo, un contrato de donación con carga al donatario de efectuar ciertos actos a favor de un tercero.

Por último, hace ya muchos años que **Eduardo García Máynez**²⁵ dejó sentadas, con meridiana claridad, sus dudas sobre la existencia del derecho como ciencia:

El programa trazado por los partidarios de la pretendida ciencia se consideró muy pronto como intento fracasado, pues los juristas se percataron de que la aplicación del método inductivo a la definición del derecho implicaba el previo conocimiento de aquello que con tal método se trataba de alcanzar. En efecto: para

²⁵ *Introducción al estudio del derecho*, trigésimo primera edición, Editorial Porrúa, México, 1980, págs. 121-122 y 136-147.

abstraer de una serie de datos jurídicos las notas que les son comunes, es necesario conocer de antemano la esencia del derecho, ya que, de otro modo, resulta imposible seleccionar los fenómenos que habrán de servir de base a la inducción... Puede decirse que, desde entonces, el problema metodológico es la principal preocupación de los cultivadores de la filosofía jurídica. En una obra como la presente no es posible emprender el estudio del problema a que aludimos.

Por su parte, tácita pero claramente, **Eduardo J. Couture**, en el primero de sus conocidos mandamientos del abogado, afirma que: “El derecho se transforma constantemente. Si no sigues sus pasos, serás cada día un poco menos abogado”. Cómo, cabe preguntar, puede considerarse como ciencia una disciplina que vive en permanente transformación.

Más recientemente, **Rolando Tamayo y Salmorán**²⁶ incluso acusa a la expresión misma “ciencia jurídica” de oscuridad: “La equivocidad de ‘ciencia jurídica’ peca de imprecisión como de ambigüedad y soporta una herencia pesada de usos contradictorios. Dentro de un discurso poco riguroso, esta expresión se aplica a gran variedad de actividades humanas (y no humanas)”.

En la misma forma se había pronunciado el escasamente conocido tratadista alemán, **Julius Hermann von Kirchmann**, el que, en conferencia pronunciada en 1847 ante la Sociedad Jurídica de Berlín, abundó en razones suficientes como para justificar que el Derecho no es una ciencia.²⁷

Finalmente, no parece ocioso transcribir aquí la conocida sentencia de **Celso**: “*Ius est ars boni et aequi*” (“El derecho es el arte de lo bueno y de lo justo”). En efecto, el legislador romano nunca pretendió que el derecho fuera una ciencia.

1.1.3 *ter* Pretendida configuración del derecho mercantil como rama autónoma del derecho privado

También se ha pretendido que, sin configurar una ciencia autónoma el derecho mercantil se desenvuelve como rama autónoma del derecho privado.

Esta afirmación resulta del todo infundada, según se demostrará más adelante.

Acosta Romero y otra²⁸ escriben lo que sigue: “El Derecho Mercantil ha ido evolucionando hasta convertirse en una rama autónoma, pues creemos que ya nadie piensa

²⁶ *Elementos para una teoría general del derecho*, Editorial Themis, México, 1998, pág. 270.

²⁷ *La jurisprudencia no es ciencia*, tercera edición, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1985.

²⁸ *Nuevo derecho...*, *cit.*, págs. 42 y siguientes.

que forma parte del Derecho Privado,... Así mismo, creemos que ya nadie puede afirmar, por lo menos en México, que el Derecho Mercantil forma parte del Derecho Privado... aun dentro del Derecho Mercantil existen ramas que pudiéramos calificar como verdaderamente autónomas, dentro de su especialización, como es el Derecho relativo a las Sociedades, el de las Quiebras, el de los Títulos de Crédito, el de las Operaciones de Crédito,...”.

Mas también esta supuesta autonomía, ya hace muchos años propugnada por **Rocco**,²⁹ ha sido igualmente combatida, una vez más a mi juicio en forma acertada, por **Mantilla Molina**,³⁰ con los siguientes argumentos:

- a) La historia y el derecho comparado muestran que la diversidad entre el derecho civil y el derecho mercantil no se ha manifestado constantemente a través de los siglos, ni existe en todos los pueblos.
- b) Resulta falsa la necesidad de una regulación propia de las obligaciones mercantiles en general, pues no son caracteres privativos del comercio la sencillez de formas y la protección del crédito.

Pero tal vez el más rotundo mentís a esta pretensión de la absoluta autonomía del derecho mercantil está dado por la tan generalizada y conocida supletoriedad del derecho común, obligatoriamente reconocida e impuesta por el art. 2o. del *C.Com.*, en cuanto dispone que las lagunas del propio ordenamiento y de las demás leyes mercantiles deben colmarse con las disposiciones del derecho común, consignadas en el *C.Civ.*

Ante todo ello, ¿con qué sustento puede afirmarse que el derecho mercantil es autosuficiente, y por tanto autónomo?, característica que, por lo demás, no necesita y nunca ha reclamado.

1.1.4 Carácter federal del derecho mercantil

Atentas las indicadas características del derecho mercantil, no es difícil entender el porqué de su naturaleza federal, que en México marca, además, otra de sus notas diferenciales del derecho civil, que se mantiene dentro de la competencia exclusiva de las legislaturas estatales: su universalismo, cada vez más cercano al internacionalismo, no menos que sus repercusiones en la economía nacional y en las economías particulares de todos los individuos.

Antes se apuntó el soporte constitucional de tal federalismo mercantil: helo aquí: “art. 73. El Congreso tiene facultad:... X. Para legislar en toda la República sobre hidrocarburos, minería, industria cinematográfica, *comercio*, juegos con apuestas... .- ... XVII. Para dictar leyes sobre vías generales de comunicación... .- ... XXIX-F. Para expedir leyes tendientes a la promo-

²⁹ *Principios...*, *cit.*, págs. 66 y siguientes.

³⁰ *Derecho...*, *cit.*, págs. 26 y siguientes.

ción de la inversión mexicana, la regulación de la inversión extranjera, la transferencia de tecnología...”.

1.1.5 Jurisdicción en el ámbito mercantil

Ahora bien, la relativa autonomía sustantiva de este derecho, de rango constitucional según se ha visto, no ha traído consigo, en nuestro país, la autonomía jurisdiccional, que en cambio se observa en otros países como Argentina y Francia, cuyos jueces de primera instancia y tribunales de apelación de lo comercial conocen y resuelven solamente contiendas de tal naturaleza.

Por lo contrario, nuestro legislador constitucional proclama la llamada *jurisdicción concurrente*, que se mantiene a pesar de autorizadas voces y del clamor de los litigantes que se alzan en apoyo de la cada vez más necesaria autonomía jurisdiccional: “Corresponde a los tribunales de la Federación conocer: II. De todas las controversias del orden civil o criminal que se susciten sobre el cumplimiento y aplicación de leyes federales o de los tratados internacionales... Cuando dichas controversias sólo afecten intereses particulares, podrán conocer también de ellas, a elección del actor, los jueces y tribunales del orden común de los Estados y del Distrito Federal...” (art. 104, *CPEUM*).

También es necesario tener presente que algunas oficinas administrativas de carácter federal están investidas de facultades jurisdiccionales mercantiles. Así, la Procuraduría Federal del Consumidor, en contiendas surgidas entre consumidores y proveedores (*Ley Federal de Protección al Consumidor*); la Comisión Nacional para la Protección y Defensa de los Usuarios de Servicios Financieros (*Ley de Protección y Defensa al Usuario de Servicios Financieros*); el Instituto Mexicano de la Propiedad Industrial (*Ley de la Propiedad Industrial*); la Comisión Federal de Competencia (*Ley Federal de Competencia Económica*).

1.2 Fuentes formales, reales e históricas del derecho mercantil

1.2.1 Fundamentos constitucionales

Resulta conveniente, ante todo, advertir que se trata de un tema por demás opinable y controvertido, pues desde la expresión “fuentes” ha sido objeto de opiniones encontradas. Un ejemplo de ello encuéntrase en **Acosta Romero**,³¹ quien, primeramente, apunta que por fuentes del Derecho “... en-

³¹ *Nuevo derecho...*, cit., pág. 45.

tendemos que son todas aquellas circunstancias sociales que dan origen a una norma jurídica, al margen de las numerosas clasificaciones que se han dado sobre ellas, y que en nuestra opinión, es dudosa su operación teórico-práctica...”, para expresar, inmediatamente después, que la supletoriedad en la interpretación, aplicación y ejecución de una norma implica también la existencia de una fuente del derecho, de donde resulta que: “Entendemos por fuente del derecho todo aquello que da origen al orden jurídico vigente”.

Aunque antes (*supra*, 1.1.4) se transcribieron los preceptos que constitucionalmente sirven de soporte al derecho mercantil, conviene tener presente que otros del mismo rango supremo hacen referencia, indirecta si se quiere, al carácter mercantil de algunas instituciones que, aunque alineadas también en el derecho privado, el interés público que las rodea da lugar a que en ellas desempeñe un importante papel la autoridad gubernativa:

- Las sociedades mercantiles por acciones no pueden ser propietarias de más terrenos rústicos que los necesarios para el cumplimiento de su objeto (art. 27-IV).
- Los bancos pueden operar con capitales impuestos sobre inmuebles, pero no pueden tener en propiedad o administración más que los necesarios para desarrollar las actividades que les son propias (art. 27-V).
- Pesa absoluta prohibición sobre los monopolios de artículos de consumo necesario, que tengan por objeto el alza de los precios, así como sobre toda conducta tendiente a evitar la libre competencia y con ello obligar a los consumidores a pagar precios exagerados (art. 28).
- Se reconoce a los autores, artistas e inventores, un privilegio temporal para el aprovechamiento pecuniario de sus obras (art. 28).
- El comercio entre Estados de la Federación no puede ser objeto de restricciones (art. 73-IX).
- Es facultad exclusiva del Congreso de la Unión la de legislar en materia cinematográfica, intermediación y servicios financieros, así como vías generales de comunicación (art. 73-X y XVII).

1.2.2 Leyes mercantiles generales y especiales

A estas alturas casi resulta ocioso precisar que la fuente formal por excelencia de nuestro derecho mercantil es el *Código de Comercio*, expedido, en uso de la autorización especial que le concedió el Congreso de la Unión, según decreto de 4 de junio de 1887, por el Presidente **Porfirio Díaz**, el 15 de septiembre de 1889, en vigor a partir del 1 de enero de 1890.

Es cierto que dicho *C.Com.* conserva su vigencia, pero es preciso aclarar que tal vigencia resulta considerablemente menoscabada, por cuanto im-

portantes y numerosos de sus capítulos originales han sido derogados para convertirse en leyes, algunas de ellas generales y otras especiales. A continuación se relacionan las más importantes, pero conviene advertir que no todas son las originales, pues en varios casos son abrogatorias de otras que les precedieron:

- *Ley Monetaria de los Estados Unidos Mexicanos (LMEUM)*, 1931.
- *Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito (LGTOC)*, 1932.
- *Ley General de Sociedades Mercantiles (LGSM)*, 1934.
- *Ley Federal de Correduría Pública (LFCEP)*, 1992.
- *Ley sobre el Contrato de Seguro (LSCS)*, 1935.
- *Ley Federal de Instituciones de Fianzas (LFIF)*, 1935.
- *Ley de Vías Generales de Comunicación (LVGC)*, 1940.
- *Ley de Navegación y Comercio Marítimos (LNCM)*, 2006.
- *Ley de Instituciones de Crédito (LIC)*, 1990.
- *Ley de Concursos Mercantiles (LCM)*, 2000.
- *Ley de Caminos, Puentes y Autotransporte Federal (LCPAF)*, 1993.

Mas como es lógico, otras muchas leyes mercantiles, generales y especiales, regulan importantes aspectos de la vida del comercio, que no conoció el Código de la materia. Como en el caso anterior, se hará una relación de las más importantes:

- *Ley General de Sociedades Cooperativas (LGSC)*, 1994.
- *Ley de Aviación Civil (LAC)*, 1995.
- *Ley General de Organizaciones y Actividades Auxiliares del Crédito (LGOAAC)*, 1985.
- *Ley de la Propiedad Industrial (LPI)*, 1991.
- *Ley Federal de Competencia Económica (LFCE)*, 1992.
- *Ley Federal de Protección al Consumidor (LFPC)*, 1992.
- *Ley de Inversión Extranjera (LIE)*, 1993.
- *Ley Federal del Derecho de Autor (LFDA)*, 1996.
- *Ley de Comercio Exterior (LCE)*, 1993.
- *Ley Federal sobre Metrología y Normalización (LFSMN)*, 1992.
- *Ley del Mercado de Valores (LMV)*, 2006.

Un lugar especial dentro del derecho positivo, y en este caso tanto el civil como el mercantil, ocupan las llamadas *Normas Oficiales Mexicanas* (NOM), que sin poder calificarse de leyes y mucho menos de reglamentos, participan de un irrefutable carácter general e imperativo, pues en verdad regulan el forzoso contenido de numerosos contratos mercantiles y de la pu-

blicidad comercial. Ahora bien, puesto que todas ellas tienen una génesis netamente administrativa, pues son expedidas por las Secretarías del Poder Ejecutivo, no es fácil ubicar su naturaleza jurídica, a pesar de que son indudable fuente del derecho mercantil: no son leyes, por cuanto no emanan del Congreso de la Unión; no son reglamentos, porque no están expedidas por el Poder Ejecutivo Federal, con la circunstancia, además, de que la dependencia gubernativa emisora puede modificarlas o dejarlas sin efecto cuando lo considere necesario. No queda, pues, sino calificarlas de disposiciones administrativas vinculatorias para los particulares que se coloquen en el supuesto de ellas.

Resulta necesario, por lo mismo, referir aquí el tronco común de tales normas, que es la *Ley Federal sobre Metrología y Normalización*, uno de cuyos objetos es el de propiciar la expedición, por parte de las dependencias de la administración pública federal, de normas oficiales mexicanas (art. 2o.-II, c), que tienen carácter obligatorio (art. 3o.-XI) y, como finalidades, las de establecer las características y especificaciones de los productos o procesos que “puedan constituir un riesgo para la seguridad de las personas o dañar la salud humana, animal, vegetal, el medio ambiente...” (art. 40-I), así como: “La determinación de la información comercial, sanitaria, ecológica, de calidad, seguridad e higiene y requisitos que deben cumplir las etiquetas, envases, embalaje y la publicidad de los productos y servicios...” (art. 40-XII).

Además de lo dicho, la obligatoriedad de tales normas se reitera en las disposiciones según las cuales: “Todos los productos, procesos, métodos, instalaciones, servicios o actividades deberán cumplir con las normas oficiales mexicanas” (art. 52) y, por último: “En las controversias de carácter civil, mercantil o administrativo,... las autoridades judiciales o administrativas competentes en sus resoluciones deberán tomar como referencia las normas oficiales mexicanas...” (art. 55).

Parece, pues, que tal esquema de normatividad configura también el derecho positivo mercantil, si bien de naturaleza especial, pues cada NOM atañe a una figura jurídica concreta.

1.2.2 bis Las resoluciones administrativas como fuente del derecho mercantil

Con todo acierto, no exento de dureza, **Barrera Graf**³² discurre en torno de la inconstitucionalidad de las facultades conferidas en diversas leyes a algu-

³² *Instituciones de derecho mercantil*, 3a. reimpr., Editorial Porrúa, México, 1999, págs. 56 y 57.

nas autoridades administrativas para emitir resoluciones cuyo texto es de observancia obligatoria para todos aquellos que incurrir en el supuesto de aplicación de las mismas, esto es, *de hecho* se les atribuye el efecto de leyes en sentido formal, por lo que el citado **Barrera Graf** las califica como “*f fuente anómala pero fuente al fin*”, luego “... es de desearse que nuestra Constitución prevea y consciente (*sic*) esas o algunas de esas actividades legislativas del Poder Ejecutivo Federal,...”.

1.2.3 Aplicación supletoria del derecho común sustantivo y adjetivo

Al reconocer que no existe ley perfecta ni completa, nuestro legislador remite, en varias de las leyes mercantiles antes relacionadas, a las fuentes supletorias, mismas que, por razón de tal calidad, aunque parezca obvio repetirlo, nunca podrán prevalecer sobre las primeras.

En cuanto a lo primordial de las fuentes formales, el *C.Com.*, la supletoriedad no ofrece dificultad alguna: “Art. 2o. 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”, que no es otro que el *Código Civil Federal (C.Civ.)*, pues su art. 1o. así lo ordena: “Las disposiciones de este Código regirán en toda la República en asuntos del orden federal”.

De esta suerte, en todas las leyes mercantiles que no contengan mención de supletoriedad, las lagunas serán colmadas por el citado estatuto civil, ya que así lo dispone el transcrito art. 2o., *C.Com.* Tal es el caso, por ejemplo, de la *LGSM* y de la *LSCS*.

La misma supletoriedad se surte respecto de otras leyes mercantiles, si bien de modo indirecto, pues en ellas la remisión de supletoriedad se hace al *C.Civ.* para el Distrito Federal, que hasta antes de la entrada en vigor del *C.Civ.* —7 de junio de 2000— se aplicó en toda la República en asuntos federales.

Ahora bien, el artículo segundo transitorio del nuevo *C.Civ.* vino a disponer que: “Las menciones que en otras disposiciones de carácter federal se hagan al *Código Civil para el Distrito Federal...*, se entenderán referidas al *Código Civil Federal*”. Tal es el caso de las siguientes leyes:

- *LGTOC* (art. 2o.-IV).
- *LNCM* (art. 6o.-VII).
- *LFDA* (art. 10).
- *LIC* (art. 6o.-III).
- *LMV* (art. 5o.).

- *LVGC* (art. 4o.-IV).
- *LCPAF* (art. 4o.-II).

Muy diversa es la regla en materia supletoria del derecho procesal mercantil, contenida en los arts. 1049 y sigs. del *C.Com.*, pues conforme a su art. 1054, "... salvo que las leyes mercantiles establezcan un procedimiento especial o una supletoriedad expresa, los juicios mercantiles se regirán por las disposiciones de este libro y en su defecto se aplicará el *Código Federal de Procedimientos Civiles*".

Víctor M. Castrillón y Luna³³ cuestiona la legalidad de tal supletoria aplicación del ordenamiento civil federal, pues no está de acuerdo en "... que una norma aun cuando sea general, determine el criterio de aplicación supletoria en otras especiales que son de idéntica jerarquía respecto de aquella (*sic*),..." y, con referencia concreta al texto del art. 81, que igualmente remite, como legislación supletoria, al mencionado *C.Civ.*, afirma que: "El precepto en comento, no proporciona solución alguna a la problemática que se presenta en materia de supletoriedad mercantil, ya que en evidente referencia a instituciones en materia de obligaciones... establece que solamente en los supuestos en los que la norma mercantil no otorgue la solución requerida, habrá necesidad de que se aplique el derecho común...".

No parece clara la objeción de este autor, de modo especial si se atiende al reconocido carácter especial del derecho mercantil frente al civil, no menos que a la secular influencia que este último ejerció sobre el primero en materia de obligaciones, contractuales o no.

Por su parte, el tratadista alemán **Heinsheimer**³⁴ apuntaba la necesidad de que los actos de comercio se extiendan más allá de las limitaciones impuestas por el derecho civil: "... las operaciones mercantiles deben liberarse de ciertas limitaciones impuestas por el Derecho civil, pues, en general, muchas de aquellas reglas de carácter formal y rigorista son un obstáculo al desenvolvimiento y a la satisfacción de las exigencias del tráfico comercial... la vida de los negocios mercantiles e industriales ...da lugar a una multitud de instituciones, operaciones y figuras jurídicas especiales que demandan reglas propias, las cuales solamente pueden hallarse en un Derecho especial con desarrollo distinto del Derecho civil general".

1.2.4 Aplicación supletoria del *Código Federal de Procedimientos Civiles*

En el terreno procesal, como es lógico, y siempre por virtud del ya criticado carácter bifronte de nuestro derecho privado, el *C.Com.* exige que sean mercantiles los juicios derivados de actos de comercio:

³³ *Código de Comercio comentado*, 3a. ed., Editorial Porrúa, México, 2004, págs. 4 y 37.

³⁴ *Derecho...*, cit, pág. 1.

Son juicios mercantiles los que tienen por objeto ventilar y decidir las controversias que, conforme a los artículos 4o., 75 y 76, se deriven de los actos comerciales.

Jurisprudencia. Por ello, encuentra fácil explicación lo resuelto por una de nuestras autoridades en materia de amparo:

“Vía mercantil. Es improcedente, aun cuando la actora sea una sociedad mercantil, si el demandado no es comerciante y el contrato celebrado no puede estimarse como acto de comercio”.

Primer Tribunal Colegiado del Noveno Circuito. Amparo directo 486/2004. Rubén Martínez González, 21 de octubre de 2004. Unanimidad de votos.

Así pues, en materia procesal la única ley supletoria del *C.Com.* es el CFPC. Empero, conviene recordar aquí que no siempre fue así; el texto original del art. 1051 era el siguiente: “A falta de convenio expreso de las partes interesadas, se observarán las disposiciones de este Libro, y en defecto de éstas o de convenio, se aplicará la ley de procedimientos local respectiva”.

Apenas si hace falta apostillar que tal disposición era un despropósito, primordialmente por razón de que no es fácil explicar el que a una ley sustantiva federal, reguladora del comercio, adjetivamente le sea aplicable, en forma supletoria, un variable ordenamiento procesal, según la entidad federativa en la que se realice el acto. Ello, como es natural, conducía a una desaconsejable diversidad en cuanto a términos, probanzas y algunos otros aspectos propios de los juicios.

1.2.5 La jurisprudencia

Como tantas veces se ha dicho, en el sistema jurídico mexicano la jurisprudencia tiene una doble acepción:

- *Lato sensu*, la jurisprudencia es, como sabemos, el criterio sustentado por los juzgadores al interpretar las leyes en casos concretos. No cabe duda sobre que, cuando es reiterada, asume o por lo menos debería asumir, el papel de fuente material del derecho, pues sirve, o debe servir, como fuente de inspiración del legislador en su tarea de redactor de normas de observancia general.
- En el sentido mexicano, la jurisprudencia está formada también por un reiterado criterio de interpretación judicial de la ley, pero en este caso con arreglo a un esquema en verdad complejo, configurado por la *Ley de Amparo (L. de A.)*:

“La jurisprudencia que establezca la Suprema Corte de Justicia de la Nación, funcionando en pleno o en salas, es obligatoria para éstas tratándose de la que decreta el pleno, y además para los Plenos de Circuito, los tribunales colegiados y unitarios de circuito, los juzgados de distrito, tribunales militares y judiciales del orden común de los Estados y del Distrito Federal, y tribunales administrativos y del trabajo, locales o federales.

La jurisprudencia que establezcan los Plenos de Circuito es obligatoria para los tribunales colegiados y unitarios de circuito, los juzgados de distrito, tribunales militares y judiciales del orden común de las entidades federativas y tribunales administrativos y del trabajo, locales o federales que se ubiquen dentro del circuito correspondiente.

La jurisprudencia que establezcan los tribunales colegiados de circuito es obligatoria para los órganos mencionados en el párrafo anterior, con excepción de los Plenos de Circuito y de los demás tribunales colegiados de circuito.

La jurisprudencia en ningún caso tendrá efecto retroactivo en perjuicio de persona alguna” (art. 217).

“La jurisprudencia por reiteración del pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación se establece cuando se sustente un mismo criterio en cinco sentencias no interrumpidas por otra en contrario, resueltas en diferentes sesiones, por una mayoría de cuando menos ocho votos” (art. 222).

“La jurisprudencia por reiteración de las salas de la Suprema Corte de Justicia de la Nación se establece cuando se sustente un mismo criterio en cinco sentencias no interrumpidas por otra en contrario, resueltas en diferentes sesiones, por una mayoría de cuando menos cuatro votos. (art. 223).

Finalmente,

“Para el establecimiento de la jurisprudencia de los tribunales colegiados de circuito deberán observarse los requisitos señalados en este Capítulo, salvo el de la votación, que deberá ser unánime” (art. 224).

Es fácil entender por qué una parte de la doctrina mexicana ha acogido con escasa simpatía el carácter de esta jurisprudencia como fuente formal del derecho, máxime en vista de lo dispuesto por los arts. 228 y 229, en cuyos términos dicha jurisprudencia “... se interrumpe dejando de tener carácter obligatorio, siempre que se pronuncie ejecutoria en contrario por ocho ministros, si se trata de la sustentada por el Pleno; por cuatro, si es de una sala, y por unanimidad de votos tratándose de la de un Tribunal Colegiado de Circuito”.

Ello ha permitido a **Mantilla Molina**³⁵ desmentir la calidad de dicha jurisprudencia como fuente formal, con las siguientes palabras: “... aun cuando se haya de reconocer la obligatoriedad de la jurisprudencia, no puede considerársele científicamente como fuente formal del derecho, puesto que

³⁵ *Derecho...*, cit., pág. 49.

los arts. 228 y 229 de la citada *Ley de Amparo* faculta a la Suprema Corte y Tribunales Colegiados de Circuito, aquélla en pleno o en salas, para contrariarla, con lo cual resulta que una relación jurídica nacida después de que se ha formado la máxima jurisprudencial que le es aplicable, puede ser regulada de modo diverso al establecido en ella, si la Corte decide modificarla... De donde se concluye que la tesis jurisprudencial no tiene los caracteres de una verdadera norma jurídica general”. A lo cual habría que añadir la circunstancia de que, además, no emana de un órgano legislativo.

Por último, como fuentes históricas o cognoscitivas suelen mencionarse los órganos impresos por medio de los cuales deben darse a conocer las leyes a los justiciables, pues, además, el verdadero texto oficial y auténtico de las mismas es el que en ellos aparezca.

La única fuente documental auténtica de la ley mercantil es el *Diario Oficial de la Federación*, que publica y administra la Secretaría de Gobernación, disposiciones ambas contenidas en la *Ley Orgánica de la Administración Pública Federal* (LOAPF, art. 27-II y III).

1.2.6 Usos y costumbres mercantiles

La costumbre, como fuente de este Derecho, desempeña un doble papel. No hay duda de que ha sido, desde siempre, fuente material, por razón de que, como es bien sabido, los hechos se anticipan al derecho, de tal manera que primeramente aparecen las instituciones comerciales y posteriormente el legislador las recoge para regularlas. Así pues, nada de nuevo hay en la afirmación de que el derecho mercantil surgió y se mantiene como eminentemente consuetudinario.

Sin embargo, autores hay, como **Barrera Graf**,³⁶ que ubican a la costumbre también como fuente formal, en el mismo nivel de la ley. En apoyo de su aserto, este autor invoca la remisión que a los usos hacen algunas leyes mercantiles, como la *LGTOC* (art. 20.-III), y yo añadiría la *LIC* (art. 60.-II), pues considera que ello debe estimarse como una remisión general, ya que no sería lógico entenderla sólo parcialmente. Y no conforme con ello, **Barrera Graf**³⁷ llega a afirmar que, como consecuencia de sus reflexiones, “... la costumbre debe aplicarse con antelación al derecho civil”, postura, por lo demás, difícil de compartir, de cara al claro texto del ya citado art. 20. del *C.Com.*: “A falta de disposiciones de este ordenamiento y las demás leyes mercantiles, serán aplicables a los actos de comercio las del derecho común...”.

³⁶ *Instituciones...*, cit., pág. 57.

³⁷ *Ibidem*, pág. 61.

Mantilla Molina³⁸ y **Arturo Díaz Bravo**³⁹ no participan de tal criterio. Aducen que precisamente la referencia que de modo expreso hacen tales leyes, así como algunos preceptos contenidos en otras, revela que la verdadera intención del legislador es la de considerar tales usos como fuente del derecho mercantil sólo en los casos en que así lo expresa, pero no de modo general. En la misma forma se pronuncia **García Máñez**:⁴⁰

“En la tesis que examinamos existe indudablemente un elemento verdadero, pues la repetición de cierta manera de comportamiento suele dar origen a la idea de que lo que siempre se ha hecho, debe hacerse siempre, por ser uso inveterado... la costumbre es ley; al lado del acierto que señalamos, encierra la doctrina un grave error: el que estriba en sostener que la simple repetición de un acto engendra, a la postre, normas de conducta. Tal creencia es infundada, porque de los hechos no es correcto desprender conclusiones normativas.- ¿En qué momento deja una costumbre de ser mero hábito, para convertirse en regla de derecho?... El reconocimiento de la obligatoriedad de una costumbre por el poder público puede exteriorizarse en dos formas distintas: expresa o tácita. El reconocimiento expreso realizase por medio de la ley... el reconocimiento tácito consiste en la aplicación de una costumbre a la solución de casos concretos.”

De manera un tanto original se pronuncia **Quintana Adriano**:⁴¹ “En conclusión, en nuestro ordenamiento jurídico la costumbre tiene un papel meramente secundario, debido a que solamente se acude a ésta a falta de una ley escrita.” Afirmación tal carece de fundamento, pues no existe precepto en el que se proclame tal supletoriedad, y ciertamente esta autora no lo invoca.

Frente a tal criterio, y en forma diametralmente opuesta **Heinsheimer**⁴² escribe, cosa por demás bien sabida, que:

“... en el desenvolvimiento del Derecho mercantil, muéstrase con particular intensidad su raíz consuetudinaria. Del desarrollo profesional del tráfico que los comerciantes llevaban a cabo cotidianamente, se derivaron poco a poco normas de carácter obligatorio. La propia naturaleza de los negocios y los usos devinieron fuente de derecho. Así aparece el derecho de los comerciantes, sobre todo en su fase originaria, como fundamentalmente consuetudinario, incluso en aquellos países en que el derecho civil ha sido ya objeto de codificación...”

Parece que no hay duda sobre que estas afirmaciones del tratadista alemán pueden ser repetidas, a principios del tercer milenio, con un fondo de plena actualidad.

³⁸ *Derecho... cit.*, pág. 42.

³⁹ *Contratos mercantiles, cit.*, págs. 12-15.

⁴⁰ *Introducción..., cit.*, pág. 32.

⁴¹ *Ciencia..., cit.*, pág. 37.

⁴² *Derecho..., cit.*, pág. 3.

Casos especiales de remisión expresa a los usos se encuentran, por ejemplo, en los arts. 304 y 333 del *C.Com.*

En otro orden de ideas, es clara la diferencia entre uso y costumbre, entendida esta última como uso generalizado, a pesar de que autores hay, como el ya citado **Barrera Graf**, que emplean indistintamente ambos vocablos, y sólo proclaman la existencia de graduaciones de orden cuantitativo y de carácter geográfico. Así, distinguen entre los usos y costumbres del comercio en general y los propios de manifestaciones específicas como el transporte, la compraventa, la banca, el seguro, etc., e igualmente los usos o costumbres internacionales, de los nacionales, de los regionales y aun de los adoptados entre específicos comerciantes, a condición, en todo caso, de que no sean contrarios a disposiciones legales, puesto que: “Contra la observancia de la ley no puede alegarse desuso, costumbre o práctica en contrario” (art. 10, *C.Civ.*).

Finalmente, cabe recordar que el *Diccionario de la lengua española*, de la Real Academia Española, apunta una diferencia de grado, pues define el uso como: “Forma del derecho consuetudinario inicial de la costumbre, menos solemne que ésta y que suele convivir como supletorio con algunas leyes escritas”.

1.2.6 bis *Lex mercatoria*

Pero las costumbres mercantiles han encontrado, desde siempre, una importante expresión en las compilaciones que los propios comerciantes hacen, de cuando en cuando, de sus prácticas y usos, con la circunstancia de que ellos mismos admiten la voluntaria obligatoriedad de tales recopilaciones, mismas que con frecuencia son adoptadas por los órganos legislativos de los Estados.

Ahora bien, a estas importantes codificaciones de naturaleza consuetudinaria se les ha venido conociendo como *lex mercatoria*, que **Jorge Alberto Silva Silva**⁴³ define como: “... pautas de comportamiento que se originan primariamente en usos y prácticas, y que, en gran medida, han sido compiladas o codificadas por los particulares”.

En dicho interesante estudio, **Silva Silva** apunta algunos conceptos que resulta por demás interesante transcribir aquí: “La cuestión no es si existe o no este fenómeno llamado *lex mercatoria*, sino determinar su alcance jurídico... Este fenómeno comprende la normativa creada por lo propios co-

⁴³ “Resurgimiento de la *lex mercatoria*”, en *Estudios sobre lex mercatoria*, Universidad Nacional Autónoma de México, México, 2006, págs. 279-281.

merciantes, pues, según los estadistas, se trata de reglas creadas al amparo de la autonomía de la voluntad. Las disposiciones de *lex mercatoria* han sido creadas por los comerciantes y no en forma directa por el Estado”.

Empero, el propio autor recomienda la adopción, por parte de los Estados, de un cierto grado de cautela al admitir la vigencia de este mecanismo regulador del comercio: “El Estado, en un futuro cercano, será más abierto a estas reglas y actitudes de los comerciantes, pero deberá procurar minimizar las influencias de las grandes empresas, especialmente en lo que atañe al desarrollo político de cada Estado... En los teóricos quedará resolver las contradicciones paradigmáticas”.

Sin duda un par de los más importantes ejemplos de *lex mercatoria* son la normatividad internacional en materia de cartas de crédito bancarias y las conocidas como *Reglas de York-Amberes*, sobre avería gruesa.

1.2.6 *ter* Fuentes materiales

Como es sabido, se atribuye el calificativo de fuentes materiales del derecho a ese amplio sector de principios, expresiones, usos y prácticas a los que con frecuencia acude el legislador para darles forma, pero no siempre ocurre así, y dichas fuentes formales permanecen como expresiones latentes que, por otra parte, también sirven al juzgador para dirimir una contienda, no menos que a los litigantes, como apoyo de sus pretensiones.

Así, **Barrera Graf**⁴⁴ menciona, como fuentes formales, tanto la jurisprudencia como los principios generales del derecho.

De la primera ya se trató con anterioridad (*supra*, 1.2.5), por lo que se harán algunas reflexiones en torno a los principios generales del derecho. Este punto reviste extraordinaria importancia con sólo recordar su papel como necesaria fuente de inspiración del juzgador, en México elevada a rango constitucional: “En los juicios del orden civil, la sentencia definitiva deberá ser conforme a la letra o a la interpretación jurídica de la ley, y a falta de ésta se fundará en los principios generales del derecho” (art. 14, *CPEUM*).

Empero, no existe un satisfactorio concepto de tales principios, y así lo pone de manifiesto, en nuestro medio, **García Máynez**,⁴⁵ quien se limita a transcribir opiniones, conceptos y posturas sobre el particular, de las que resulta que ni siquiera existe consenso en torno a la identificación y ubicación de tales principios, por cuanto algunos autores proclaman a la equidad como fuente del derecho por excelencia, al paso que otros se refieren a la seguridad jurídica.

⁴⁴ *Instituciones...*, cit., págs. 63 y 64.

⁴⁵ *Introducción...*, cit., págs. 374-378.

Por su parte, **Sergio T. Azúa Reyes**⁴⁶ escribe también que sobre este punto “... los tratadistas que de él se han ocupado han vertido una copiosa serie de opiniones; así, se ha afirmado, por ejemplo, que tales principios son principios de derecho natural; principios que se identifican con la justicia; principios dictados por la razón y admitidos por el derecho; reglas universales de razón para dar soluciones particulares justas y equitativas...”.

No carece de interés el dar cuenta de un amplio e interesante trabajo del romanista español **Jaime M. Mans Puigarnau**⁴⁷ quien estima, a lo largo de su libro, que en realidad los principios generales del derecho quedaron recogidos por las reglas, máximas y aforismos jurídicos del derecho romano, si bien algunos de ellos aparecieron con posterioridad.

1.3 Tendencia unificadora del derecho común con el mercantil

1.3.1 Grados y manifestaciones

La secular separación entre el derecho civil y el mercantil se mantuvo sin mayores obstáculos hasta fines del siglo xix, cuando **Vivante** proclamó la necesidad de reunificar ambas expresiones del derecho privado. El prestigio y los argumentos aducidos por el ilustre mercantilista italiano marcaron el comienzo de una hasta hoy apasionada controversia, en la que han tomado parte prácticamente todos los mercantilistas, y no pocos civilistas. He, sucintamente expuesto, en primer lugar, los argumentos invocados por los *unionistas*:

1. Las razones históricas del surgimiento del derecho comercial han desaparecido, por lo que ya no se justifica la separación, que fue coyuntural.
2. La separación crea problemas de derecho sustantivo y procesal, así como de competencia jurisdiccional, que no se justifican.
3. Prácticamente todas las instituciones económicas civiles y mercantiles son las mismas, luego no hay razón para regularlas en dos códigos diferentes.
4. La separación doctrinal y académica ha significado un obstáculo al profundo estudio científico del derecho privado.
5. La unificación operada en Suiza e Italia, así como la operada en los países del *common law*, muestra la conveniencia de la unificación.

⁴⁶ *Los principios generales del derecho*, Editorial Porrúa, México, 1986, págs. 81-91.

⁴⁷ *Los principios generales del derecho. Repertorio de reglas, máximas y aforismos jurídicos*, Bosch, Casa Editorial, Barcelona, 1979.

Véanse, a continuación, las objeciones respectivas de los *separacionistas*:

1. Las razones históricas de la separación mantienen su vigencia, pues el *Código Civil*, tradicionalista, rígido, formalista, no es apto para regular los actos de comercio y la actividad de los comerciantes, que reclaman leyes en permanente proceso de actualización, flexibles y ágiles.
2. La separación propicia la especialización en las leyes sustantivas y procesales, así como en los jueces, con los consiguientes beneficios, y así lo demuestran las especializaciones en otras ramas del derecho.
3. Aunque es cierto que sustancialmente son iguales las figuras económicas y patrimoniales, no es posible ni aconsejable tratarlas en la misma forma, pues son diferentes las finalidades con que se realizan. Compárense, a guisa de ejemplos, un mutuo civil y un préstamo bancario, un arrendamiento civil y un arrendamiento financiero, una promesa civil de pago y un pagaré en cuanto título de crédito, la compraventa que una ama de casa haga de alimentos para su hogar y la que efectúe un industrial de las materias primas para su actividad, etcétera.
4. La experiencia doctrinal, académica, legislativa y jurisdiccional muestra que la autonomía de ambos derechos ha sido fructífera, pues al lado de eminentes civilistas, de leyes civiles y de jueces especializados en la solución de controversias civiles, el último siglo y medio ha conocido brillantes mercantilistas en las tres expresiones, sin que tal separación haya constituido escollo alguno en la profundización del estudio científico de ambos derechos, pues, por lo demás, no se olvide que el derecho positivo civil seguirá siendo un apoyo supletorio del mercantil.
5. La unificación del derecho privado en los países de derecho consuetudinario es una secular categoría histórica, enraizada en el derecho romano, que, como es sabido, tampoco conoció la separación. En cuanto a Suiza e Italia, la unificación es puramente artificial y formal, como lo reconocen los propios tratadistas suizos e italianos.

Pues bien, los grados o aspectos en los que puede presentarse la separación son cuatro:

- **Legislativo**, que a su vez ofrece dos manifestaciones: la sustantiva y la procesal.
- **Jurisdiccional**, en cuanto pueden existir jueces y tribunales de lo civil, separadamente de los llamados a dirimir contiendas comerciales.
- **Doctrinal**, en la medida en que se elaboren trabajos e investigaciones de derecho civil y de derecho mercantil con total independencia.

- **Académico**, que supone la separada impartición, en los centros de estudio y universidades, de asignaturas civiles y mercantiles, con arreglo a planes de estudio así diseñados.

Sin embargo, como a poco se verá, es posible que se dé la unificación absoluta o incluso la separación en unos aspectos y la unificación en otros.

Antes de seguir adelante, resulta ilustrativo referir que, a partir de 1920, **Vivante** se retractó de su planteamiento unificacionista y volvió a la postura autonomista del derecho mercantil.

1.3.2 En el derecho comparado y en México

Aunque ya se anticipó la variada gama de escenarios que ofrece el derecho comparado sobre este punto, conviene dejar constancia de las diversas tendencias que en otros países se observan, si bien debe tenerse muy presente que las líneas de separación no ofrecen la nitidez que podría suponerse.

En cuanto a los países de derecho escrito —o del “derecho civil”, como dicen los juristas angloestadounidenses—, con cierta claridad se perfilan dos corrientes:

- La del *derecho privado unificado*, por la que han optado Suiza (*Código de las Obligaciones*, de 30 de marzo de 1881), Italia (*Código Civil* de 16 de marzo de 1942), Paraguay (1988) y Brasil (en vigor a partir del 1 de enero de 2003). Importa tener presente que tal tendencia unificadora ha encontrado eco en Argentina, país en el que ya existe un proyecto de *Código Civil*, unificado con el *Código de Comercio* y presentado por la comisión redactora el 18 de diciembre de 1998.

Por lo que se refiere a la unificación en Paraguay, en la respectiva nota de elevación aparecen las siguientes expresiones, por demás interesantes: “El tema tan debatido por los civilistas y comercialistas, sobre la posibilidad y conveniencia de abolir toda distinción entre derecho civil y derecho mercantil, unificando las normas relativas a las obligaciones y a los contratos, para sistematizarlas en un cuerpo único... encontró positiva solución en el Proyecto del Código Civil Paraguayo, porque con ello se abandona la clásica dicotomía del derecho privado... y cimenta la unificación del derecho de las obligaciones y de los contratos... Por esta reducción de ambas disciplinas, quedó absorbido el derecho contractual mercantil por el derecho civil positivo. Pues el derecho mercantil no es sino un privilegio de clase, en detrimento de la parte civil del contrato... Como no hay una teoría de las obligaciones para el derecho civil y otra para el derecho comercial,... viene por lógica consecuencia que ambos derechos se encuentren y liguen en un haz común... Con ello se reconoce entonces como fundamento el ‘fenómeno universalmente anota-

do de la comercialización de las relaciones civiles de contenido económico'. Y así se cierra, para los paraguayos, una animada controversia que protagonizaron los más grandes maestros del derecho, sobre el lugar que ocupan el derecho civil y el mercantil en el derecho privado, y sus relaciones entre sí".

Sin embargo, cabe poner en tela de duda esta supuesta unificación paraguaya, a medida que se examinen las consecuencias de lo dicho en el párrafo que también se transcribe a continuación, tomado del mismo documento: "De hecho la unificación no implica la desaparición del derecho mercantil, como no lo ha implicado en Italia el Código italiano de 1942. Es la expansión del derecho comercial y su fuerza vitalizadora la que lo ha llevado a abarcar zonas de actividad racionalmente reservadas al derecho civil lo que ha hecho sentir la necesidad de esa unificación. Por ello los tratadistas enseñan, cuando se refieren a este fenómeno, que se trata de una auténtica comercialización del derecho civil y no de una civilización del derecho comercial". He ahí la razón por la que es de dudarse que haya operado una verdadera unificación del derecho privado en Paraguay, máxime si se atiende a que en dicho país subsiste la *Ley del Comerciante*, que regula los aspectos mercantiles de la actuación de las empresas de tal naturaleza, fuera de los preceptos del *Código Civil*.

La unificación operada en Brasil ofrece un panorama diverso. Ya a fines del siglo XIX el tratadista **Teixeira de Freitas** presentó al gobierno de su país un proyecto de Código Privado único, pero tal intento no fructificó. Posteriormente, en 1965, el Poder Ejecutivo planteó al Congreso un Proyecto de Código de las Obligaciones, confesadamente inspirado en el suizo, que por varios años quedó olvidado y que diez años después resurgió como Proyecto de 1975, que con pocas modificaciones configuró, finalmente, el ya citado *Código Civil* unificado. Es por tal razón que otro tratadista brasileño, **Fábio Ulhoa Coelho**,⁴⁸ ha dicho que: "Hay pocas, poquísimas, razones para congratularnos por la entrada en vigor del nuevo *Código Civil*, el 11 de enero de 2004 (*sic*). En primer lugar, es una ley que nace vieja, el Proyecto fue elaborado en 1975 y su contenido refleja, naturalmente, el estado en el que entonces se encontraban la doctrina y la jurisprudencia".

- La del *derecho privado diferenciado*, en la que se ubican Alemania, España, Francia y los países latinoamericanos, con las apuntadas salvedades.

Nuestro país se mantiene alineado con los que propugnan la *autonomía del derecho mercantil*, con la salvedad jurisdiccional a la que se hará referencia más adelante. En efecto:

- a) El *Código de Comercio* y las demás leyes mercantiles regulan los aspectos sustantivos de esta materia.

⁴⁸ Presentación del libro *O contrato de seguro*, de los autores **Ernesto Tzirulnik**, **Flávio de Queiroz B. Cavalcanti** y **Ayrton Pimentel**, 2a. ed., Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, 2003, pág. 9.

- b) El mismo Código, así como otras leyes de él desprendidas, proclaman la existencia de especiales juicios y procedimientos mercantiles: “Son juicios mercantiles los que tienen por objeto ventilar y decidir las controversias que conforme a los arts. 4o., 75 y 76 se deriven de los actos comerciales” (art. 1049, *C.Com.*).
- c) Por el contrario, existe unificación jurisdiccional, pues, por un extraño capricho del legislador de máximo rango, los jueces y tribunales del orden común pueden conocer también de controversias comerciales: “... Cuando dichas controversias (del orden civil o criminal) sólo afecten intereses particulares, podrán conocer también de ellas, a elección del actor, los jueces y tribunales del orden común de los Estados y del Distrito Federal” (art. 104-II, *CPEUM*).
- d) Doctrinal y académicamente se mantiene absoluta separación, sin duda como consecuencia de la legislativa. Ha habido, sin embargo, algunos autorizados intentos unificadores, como el expresado por **Barrera Graf, Cervantes Ahumada y Mantilla Molina** a mediados del siglo pasado cuando, en 1960, por encargo de la Secretaría de Industria y Comercio, concluyeron la redacción de un anteproyecto de Código de Comercio.

Apenas si hace falta añadir que, siempre en el ámbito nacional, la unificación tropezaría, en primer lugar, con el escollo constitucional del carácter federal de la materia mercantil.

Sin embargo, y como era de suponerse, también en nuestro medio ha encontrado adversarios esta tendencia unificadora. Así, **Acosta Romero**⁴⁹ escribe lo siguiente:

“En México estimo que nunca se ha presentado la posibilidad de unificar, ni siquiera el derecho de las obligaciones porque están separadas las obligaciones tanto en el *Código de Comercio* y en la multiplicidad de leyes mercantiles y así como en el *Código Civil*, de tal manera que la realidad mexicana nos demuestra exactamente lo contrario a la unificación y en particular en las obligaciones parece ser que todo queda en una mera perspectiva de opinión doctrinaria y en una utopía y es cosa del pasado.”

Como es fácil advertir, algunas de tales expresiones resultan por lo menos enigmáticas, como demostración de lo cual puede invocarse todo lo antes expuesto, que es una palpable realidad y no, como dice dicho autor, una mera perspectiva de opinión doctrinaria, y menos una utopía o cosa del pasado: la unificación operada a principios de 2003 en Brasil no puede considerarse cosa del pasado.

⁴⁹ *Nuevo derecho...*, cit., pág. 95.

Más discutible aún es la afirmación en el sentido de que la expedición del reciente *C.Civ.* es una demostración de que en nuestro país se está muy lejos de adoptar el criterio unificador. La verdad es que, como se sabe, la autonomía de la materia civil operada con motivo de la configuración, como derecho común en el Distrito Federal, del antiguo *Código Civil* mixto, también vigente en todo el país “en asuntos del orden federal”, resultó de una medida puramente política y de ningún modo jurídica, por lo demás torpemente precipitada, pues en el citado *C.Civ.* se regulan materias que nada tienen de federales, como el derecho de familia y el sucesorio.

Con no menor tenacidad ha mostrado **Quintana Adriano**⁵⁰ su escasa simpatía por la unificación, si bien mediante empleo de expresiones en algunos casos inexactas; he aquí sus palabras:

“... al haberse retractado **Vivante** de las ideas que pretendían unificar al Derecho Privado clásico, en la actualidad esta unificación sólo se encuentra vigente en Suiza, Italia y en los países anglosajones... la corriente doctrinaria mercantil moderna no tiende ya a la unificación... puesto que en la práctica, el Derecho Mercantil nació autónomo, y sus instituciones han surgido y se han especializado al ritmo de la evolución de las prácticas comerciales nacionales y mundiales... En nuestro país, creemos que otro inconveniente para estas tendencias unificadoras del supuesto (!) Derecho Privado es la estructura política que haría, hace imposible la unificación, dado nuestro régimen de gobierno republicano de estructura federal, en el cual, constitucionalmente, los diversos Estados que lo integran son libres y soberanos en cuanto a su régimen interior, cuyas facultades para legislar en materia civil están reservadas a los Congresos Locales.- En su caso, previamente a la unificación, se requeriría que fuera uno solo el organismo legislador que emitiera el Código Único, lo cual, independientemente de las modificaciones estatales, implica una invasión inexplicable de la soberanía de los Estados y una centralización de poder en manos de la Federación.”

Todos los anteriores argumentos son fácilmente rebatibles:

- Es inexacto que la unificación de derecho privado sólo exista en Suiza e Italia. Como antes se dijo, ulteriormente se ha operado en los Países Bajos, Líbano, Paraguay y Brasil, sin olvidar el intento unificador argentino, por ahora pospuesto en razón de las crisis financieras que han golpeado a dicho país.
- La circunstancia de que la unificación helvética haya obedecido a razones políticas y no jurídicas, en modo alguno demerita la importancia de que se haya mantenido en tal forma durante más de un siglo.

⁵⁰ *Ciencia...*, cit., págs. 113-119.

- También ha quedado expuesto, y a continuación se demostrará, que los doctrinarios mercantilistas de los últimos tiempos, particularmente los mexicanos a partir de la segunda década del siglo xx, propusieron la unificación de que trata, luego es inexacto afirmar que las modernas corrientes doctrinarias no propugnan la unificación.

Así, **Mantilla Molina**⁵¹ escribe lo siguiente:

“... no es posible la fusión absoluta del derecho mercantil con el civil; pero sí es conveniente y deseable suprimir muchas de las diferencias que hoy en día separan, innecesariamente ambas ramas del derecho. La especialidad de los procedimientos y de los jueces mercantiles no encuentra justificación lógica, y por ello, tiende a desaparecer en todos los países.”

El mismo autor expresó, en otro lugar:⁵²

“Del análisis que, tal vez con excesivo por menor, acabo de realizar, considero que se desprende la conclusión de que si bien no es posible la fusión absoluta del derecho mercantil con el civil, sí es conveniente a lo menos por lo que atañe al derecho interno de cada estado la supresión de muchas de las diferencias que hoy separan ambas ramas del derecho... Hagamos votos porque caigan las barreras que en muchos países separan artificiosamente la materia mercantil de la civil; hagamos votos para que el derecho privado así unificado, acercándose cada día más al ideal de justicia, llegue a ser el mismo, a lo menos en todos los países de pareja tradición cultural, y sea un nuevo vínculo que una a los pueblos en la ruta hacia la Paz y la Justicia”.

En parecida forma se pronuncia **Raúl Cervantes Ahumada**:⁵³

“En realidad, no hay obstáculo de fondo para la unificación, que entre nosotros sería conveniente, ya que eliminaríamos, en materia de obligaciones y contratos, los treinta y un códigos (veintinueve de los Estados, uno del Distrito y Territorios Federales y el de Comercio) que padecemos, y habría un solo ordenamiento.”

Por último, **Jorge Barrera Graf**⁵⁴ se expresa en forma semejante:

“En México, a lo más que podemos llegar dentro de nuestra actual estructura constitucional, es a la unificación procesal, pero no a la unificación sustanti-

⁵¹ *Derecho...*, cit., pág. 36.

⁵² *La unificación del derecho privado y su uniformidad internacional*, CEDAM, Padova, 1973, págs. 330 y 331.

⁵³ *Derecho...*, cit., pág. 17.

⁵⁴ *Instituciones...*, cit., pág. 34.

va del derecho civil y mercantil dado que por disposición de la Constitución (art. 73, fr. X), corresponde al Congreso de la Unión ‘legislar... en materia de comercio...’, en tanto que la reglamentación del derecho civil se entiende reservada a los Estados de la Federación. La unificación de estas materias sustantivas requeriría una reforma constitucional que, por lo demás sería conveniente, para evitar la actual dispersión de la legislación civil.”

Como fácilmente se advierte, las únicas objeciones son, en estos dos últimos casos, de orden puramente formal y de ningún modo sustantivo.

- Finalmente, el obstáculo constitucional mexicano en forma alguna puede configurar un argumento de fondo en contra de la unificación, sino meramente formal y parlamentario. Por otra parte, la pretendida libertad y soberanía de nuestras entidades federativas es punto menos que ilusoria, por cuanto, como se sabe, en esta materia todos los códigos civiles son coincidentes en lo sustancial y, en lo que se refiere a los capítulos de obligaciones y contratos, muestran una notable semejanza, rayana en la igualdad. Por lo demás, una regulación federal y única de las obligaciones y de los contratos, de ningún modo implicaría “... una invasión inexplicable de la soberanía de los Estados y una centralización de poder en manos de la Federación”, pues a los gobiernos de nuestros Estados poco o nada afectaría e importaría el privarlos de una facultad legislativa que de hecho es inoperante, en razón de la antes expuesta y demostrada absorción de la materia civil contractual, por los usos, prácticas y contratación mercantil.

Por el contrario, las expresiones de **Javier Arce Gargollo**⁵⁵ son confesadamente insinuantes de una unificación operada ya, atentas las circunstancias legislativas en las que se desenvuelve la teoría general de las obligaciones mercantiles. Este autor proclama, en efecto: “... que existe una tendencia de unificación inconsciente del Derecho privado que se manifiesta...” en varios aspectos:

- Opera la unificación jurisdiccional, por así disponerlo el art. 104 de la *CPEUM*.
- Los encargados de los Registros Públicos de la Propiedad, que operan dentro de la esfera civil o común de los Estados, tienen a su cargo los Registros Públicos de Comercio, que son de carácter federal.

⁵⁵ *Contratos mercantiles atípicos*, 10a. ed., Editorial Porrúa, México, 2004, págs. 12-16.

- La *Ley Federal de Protección al Consumidor* es aplicable a todo tipo de contratos, muchos de los cuales son originalmente civiles, en los que intervenga un proveedor empresarial.
- Conforme al art. 1051 del *C.Com.*, todo litigio que derive de un acto mixto debe tramitarse por la vía mercantil.
- Opera una notable similitud entre las normas procesales civiles y las mercantiles.
- Ante la remisión que hace el art. 2o. del *C.Com.* al *C.Civ.*, como supletorio de la materia mercantil, de hecho opera la unificación entre ambas ramas del derecho privado.

Ante todo ello, **Arce Gargollo** apunta que, como medidas complementarias, deberían incorporarse en el *C.Civ.* algunos principios e instituciones jurídicos del derecho mercantil, luego una reforma importante habría de hacerse a dicho *C.Civ.*, ahora por el legislador federal; del *C.Com.* deberían suprimirse las escasas normas sobre obligaciones mercantiles y, en especial, las relativas a los contratos regulados en ambos ordenamientos.

Otras parecidas afirmaciones formula este autor cuya postura, como ha podido apreciarse, muestra interesantes rasgos de originalidad.

Sin embargo, ciertas expresiones de **Arce Gargollo** son un tanto cuestionables. Así, la propuesta en el sentido de que se regulen, en el *C.Com.*, contratos no previstos en los códigos civiles, que en su gran mayoría presentan un sello de mercantilidad. Lo objetable está aquí en que de ese modo subsistiría la separación legislativa, que seguiría ofreciendo dificultades prácticas de índole sustantiva y procesal.

Igualmente resulta difícil compartir la afirmación de **Arce Gargollo** en el sentido de que: “No es conveniente dictar leyes especiales para regular contratos mercantiles”, si se atiende a que en la práctica se opera con ciertos contratos mercantiles de no fácil encuadramiento en la legislación civil, por razón de la existencia en ellos cláusulas *sui generis*, desconocidas en otros contratos. En tal caso se encuentran, por ejemplo, algunos contratos bancarios, como el de apertura de crédito, el de crédito refaccionario y el de avío, no menos que, en otro plano, el contrato de seguro; y las particularidades de esta congerie de contratos quedan palmariamente demostradas con sólo tener en cuenta que para ellos existen importantes regulaciones específicas, y a la par, autoridades encargadas del control y vigilancia de las empresas operadoras de dichos contratos.

1.3.2 bis La comercialización del derecho civil contemporáneo

Por otra parte, examinados a fondo los argumentos que invocan los separacionistas, no resulta difícil apreciar su inconsistencia a la luz de la práctica negocial.

En efecto, no es de ahora la afirmación en el sentido de que ya en la primera parte del siglo xx, pero con acentuados perfiles en la segunda parte, y más nítidos en la actualidad, el derecho civil, en lo que a las obligaciones patrimoniales se refiere, ha perdido importancia, ante el arrollador empuje de la contratación presentada con atuendo mercantil. Así, por superficial que sea un examen de contratos con reconocida progenie civil, pronto aparece su estructura comercial. En este contexto, considérese el formato de los contratos: *a)* de transporte, *b)* de seguro, *c)* de hospedaje, *d)* de compraventa, *e)* de préstamo, *f)* de arrendamiento y muchos otros, que, surgidos en el derecho civil, y todavía regulados en los códigos civiles, dentro de la moderna práctica comercial poco o nada conservan de su original *civilidad*, pues han sido absorbidos por el derecho mercantil:

- a)* El transporte se opera, en todo el mundo, casi exclusivamente por empresas a él dedicadas, con lo que le imprimen mercantilidad (art. 75-VIII, *C.Com.*).
- b)* El seguro, incluso operado por entidades mutualistas, que a lo menos teóricamente no persiguen propósito de lucro, fatalmente incurre en los supuestos legales respectivos, como acto de comercio (arts. 75-XVI, *C.Com.*, y 1o., 2o. y 81, *LGISMS*).
- c)* Ciertamente es que dentro de específicos, y por lo demás reducidos, sectores de la actividad económica, el hospedaje se opera por personas físicas no empresarias, y sin propósito de lucro, pero la verdad es que de modo general este contrato se opera por entidades hoteleras, que con ello le imprimen naturaleza comercial, de tal manera que nadie podría negar este último carácter, pues el contrato respectivo tiene una “naturaleza análoga a los expresados” (en el multicitado art. 75 del *C.Com.*).
- d)* En cuanto a la compraventa, casi no hace falta dejar constancia de que es un contrato propio de las grandes, medianas y pequeñas empresas, mismas que ostensible y confesadamente operan “con propósito de especulación comercial”, tal como lo dispone el art. 75-I y II del *C.Com.*
- e)* Por supuesto, no es posible desconocer la existencia de préstamos puramente civiles, pero la verdad es que, y así lo demuestra la experiencia, este contrato es propio de las empresas mercantiles legalmente facultadas para celebrarlo con autorización del Estado, como lo son las instituciones bancarias y otras, a las que también se les tiene otorgada

autorización para conceder préstamos, como las aseguradoras (art. 34-X, *LGISMS*) y las afianzadoras (art. 16-XIII, *LFIF*).

- f) Por lo que se refiere al arrendamiento de bienes muebles, no debe caber duda sobre su naturaleza mercantil, cuando se verifican “con propósito de especulación comercial”, como ocurre en la inmensa mayoría de los casos (art. 75-I, *C.Com.*); en cambio, la duda surge con referencia a los inmuebles, por razón de que el tantas veces citado art. 75, en su fracción II, sólo atribuye carácter comercial a las compras y ventas de los mismos, sin hacer referencia al arrendamiento. Empero, como más adelante se mencionará (*infra*, 2.4) no hay razón seria para rechazar la naturaleza mercantil de los cotidianos contratos de arrendamiento que se celebran, por ejemplo, entre empresas inmobiliarias, como arrendadoras, y empresas comerciales de la más diversa índole, deseosas de ocupar los inmuebles para el desarrollo de sus actividades mercantiles.

También sobre esta irresistible comercialización del derecho civil, se manifiesta **Barrera Graf**,⁵⁶ quien incluso llega a sostener la naturaleza mercantil de la *Ley Federal de Protección al Consumidor*, por estimar el mismo carácter de las ventas que efectúan los proveedores de bienes o de servicios.

1.4 Sistemas adoptados por el derecho mercantil contemporáneo

1.4.1 Países del *common law*

Los países del *common law* ofrecen, como es sabido, un panorama totalmente diverso. Aunque no es exacta la generalizada creencia de que en ellos se carece de leyes escritas, pues la verdad es que el comercio se regula por un gran número de textos legales, éstos no cumplen una función imperativa, sino generalmente complementaria o supletoria de la voluntad de los particulares, pues además suelen configurar verdaderas recopilaciones de costumbres y de jurisprudencia, que son las verdaderas fuentes del derecho privado en estos países.

Una importante consecuencia de ello es que aquí no existe distinción alguna entre derecho civil y derecho mercantil, a pesar de que numerosos textos legales y criterios jurisprudenciales sólo sean aplicables a cierto tipo de operaciones por razón de sus características o de los sujetos comerciantes que en ellas intervienen.

⁵⁶ *Instituciones...*, cit., págs. 35 y 36.

A título de ejemplo puede citarse, por lo que se refiere a los Estados Unidos de América, el *Código de Comercio Uniforme (ucc)*, que en sentido riguroso no tiene el rango de ley, pues *voluntariamente* fue adoptado por todos los Estados de dicho país, salvo el de Louisiana, que, fiel a su estirpe francesa, en este punto se rige por la legislación napoleónica.

Tampoco puede pasarse por alto la influencia que, como una forma de *lex mercatoria* del mismo país, han venido ejerciendo los *restatements of the law*, elaborados en el seno del American Law Institute, y que en realidad son magnas recopilaciones de usos, costumbres y jurisprudencia en diversas manifestaciones de la vida económica, como los contratos de todo tipo, la responsabilidad civil por daños, la derivada de la elaboración y venta de productos defectuosos, etc., y todo ello sin atender a la naturaleza comercial o no de la conducta de los sujetos.

1.4.2 Países capitalistas de derecho escrito

No es mucho lo que resta por decir de los países capitalistas —llamados también *industrializados*— de derecho escrito, pues de tres de ellos, Italia, los Países Bajos y Suiza, ya se informó que unificaron su derecho privado.

También se dijo que Alemania y Francia se mantienen dentro de la estructura bifronte de tal derecho, lo que igualmente ocurre en el resto de los países de Europa, así como en Japón y en la Canadá francesa (Quebec).

En efecto, por lo que se refiere a Alemania, no cabe duda sobre que, en palabras de **Heinsheimer**,⁵⁷ el *Código de Comercio* configura un verdadero derecho especial, que en este caso es válido designar como derecho de los comerciantes, una vez que abandonó el carácter objetivo que había heredado del código napoleónico.

1.4.3 Países semicapitalistas de derecho escrito

No es fácil precisar el concepto de país semicapitalista, pues aun el vocablo *capitalismo* tiene, según afirman los especialistas como **Lucas Beltrán**, tres acepciones: “En sentido político designa un régimen y una ideología... En sentido jurídico, la palabra designa un estatuto: propiedad privada de los instrumentos de producción, código de comercio, legislación sobre las sociedades mercantiles... En sentido económico, esta palabra designa una estructura y un sistema”.⁵⁸

⁵⁷ *Derecho...*, cit., pág. 5.

⁵⁸ **Lucas Beltrán**, *Diccionario de banca y bolsa*, Editorial Labor, Madrid, 1969, pág. 255.

De esta suerte, tal vez deba entenderse como país semicapitalista aquel en el que no todos los medios de producción son de propiedad privada, o bien en el que es el Estado el que marca la pauta de la actividad económica de los particulares. De ser así, no es difícil enmarcar como semicapitalista a nuestro país, y también a todos los latinoamericanos, pues en ellos se presenta por lo menos una de tales características, y en ocasiones ambas.

A tal conclusión se llega con sólo tener presente: *a)* que la más importante fuente de riqueza de nuestro país, el petróleo, se encuentra en manos del Estado, por disposición constitucional; *b)* que igualmente por mandato constitucional, corresponde al Estado la rectoría de la vida económica del país (arts. 25 y 27, *CPEUM*).

Pues bien, en todos estos países el derecho privado escrito presenta las dos facetas ya conocidas, si bien recuérdese el intento unificador desplegado en Argentina, y su realización en Paraguay y Brasil, pero, atento a lo expuesto, el derecho mercantil suele marcar cotos de intervención a los capitales privados, bien porque ciertas actividades están reservadas al Estado, bien porque no es aconsejable propiciar sus concentraciones en ciertas actividades, so pena de que se erijan en monopolios.

Y las dudas que ofrece la filiación económica de los países suben de punto al considerar que, en el caso de México, y por disposición del art. 25 de la *CPEUM*, como ya se dijo, corresponde al Estado federal la rectoría de la vida económica del país, pues nada fácil resulta la demarcación precisa de las facultades que ello significa, de modo especial si se atiende a que el citado precepto forma parte, en unión de otros previos y posteriores, del capítulo que consagra las garantías individuales de los habitantes, en la inteligencia de que un detenido análisis del propio precepto lleva a la conclusión de que en el mismo se consignan serias restricciones a la libertad de acción de los individuos, y así se ha considerado por alguna autoridad jurisdiccional. En efecto, la Segunda Sala de la SCJN estimó, en el amparo en revisión 80/2002, Casa Wong Multiservicios, S.A. de C.V., resuelto el 25 de septiembre de 2002, que:

“... el citado dispositivo constitucional, no concede garantía individual alguna que autorice a los particulares a exigir, en la vía del juicio de amparo, que las autoridades adopten ciertas medidas para que se cumpla con tales encomiendas constitucionales, pues el pretendido propósito de esta disposición se dirige a proteger la economía nacional mediante acciones estatales fundadas en una declaración de principios que se contiene en el propio precepto de la Ley Fundamental.”

Mas como antes se dijo, esta apreciación es un tanto discutible con sólo dejar claro que el precepto constitucional, en cuanto encomienda al Estado

la rectoría económica del país, precisa que con ello se persigue el crecimiento económico del mismo, mediante la realización de acciones que tome el propio Estado a fin de alentar a determinados sectores productivos, para que se concedan subsidios, se otorguen facilidades a empresas de nueva creación, se concedan estímulos para la importación y exportación de artículos y de materias primas, todo lo cual configura un esquema legislativo que, si bien es ciertamente protector de la economía nacional, no menos lo es de los intereses económicos de los particulares, que con todo derecho pueden exigir la adopción, por parte del Estado, de las apuntadas medidas económicas, sin duda por considerar que la prosperidad económica de los particulares debe conducir al incremento de la economía del país.

1.4.4 La unificación internacional y manifestaciones

La creciente e inevitable interrelación económica de los países; la configuración de mercados comunes multinacionales; la proliferación de los tratados de libre comercio son, entre otras, las razones que explican y aun justifican la caudalosa corriente unificadora internacional del derecho mercantil en todas sus expresiones, a tal punto que en el mundo moderno ya no es posible referirse a un derecho mercantil puramente nacional o doméstico. En mayor o menor grado, todas las actividades comerciales acusan un sello o por lo menos cierta influencia internacional, y ello aun en los países —si es que los hay— que no forman parte de algún tratado o de algún organismo internacional de naturaleza comercial.

Es por ello que ha llegado a establecerse una íntima relación entre los derechos mercantiles internos y el derecho internacional privado, de tal manera que los primeros no son más que un microcosmos del segundo, que además se ha injerido arrolladoramente en la vida comercial interna de los países en dos formas:

- **Compulsiva**, mediante la celebración de tratados intergubernamentales, de obligatoria observancia interna. Pero además, algunos países, el nuestro entre ellos, han dictado legislaciones protectoras de la incursión de leyes extranjeras contrarias a las nacionales, en la medida en que las primeras impliquen la realización de actos que afecten el comercio o la inversión.

Se trata, en el caso mexicano, de la *Ley de Protección al Comercio* y la inversión de normas extranjeras que contravengan el derecho internacional, publicada en el *DOF* del 23 de octubre de 1996, con vigencia a partir del día siguiente.

- **Voluntaria**, que a su vez adopta dos modalidades: *a)* la aceptación, por parte de ciertos sectores de la actividad económica, de la llamada *lex mercatoria*, que no es más que la recopilación de usos, costumbres o prácticas internacionales (*Reglas de York-Amberes* en el comercio marítimo; *Reglas sobre Cartas de Crédito* en el comercio bancario, etc.); *b)* la incorporación, en el derecho escrito interno, de leyes modelo redactadas por organismos internacionales (*Ley Modelo de las NN.UU. sobre Arbitraje Comercial Internacional*, incorporada a nuestro *Código de Comercio* como Título Cuarto del Libro Cuarto).

Es digna de mencionarse, en este punto, la prodigiosa labor legislativa que, en ambos aspectos, han venido realizando los tres principales organismos gubernativos internacionales a ello dedicados:

- La Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional, más conocida por su acrónimo CNUDMI (y frecuente cuanto incorrectamente en nuestro idioma, como UNCITRAL).
- El Instituto Internacional para la Unificación del Derecho Privado (UNIDROIT), creado en 1926 y con sede en Roma.
- La Conferencia Permanente de La Haya.

Además, no puede pasarse por alto la actuación de otros organismos, permanentes algunos y otros cíclicos y aun errabundos: la Cámara de Comercio Internacional (CCI), la Comisión Interamericana Especializada de Derecho Internacional Privado (CIDIP) y algunos otros.

Amplísimo es el elenco de tratados y de leyes modelo en materia mercantil, y prueba de ello es que su texto ocupa varios volúmenes. Baste decir, por ahora, que abarcan los aspectos societario, cambiario, crediticio, arbitral, marítimo, aéreo, terrestre, espacial, electrónico, autoral, contractual, de la propiedad industrial, etc. A algunos de ellos se hará referencia en posteriores capítulos de este libro.

1.4.4 bis La globalización del derecho mercantil

Con tal expresión se ha llegado a entender la inexorable tendencia unificadora, de corte internacional, sobre las expresiones jurídicas del comercio, como inevitable consecuencia también de la creciente internacionalización del comercio.

Muestra de ello es la proliferación de los tratados internacionales sobre los más diversos aspectos del comercio, algunos de los cuales ya se han mencionado y otros más se examinarán más adelante en este libro.

Mediante tal unificación legislativa internacional, los comerciantes, a través de los gobiernos, han venido logrando superar las serias dificultades que en otros tiempos plantearon los diversos esquemas legislativos nacionales, que, como era lógico, fatalmente reflejaban la preponderancia de las leyes vigentes en los países de residencia de la parte fuerte en los contratos.

Mas actualmente, como ya se ha dicho y se repetirá en lo sucesivo, esta globalización internacional del derecho mercantil tiene importantes manifestaciones en las diversas y también numerosas *leges mercatorias*, algunas de las cuales gradualmente vienen adoptando la forma de verdaderos tratados internacionales.

Se ha dicho⁵⁹ que la globalización se manifiesta en tres dimensiones principales, que son la económica, la técnica y la política, pero tal vez sería necesario tener muy presente la jurídica, que dicha autora no menciona, a la que tal vez no fuera un atrevimiento calificar como principal, pues no cabe duda de que los esquemas económicos, como los técnicos y principalmente los políticos, se plasman en leyes, reglamentos y demás manifestaciones consignadas en textos legales. Pero es el caso que en todas ellas se aprecia un movimiento impersonal de inversiones, mercancías y dinero, en gran medida acaparados, a escala internacional, por los tenedores del capital financiero, lo que en verdad resulta preocupante, pues la globalización conduce a la disfuncionalidad de las instituciones en sus términos más amplios.

Y los hechos de los últimos tiempos parecieran dar la razón a la autora. En efecto, los vaivenes financieros se han hecho sentir, primeramente en el país considerado como el de la más sólida y segura economía, cuyas entidades financieras más poderosas han sido, en su mayoría, víctimas de su voracidad, lo que las ha arrastrado a la quiebra, y tras de ellas a las similares empresas de otros países del mundo, en razón de sus vínculos con las primeras.

Todavía dentro del panorama socioeconómico de fines del siglo xx, **Padua González** critica, con severidad, las medidas financieras internacionales, y en especial las adoptadas por los sectores gubernativos competentes, incluida la SCJN, a la que censura los amparos concedidos en 1998 a los bancos en cuanto prestamistas de fondos blindados con un reprochable criterio de anatocismo, que también ha reprobado el autor de este libro.⁶⁰

⁵⁹ **María Eugenia Padua González**, *México en el umbral del siglo xxi. Los efectos de la globalización*, Editorial Fontamara, México, 1999, págs. 11 y siguientes.

⁶⁰ *Títulos y operaciones de crédito*, 4a. ed., Iure Editores, México, 2011, págs. 317-323.

UNIDAD 2

El acto de comercio

2.1 Actos y hechos jurídicos

No hay consenso acerca del verdadero significado jurídico de ambos vocablos. El parecer mayoritario se inclina por estimar que los hechos, en sentido lato, son el género, cuyas dos especies son los actos y los hechos en sentido estricto, a condición, en todo caso, de que tengan consecuencias jurídicas.

De ese modo, se afirma que los actos jurídicos son fruto de la voluntad humana desplegada con la intención de producir consecuencias jurídicas. Un buen ejemplo son los contratos.

En cambio, siempre con arreglo a la opinión generalizada, los hechos jurídicos están constituidos por aquellas expresiones que no son fruto de la intención humana, como las conductas involuntarias y los fenómenos naturales. Así, los daños accidentalmente causados a la mercancía transportada en un vehículo de servicio público, o los causados por una erupción volcánica.

Con específica referencia al derecho mercantil, es relativamente fácil, hechas las salvedades que más adelante se mencionarán, catalogar un acto como de comercio; a un hecho, en cambio, no es dable atribuirle tal carácter, sino sólo a sus consecuencias, por la sencilla razón de que en él, como ya se dijo, está ausente la voluntad humana. Nadie podría pretender que los daños involuntariamente causados por una persona a un edificio constituyen un acto de comercio, como tampoco lo serían los causados por un terremoto, pero en cambio sí lo son las consecuencias para la empresa aseguradora del inmueble, que en ambos casos deberá hacer frente a su obligación, ésta sí comercial, de cubrir el importe del daño.

Además, como pronto se verá, en nuestro sistema jurídico los actos de comercio constituyen el núcleo del derecho mercantil.

2.2 Concepto de acto de comercio según criterios objetivo y subjetivo

En su lugar (*supra*, 1.1.1), al verter diversos conceptos de derecho mercantil, se hizo una obligada referencia a los resultantes de los sistemas objetivos de origen napoleónico y a los derivados de los sistemas subjetivos empresariales, como el proclamado por el Código de Comercio alemán, en vigor a partir del 1 de enero de 1900, y se apuntó el carácter puramente formalista de ambos, que fatalmente hacen referencia, directa o indirecta, a la realización de ciertos actos a los que las leyes atribuyen calidad intrínsecamente comercial, o bien la hacen derivar de los sujetos que los realizan.

De esta suerte, es necesario dejar precisado que no ha sido posible encontrar un concepto verdaderamente jurídico de acto de comercio, a pesar de los numerosos y autorizados intentos de lograrlo, según se demostrará a continuación.

Como se recordará, el derecho mercantil surgió y se mantuvo con un carácter marcadamente subjetivo hasta principios del siglo XIX, en que el Código de Comercio francés de 1807, que en lo sustancial conserva vigencia, vino a *objetivizar* el comercio y con ello dejar sentado que ciertos actos (arts. 632 y sigs.) deberían reputarse mercantiles *per se*, vale decir, independientemente de que quien los realice sea o no comerciante, y, por el contrario, atribuye la calidad de comerciantes a quienes realicen "... actos de comercio y hacen de ello su profesión habitual" (art. 1o.).

Las armas napoleónicas, por una parte, y la autoridad de los tratadistas franceses por la otra, fueron parte a la enorme influencia que dicho Código ejerció en las legislaciones de la Europa continental y de la América es-

pañola y portuguesa. Ahora bien, puesto que, con la salvedad de la ya citada germánica, todas las demás se ubican, por ahora, dentro del campo objetivo, como la mexicana, pues refieren la mercantilidad al acto de comercio y no a la empresa o al comerciante, como en cambio sí lo hace el Código alemán, y no suministran un concepto del mismo, pues la mayoría se limita a consignar un elenco simplemente enumerativo, los conceptos doctrinales y jurisprudenciales fatalmente incurren en el formalismo ya apuntado a propósito del concepto de derecho mercantil.

Se han vertido, ciertamente, conceptos interesantes, pero todos ellos resultaron incompletos, según se verá a continuación.

Uno de los más conocidos es el de **Rocco**, a quien, tras de analizar el art. 3o. del *C.Com.* italiano de 1882, semejante, por cierto, al 75 del *C.Com.* mexicano, pareció, examinada la relación de actos de comercio que contenía dicho ordenamiento, que en todos ellos se daba la nota común de la interposición en el cambio, o por lo menos el propiciamiento de dicha interposición; y ya por ese camino, encontró que la interposición se da en cuatro sectores de la actividad económica, a saber: de *bienes* en general, como en la compraventa; de *servicios*, como en los contratos de obra; del *crédito*, como en los contratos bancarios; de los *riesgos*, como en los contratos de seguro.¹ Con tales elementos elaboró el concepto que se expresará más adelante (*infra*, 2.3.1).

En cuanto a los actos que facilitan la interposición, a juicio de este autor son los consignados en los títulos de crédito y los depósitos en almacenes generales, entre otros.

Bien elaborada y todo, tal construcción prontamente encontró detractores. Actos hay, en efecto, que son de comercio y que no realizan o facilitan la interposición en el cambio; así, la expedición de una letra de cambio o de un pagaré para cubrir una deuda civil. Con otros, en cambio, se realiza o a lo menos se facilita la interposición y no son de comercio, como la contratación del personal de una empresa, de obvio carácter laboral, a pesar de que dicho personal será el que le permita colocar sus productos o servicios y, por tanto, el que le facilite la interposición.

Aunque los más reputados mercantilistas mexicanos del siglo xx admitieron la imposibilidad de llegar a un concepto unitario y jurídico del acto de comercio, un doctrinario, que no fue propiamente mercantilista, **Daniel Kuri Breña**, nos dejó el siguiente concepto, impregnado, como fácilmente se apreciará, de una concepción *economicista*: “Los actos de comercio, que constituyen la materia mercantil, podemos definirlos como aquellos que tienen por

¹ *Principios de derecho mercantil*, Editora Nacional, México, 1960, págs. 200 y siguientes.

fin la producción, la circulación y el cambio de bienes y servicios económicos con fines de mercado”, y aclaró que con estas últimas palabras debe entenderse que no se trata de “... satisfacer una necesidad propia, sino ajena”.

Es el momento, pues, de examinar los criterios subjetivos del acto de comercio, que, originalmente aportados por tratadistas alemanes como **Heck** y **Wieland**, prontamente compartidos en Italia por **Mossa**, y en México por **Rodríguez Rodríguez**,² en realidad se limitan a uno: son los actos realizados en masa por empresas.

Conviene aclarar que la posición del citado **Rodríguez Rodríguez** no podría encontrar soporte en el *C.Com.*, y sólo se explica a la luz del poderoso influjo de la doctrina y de la legislación alemanas en dicho tratadista español, afincado en México durante sus últimos años.

Empero, sobre esta moderna corriente subjetivista del derecho mercantil, véase *supra* 1.1.2.2.

Mas este criterio subjetivo, sustentado sólo en la actividad del comerciante empresario, muestra también un punto débil, cual es el relacionado con los títulos de crédito, mismos que, como es bien sabido, han venido escapando a cualquier intento encasillador, pues como es perfectamente sabido, pueden ser empleados por cualquier persona física o moral, aun carente del calificativo de comerciante, e incluso formar parte de actos puramente civiles, como lo sería el pago, mediante cheque, de la renta de un inmueble conforme a un contrato de arrendamiento puramente civil, o el pago de la aportación al capital de una sociedad civil, de una pensión alimenticia y demás actos regulados por las leyes civiles.

Por lo que se refiere al citado concepto subjetivo de **Heck**, **Wieland**, **Mossa** y **Rodríguez Rodríguez**, muestran también un aspecto de exceso, pues prácticamente toda empresa celebra contratos colectivos del trabajo, que son actos en masa, pero de ninguna manera mercantiles.

Finalmente, y sin restar mérito alguno a los anteriores conceptos, parece aconsejable establecer como corolario de todo lo expuesto, que el acto de comercio presenta tres características propias, a falta de cualquiera de las cuales no podría predicarse tal caracterización. Helas aquí:

- **Interposición**, por manera que todo comerciante, incluso en calidad de prestador de servicios, adquiere algo para relocalarlo; modernamente se califica de insumos estos elementos que les servirán para su reventa, o bien para combinarlos y obtener un resultado final, que será precisamente su mercancía.

² *Derecho mercantil*, t. I, 4a. ed., Editorial Porrúa, México, 1960, págs. 8 y siguientes.

- **Masividad**, puesto que uno o varios actos aislados no permitirían atribuirles mercantilidad. Aquí, indudablemente, debe admitirse el influjo de la calidad empresarial del comerciante, que también lleva implícita la reiteración de su profesión habitual.
- **Lucro**, vale decir, el propósito de obtener ganancia mediante la intermediación y habitualidad de sus actos. Es evidente que no cabría el atributo de mercantilidad a operaciones con las que no se persigue lucro o ganancia, más propias de una entidad de beneficencia o puramente civil, que también asumirían carácter empresarial, pero no mercantil.

2.3 Clasificación de los actos de comercio

2.3.1 Actos de intermediación en el cambio

Antes (*supra*, 2.2) se reseñó la opinión de **Rocco**³ en cuanto al carácter comercial de los actos de intermediación en el cambio. Pues bien, el propio tratadista italiano planteó una cuádruple clasificación de tales actos, que a continuación se expondrá en concordancia con el art. 75 del *C.Com.* mexicano:

- De interposición en el cambio de bienes (fracs. I y II).
- De interposición en el cambio de servicios (fracs. VI, VIII, X, XI, XII y XIII).
- De interposición en el cambio del crédito (frac. XIV).
- De interposición en el cambio de los riesgos (frac. XVI).

De los actos que facilitan la interposición en el cambio, son ejemplos las fracs. XV, XVII y XVIII.

2.3.2 Actos lucrativos

Aquí, en cambio, la nota de mercantilidad está dada por el propósito de ganancia en la realización del acto. Parece que no ofrece mayor dificultad el entender que lucro o ganancia es la diferencia entre el precio de adquisición o el valor intrínseco de un bien y el precio de su enajenación, pero es necesario aclarar que este acto de enajenación, para adquirir carácter comercial, debe ser masivo o reiterado, esto es, debe constituir una actividad habitual del

³ *Derecho...*, *cit.*, págs. 196 y siguientes.

sujeto, que con ello, dicho sea de paso y anticipadamente, adquirirá el carácter de comerciante.

Buenos ejemplos de estos actos de comercio por el propósito de lucro que los colorea, se encuentran en las fracs. I y II del multicitado art. 75 del *C.Com.*, que acertadamente exigen la habitualidad, mediante la expresión “especulación comercial”, sobre la cual se volverá (*infra*, 2.4).

2.3.3 Actos masivos por su realización

Volvemos a ubicarnos en presencia de las empresas comerciales. Es necesario subrayar que debe tratarse precisamente de empresas de tal naturaleza, esto es, dedicadas al ejercicio del comercio.

Aclaración ésta pertinente, por cuanto es correcto hablar de empresas civiles, como lo son el bufete de un abogado, el consultorio de un médico o el estudio de un arquitecto, todos los cuales se desenvuelven en el mundo civil, pues el ejercicio de una profesión universitaria no constituye un acto de comercio.

Mas aun en el ámbito de los actos de comercio, resulta claro que no todos son aptos para atribuir a quien los celebra el carácter de comerciante —*rectius*, empresa mercantil—. Así, la reiterada operación con títulos de crédito (letras de cambio, cheques, pagarés) por un médico en ocasión de su actividad profesional, no lo convertirá en comerciante.

De ese modo, para que una empresa se considere mercantil (cuyo concepto se expondrá *infra*, 5.1), debe realizar actos de comercio como actividad propia de su giro y no tangencial. Se trata, en resumen, de los actos previstos por las fracs. V a XI del art. 75 del *C.Com.*, en las que incluso se emplea el vocablo “empresas”. Así pues, conforme a la corriente subjetivista del derecho mercantil, antes mencionada y comentada, son actos de comercio los realizados en masa por este tipo de empresas, además de otros no empresariales.

2.3.4 Actos practicados por empresas

Y no cabe duda de que los actos a que se refieren las citadas fracs. V a XI del art. 75 del *C.Com.*, responden, por una parte, a la usual noción económica del comercio —operaciones reiteradamente celebradas con mercaderías, y con servicios, en busca de una ganancia—, sino también a la acepción que suministra el diccionario académico: “Negociación que se hace comprando y vendiendo o permutando géneros o mercancías”.

Empero, es necesario dejar aclarado que estos actos masivos de empresas tienen carácter comercial precisamente porque en ellos se surten ambos supuestos, la masividad y la calidad empresarial del sujeto, pues, en cambio, aislada u ocasionalmente realizados por un no comerciante, se mantienen dentro del plano civil. Así, un abasto aislado, una construcción ocasional realizada por un arquitecto y los demás actos previstos por las citadas fracs. V a XI del *C.Com.*, celebrados en la misma forma aislada, no bastan, por sí solos para atribuir a los otorgantes el carácter de empresarios.

2.4 Descripción de los actos de comercio contenidos en el artículo 75 del *Código de Comercio* y en otras disposiciones legales

En razón de lo expuesto, apenas si hace falta encarecer la importancia y trascendencia del elenco de actos de comercio consignados en el art. 75 del *C.Com.*, pues en ellos reside la mercantilidad de nuestro sistema jurídico. Sin embargo, es necesario subrayar la circunstancia de que tal enumeración no es taxativa, pues, por una parte, la frac. XXV califica de mercantiles: “Cualesquiera otros actos de naturaleza análoga a los expresados en este Código”, y añade que: “En caso de duda, la naturaleza comercial del acto será fijada por arbitrio judicial”; por otra, ante la calificación de mercantiles que otras leyes otorgan a ciertos actos, según se verá más adelante.

Antes de examinar el contenido del multicitado precepto, no es ocioso apuntar las críticas que algunos comentaristas le han enderezado:

- El vocablo “empresa”, que se emplea en varias de las fracciones, no tiene una connotación jurídico-mercantil (*infra*, 5.1), aunque sí jurídico-económica y jurídico-laboral.
- Las empresas no son actos de comercio, sino en el más lato de los sentidos, personas físicas o jurídicas.
- Consigna un anacronismo (XVI) y dos inexactitudes (XIX y XXIII), que más adelante se precisarán.

Sin que ello se entienda como una justificación, lo anterior se explica con sólo dar cuenta de que la enumeración de actos de comercio está casi literalmente copiada del art. 3o. del viejo Código de Comercio italiano de 1882, que a su vez la había tomado del francés de 1807.

He aquí pues, sucintamente, expuesto, el contenido del tantas veces citado art. 75, que reputa mercantiles:

- Las operaciones que recaigan sobre servicios o bienes muebles, cuando se verifiquen con el “propósito de especulación comercial”, vale decir, el de obtener provecho mediante la reiteración de los mismos actos (frac. I).
- Si se trata de inmuebles, las compraventas que se realicen con las mismas características (frac. II). Conviene hacer notar que, por cuanto aquí no se mencionan los alquileres, algunos doctrinarios mexicanos (**Barre-ra Graf**,⁴ **Francisco Lozano Noriega**)⁵ sostienen que el arrendamiento de inmuebles no puede tener carácter comercial, opinión que con acierto ha sido refutada por **Mantilla Molina**,⁶ quien afirma que el simple silencio legal no debe entenderse como rechazo de la mercantilidad y, además, la frac. XXIV (hoy XXV) del precepto que se examina obliga a atribuir comercialidad a contratos de arrendamiento inmobiliario cuando en ellos se surta alguno de los supuestos consignados en las demás fracciones aplicables del propio art. 75. Como ejemplo podría citarse el de un arrendamiento celebrado entre una empresa inmobiliaria como arrendadora y un banco en calidad de arrendatario de cierto local destinado a la realización de sus actividades crediticias.

El mismo criterio de absoluta mercantilidad de este contrato ha sido resuelto en la contradicción de tesis 76/96, que constituye la tesis de jurisprudencia 63/98, aprobada por la Primera Sala de la SCJN el 18 de noviembre de 1998, con lo cual quedó definitivamente establecido que cualquier controversia derivada de un contrato de arrendamiento de inmuebles debe tramitarse en la vía mercantil.

- Las compraventas de partes sociales o acciones de sociedades mercantiles (III). Parece que también deben tener carácter comercial, por analogía, otras operaciones sobre estos instrumentos, tales como el usufructo o el comodato, como ya lo tienen el reporto y la prenda (arts. 1o., 259 y 334, *LGTOC*), así como el depósito (art. 332, *C.Com.*).
- Las operaciones que recaigan sobre papel crediticio estatal (certificados de la Tesorería, bonos de deuda oficial y otros) y, en general, sobre títulos de crédito de toda especie (IV), esto último confirmado por el art. 1o. de la *LGTOC*.
- Los contratos celebrados por empresas dedicadas al abasto y al suministro, en la inteligencia de que, conforme a su castiza acepción, por abasto debe entenderse el aprovisionamiento de víveres y, por suministro, el contrato por virtud del cual el suministrante se obliga a proveer al

⁴ *Tratado de derecho mercantil*, vol. I, 22a. ed., Editorial Porrúa, México, 1957, pág. 119.

⁵ *Cuarto curso de derecho civil. Contratos*, 4a. ed., Asociación Nacional del Notariado Mexicano, México, 1986, págs. 281 y siguientes.

⁶ *Derecho mercantil*, 22a. ed., Editorial Porrúa, México, 1982, págs. 66 y 67.

suministratario, en forma periódica o continua, ciertos bienes o servicios (V).

- Los contratos de obra y de prestación de servicios habitualmente celebrados por empresas dedicadas a la construcción de edificaciones o de bienes muebles, si bien gran parte de tales contratos no encuentra regulación en las leyes mercantiles, luego supletoriamente se regirán por las disposiciones respectivas del *C.Civ.* (VI).
- Los contratos cotidianamente celebrados por negociaciones industriales y manufactureras de todo tipo, relativos, naturalmente, a la actividad propia de su giro (compras, ventas, suministros, maquilas, etcétera) (VII).
- Los contratos de transporte de personas y de carga, así como los que recaigan sobre cualquier otro aspecto turístico, en ambos casos celebrados por empresas a ello dedicadas (VIII). Es necesario aclarar: *a)* que aunque el *C.Com.* sólo hace referencia al transporte terrestre y al marítimo, así como al fluvial (art. 576), por obvias razones deben calificarse también como actos de comercio los contratos de transporte aéreo, igualmente de personas y de cosas, previstos en la *Ley de Aviación Civil*; *b)* que también es mercantil el contrato de transporte no celebrado por empresa transportistas o por agencias de viajes: “Cuando tenga por objeto mercaderías o cualesquiera efectos de comercio” (art. 576-I).

En cuanto a la expresión “empresas de turismo”, parece que no hay duda sobre qué debe entenderse en su más amplio alcance moderno, pues la actividad turística abarca hoy día aspectos impensados por nuestro legislador de fines del siglo XIX: reservaciones, organizaciones de congresos, *paquetes* turísticos, etcétera. Especial mención merece, por ahora, la actividad hotelera que, en su expresión más simple, supone la celebración del contrato de hospedaje previsto por el *C.Civ.* en sus arts. 2666 a 2669, como uno más de sus contratos de prestación de servicios.

Ahora bien, la verdad es que con este contrato ocurre lo que con muchos otros previstos y regulados por el ordenamiento civil, no así por el mercantil, a pesar de que han sido desplazados como expresiones civiles, pues no requiere demostración el hecho de que esta forma contractual ha pasado a ocupar un importante lugar en la vida del comercio, dada la naturaleza mercantil de las empresas que lo celebran. A estas alturas, pues, y en tanto se mantenga la actual carencia de regulación mercantil, a este contrato deberán aplicarse las escasas disposiciones contenidas en el *C.Civ.* que acuciosamente examina **Jorge Domínguez Martínez**.⁷

⁷ *Derecho civil. Teoría del contrato. Contratos en particular*, tercera edición, Editorial Porrúa, México, 2007, págs. 638 a 643.

- Los contratos celebrados por las empresas librerías, editoras y tipográficas como parte de sus respectivas actividades (IX): compraventa, edición (previsto por la *Ley Federal del Derecho de Autor*), impresión y suministro. Por analogía, deben quedar incluidos aquí los contratos de producción audiovisual, los publicitarios y los relacionados con programas de computación, previstos por la misma *LFDA*.
- Una muy variada congerie de relaciones jurídicas, todas ellas comerciales, rodean la actividad de empresarios que actúan en representación de otras personas, o bien para promover la colocación de bienes o servicios de terceros, o, por último, que por encargo de otros operan como mediadores en la venta de objetos mediante mecanismos de pública almoneda o subasta. Se trata, en resumen, de los contratos de agencia, representación y consignación, los primeros de ellos calificados como agencias de colocación, publicado en el *DOF* el 3 de marzo de 2006. Pero además, son también actos de comercio —según la defectuosa expresión del *C.Com.*— las empresas de comisiones, así como las “oficinas de negocios comerciales, las casas de empeño, —según adición al *C.Com.*, publicada en el *DOF* el 6 de junio de 2006— y los establecimientos de ventas en pública almoneda” todos los cuales han venido adquiriendo gran importancia en los últimos tiempos (X). Un buen botón de muestra de estos contratos es el que cotidianamente celebran las llamadas *agencias de colocación*, cuyas actividades están previstas por el *Reglamento de Agencias de Colocación*, publicado en dicho órgano oficial, cuyo art. 2o. prevé la existencia de agencias de colocación con fines lucrativos, por lo que resulta indudable la calidad mercantil de dichas empresas.
- Son tan variados, y de tan diversa naturaleza, los espectáculos públicos en el mundo moderno —culturales, artísticos, musicales, deportivos, científicos, circenses, teatrales, cinematográficos, etc.—, que necia pretensión sería la de intentar siquiera su abreviado examen. Pues bien, naturaleza comercial habrán de tener todos los contratos relacionados con la organización y presentación de tales espectáculos, excluidas, claro está, las relaciones laborales y las puramente civiles (XI).
- La comisión mercantil no es más que el “mandato aplicado a actos concretos de comercio... Es comitente el que confiere la comisión mercantil, y comisionista el que la desempeña” (art. 273, *C.Com.*). Es éste uno de los casos en que lo accesorio —el mandato, que es un contrato civil— sigue la suerte de la relación principal —el acto o actos concretos de comercio encomendados al mandatario—, con lo cual asume carácter comercial y adopta el nombre de *comisión mercantil*. Aquí no hace falta la actuación de una empresa dedicada al desempeño de comisiones, como

se apuntó al comentar la frac. X; una sola comisión, incluso encomendada a un no comerciante, tiene naturaleza mercantil (XII). Pero además, una reforma al texto de la citada frac. X no deja lugar a dudas sobre la naturaleza mercantil de estos contratos y de las empresas dedicadas a celebrarlos: “Las empresas..., de comisiones, de agencias...”.

- La simple mediación en operaciones de comercio, quienquiera que la realice, es también de índole mercantil. Tal hacen, por ejemplo, las empresas prestadoras de servicios de asistencia, que en realidad son mediadoras entre los prestatarios y los verdaderos proveedores de los servicios hospitalarios, de remolque, de reparación, de transporte, etcétera (XIII).
- Las instituciones bancarias prestan un cúmulo de servicios financieros ampliamente conocidos: depósitos de dinero y de otros bienes muebles, préstamos, fideicomisos, garantías y algunos otros previstos en la *Ley de Instituciones de Crédito*: todos ellos son actos de comercio. Pero además, operan buenas razones de analogía para concluir que el mismo carácter mercantil tienen los actos realizados por las entidades parabancarias, legalmente conocidas como auxiliares del crédito. Tales son los almacenes generales de depósito, las arrendadoras financieras, las uniones de crédito, las empresas de factoraje financiero y las casas de cambio (arts. 3o. y 81 de la *Ley General de Organizaciones y Actividades Auxiliares del Crédito*) (XIV).
- En cuanto a la actividad marítima, lacustre y fluvial, todos los contratos que con ella guarden relación (transporte de personas y de cosas, arrendamiento de buques, remolque, hipoteca marítima y fletamento), en este caso provistos por la *Ley de Navegación*, configuran actos de comercio (XV).
- Si bien la mercantilidad del contrato de seguro está condicionada por su operación empresarial, es necesario precisar que, a partir de la vigencia de la hoy conocida como *Ley General de Instituciones y Sociedades Mutualistas de Seguros* (31 de agosto de 1935), y atento a lo dispuesto por su art. 5o., los seguros de toda especie sólo pueden ser operados por empresas autorizadas al efecto por la SHCP, de donde resulta que todo contrato de seguro configura un acto de comercio, incluso los realizados con las sociedades mutualistas reguladas por la citada *LGISMS* (XVI).
- Cualquier depósito de cosas destinadas a su comercialización, o que se efectúe con motivo de uno o más actos de comercio (art. 332, *C.Com.*), es también mercantil (XVII).
- Igualmente son actos de comercio los depósitos en los almacenes generales de depósito, así como la expedición y operación de los certificados

de depósito y los bonos de prenda a que se refieren los arts. 11 y sigs. de la *LGOAAC*, así como 229 y sigs., *LGTOC* (XVIII).

- Los cheques y las letras de cambio, en cuanto títulos de crédito, son, por una parte, cosas mercantiles, y, por ende, reclaman también el mismo carácter comercial para los actos de su emisión, suscripción, aval, endoso, etc.; todo ello está dispuesto así por el art. 1o. de la *LGTOC*. El mismo carácter tienen las remesas de dinero entre plazas diferentes, que además suelen documentarse en títulos de crédito y, modernamente, en forma electrónica (XIX).
- Mas en la vida del comercio existen otros títulos de crédito, como los pagarés, las obligaciones, los certificados de participación, los conocimientos de embarque y otros documentos de dudosa naturaleza cambiaria, como las cartas de porte, las guías aéreas, las órdenes de pago empleadas por algunas empresas y por oficinas gubernativas, que merecen el calificativo de valores, todos los cuales se encuadran como actos de comercio. Aquí el *C.Com.* proclama una presunción *iuris tantum* en torno a “las obligaciones de los comerciantes”, a menos que se demuestre que no son actos de comercio; tales podrían ser las de orden fiscal, civil o administrativo (XX).
- Otra presunción de mercantilidad, también sujeta a la demostración de que se trata de relaciones esencialmente civiles, es la que impone tal sello a: “Las obligaciones entre comerciantes y banqueros”. Desde luego, este último vocablo ha de entenderse en su acepción jurídica y no genérica, esto es, como instituciones de crédito, no así en el sentido de “funcionarios bancarios”, a los que suele calificarse de “banqueros” (XXI).
- Resulta obvio, y por ello innecesario que lo aclare el *C.Com.*, que los actos de los factores y dependientes de los comerciantes, en el ejercicio de sus funciones como auxiliares de estos últimos, son también actos de comercio, pues las realizan por cuenta, y, en la inmensa mayoría de los casos, en nombre de sus principales (XXII).
- Aunque **Barrera Graf**⁸ ha sostenido que se trata de un dislate legal, todas las enajenaciones que de los productos de su finca o parcela agrícola hagan sus propietarios, ejidatarios o medieros, son actos de comercio (XXIII), por lo que es dudosa la validez de su afirmación en el sentido de que los contratos respectivos “... están regidos por el derecho civil y no por el mercantil”.

⁸ *Tratado...*, cit., págs. 110-112; *Instituciones de derecho mercantil*, 3a. reimp., Editorial Porrúa, México, 1999, pág. 2.

- En forma tan tardía como innecesaria, a mediados del año 2000 nuestro legislador se preocupó por repetir lo que desde 1932 dispone la *LGTOC* en su art. 1o., que las operaciones de crédito previstas en dicha Ley son actos de comercio (XXIV).
- Como era de esperarse, y así se expresó con anterioridad, el citado elenco de actos comerciales no es exhaustivo: el mismo carácter tienen los demás “actos de naturaleza análoga a los expresados en este Código” y, “En caso de duda, la naturaleza comercial del acto será fijada por arbitrio judicial”.

Tal arbitrio, por supuesto, no puede ser libre e ilimitado, sino fundado y motivado en la analogía establecida por el respectivo precepto, según criterios que se consignarán más adelante (XXV).

Ahora bien, actos hay cuya mercantilidad resulta de lo expresa o tácitamente previsto en otras leyes:

- Así, los elementos de la llamada *propiedad industrial* —marcas, patentes, nombres, avisos comerciales y denominaciones de origen—, que son “cosas mercantiles”, como lo consideraba el *proy. C.Com.* (art. 45-III), y así se infiere de lo previsto en el art. 6o.-IX de la *LPI*, al precisar que los procedimientos arbitrales que se incoen ante el IMPI (Instituto Mexicano de la Propiedad Industrial) se ventilarán “de conformidad con las disposiciones contenidas en el Título cuarto, del Libro Quinto, del *Código de Comercio*”, que, como es bien sabido, sólo son aplicables cuando las controversias derivan de actos o contratos mercantiles.
- También configuran actos de comercio los relacionados con la explotación de concesiones mineras, pues: “Los actos, contratos y convenios relativos a la transmisión de la titularidad de concesiones o de los derechos que de ellas deriven, al igual que las controversias que se susciten con motivo de los mismos, se sujetarán en lo no previsto por la presente Ley a las disposiciones de la legislación mercantil” (art. 23 de la *Ley Minera*).
- Las empresas o negociaciones lucrativas son también cosas mercantiles, y así las catalogaba también el *proy. C.Com.* (art. 4o.-II), luego su enajenación como unidad —en la práctica suele emplearse el vocablo *traspaso* cuando se efectúa voluntariamente— también asume calidad mercantil, como es el caso de la prevista por el art. 211 de la *LCM*.
- Por lo que se refiere a los títulos de crédito, tampoco puede haber duda sobre su mercantilidad y sobre la de los actos que en ella recaigan: “Son cosas mercantiles los títulos de crédito. Su emisión, expedición, endoso, aval o aceptación, y las demás operaciones que en ellos se consignent,

son actos de comercio” (art. 1o., *LGTOC*); en cuanto a las sociedades, su mercantilidad está dada por la forma en la que se constituyan: “Se reputarán mercantiles todas las sociedades que se constituyan en alguna de las formas reconocidas en el art. 1o. de esta ley” (art. 4o., *LGSM*).

En una postura tal vez demasiado original, **Barrera Graf**⁹ afirma que ciertos hechos asumen también carácter mercantil, como el transcurso del tiempo, en los casos de caducidad y de prescripción en materia mercantil, o el acaecimiento de fenómenos naturales como terremotos, inundaciones y otros, en cuanto producen también efectos sobre ciertos contratos de comercio.

Evidentemente, no es fácil encontrar un racional fundamento a tamaña información, en razón de que un fenómeno de la naturaleza o el simple transcurso del tiempo no puede asumir, por sí solo, naturaleza jurídica alguna; son sus consecuencias materiales las que eventualmente pueden tener repercusiones jurídicas, civiles o mercantiles, pero también laborales e incluso administrativas.

2.5 Relatividad de los actos mixtos

Como se ha visto, una gran parte de los actos de comercio está referida a su operación por empresas (de abastecimientos, de construcciones, de espectáculos, etc.), pero numerosos doctrinarios (en nuestro medio **Barrera Graf**¹⁰ y **Mantilla Molina**)¹¹ han venido estimando que tal mercantilidad no alcanza a su contraparte, cuando ésta no tiene a su vez calidad empresarial y adquiere los bienes o servicios para su uso, consumo o satisfacción personal. Queda así confeccionada esa amplísima congerie de los llamados *actos mixtos* o *unilateralmente mercantiles*, por estimar que para dicha contraparte tienen naturaleza civil.

Por otra parte, la existencia de tales actos que participan de la doble naturaleza civil-mercantil resulta claramente prohijada por el art. 1050 del *C.Com.*, en cuanto dispone que: “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”, lo cual, por supuesto, en modo alguno implica el atribuir naturaleza mercantil a la relación, sino carácter mercantil al procedimiento judicial, por lo que no es fácil compartir la opinión en contrario de **Barrera Graf**,¹² quien opina que el citado

⁹ *Instituciones...*, cit., pág. 70.

¹⁰ *Tratado...*, cit., págs. 147-149.

¹¹ *Derecho...*, cit., págs. 72-73.

¹² *Instituciones...*, cit., pág. 5.

precepto considera dichos actos mixtos como mercantiles para las dos partes.

Mucho habría que decir sobre los inconvenientes que plantea tal dualidad, que, en principio, es contraria a la lógica jurídica, como lo ha dicho **Rodríguez Rodríguez**,¹³ para quien es absurdo pretender que el mismo acto o contrato sea mercantil para una de las partes y civil para la otra.

Recuérdese, en efecto, que, aunque pocas, la teoría civil del contrato presenta ciertas diferencias con la mercantil, de modo especial a falta de estipulación —plazos de entrega, constitución de la mora, intereses legales y algunas otras—, lo que llevó al legislador español a proclamar que: “Los actos de comercio, sean o no comerciantes los que los ejecuten, y estén o no especificados en este Código, se regirán por las disposiciones contenidas en él; ...” (art. 2o., *C.Com.* español). En el mismo sentido se pronunciaba el *proy. C.Com.*: “Los actos que sólo fueren mercantiles para una de las partes, se regirán por las disposiciones de este Código;...” (art. 5o.).

Si es lamentable que nuestro legislador no se haya decidido a adoptar tal criterio sustantivo, en cambio es plausible que lo haya adoptado adjetivamente, según se expresó con anterioridad.

Pero de ese modo el absurdo tal vez sea mayor, pues da lugar a que la parte que supuestamente ha realizado el acto civil, enmarcado por tanto en el derecho común, procesalmente se vea obligada a involucrarse en el fuero federal del comercio, que no le corresponde, a lo menos en teoría.

Tal absurdo, empero, se atenúa a la vista de la supletoriedad del *Código Federal de Procedimientos Civiles*, proclamada por el art. 1054.

2.6 Comentario crítico

A menos que nuestro legislador decidiera seguir el ejemplo de los sistemas jurídicos italiano, suizo y brasileño, así como del proyecto argentino, y opte por la unificación del derecho privado de las obligaciones —lo que por ahora parece lejano—, nuestro derecho positivo mercantil clama por una radical actualización, de modo especial en lo que se refiere a la ley más importante, como lo es el *Código de Comercio*, modelado a imagen del ya casi bicentenario código francés, a lo menos en los siguientes aspectos:

- Erradicar el acto de comercio para ubicar a la empresa lucrativa como piedra miliar del derecho mercantil.

¹³ *Derecho...*, *cit.*, pág. 31.

- Suprimir o modernizar anticuados conceptos e instituciones, como el de comerciante (art. 3o.), el anuncio de la calidad mercantil (art. 17), los efectos de la falta de inscripción de actos en el Registro Público de Comercio (arts. 22 y sigs.), la relación de actos de comercio (art. 75), la teoría del contrato mercantil (arts. 77 y sigs.) y la regulación de algunos contratos que no encuentren cabida en otras leyes.

Quintana Adriano¹⁴ se niega a admitir que el acto de comercio es el núcleo de la mercantilidad de todo nuestro sistema comercial y, a pesar de la casi unánime postura de los doctrinarios mexicanos —salvedad hecha de **Rodríguez Rodríguez**—, afirma que el acto de comercio sólo se materializa a través de un sujeto persona física o moral, de donde concluye que nuestro derecho mercantil tiene como eje al comerciante y al acto de comercio, pues al entrar ambos en conjunción “... producen relaciones comerciales sin las cuales tampoco se podría caracterizar el acto de comercio”.

Lo endeble de tal opinión se pone de manifiesto al considerar que numerosos actos son de comercio sin ser realizados por comerciantes, como son los casos de la constitución de una sociedad mercantil por personas físicas no comerciantes, la expedición de un pagaré para documentar una deuda puramente civil entre no comerciantes y muchos otros que, por tanto, escaparían al concepto que vierte esta autora.

¹⁴ *Ciencia del derecho mercantil*, Editorial Porrúa-UNAM, México, 2002, pág. 210.

UNIDAD 3

El comercio electrónico

3.1 Definición

En verdad, no existe una definición de comercio electrónico, pues, como ahora es bien sabido, implica el empleo de medios electrónicos, ópticos o de cualquier otra tecnología (art. 89, *C.Com.*), terminología que, apenas si hace falta apuntarlo, adolece de dos defectos: *a)* empleo de vocablos técnicos carentes del menor significado jurídico; *b)* consecuente extrema vaguedad, ante la fatal ausencia de una relación, por mínima que fuera, de tales medios electrónicos, de los ópticos y de los demás involucrados en las modernas tecnologías. En tales condiciones, la apuntada definición está muy lejos de serlo, y ni siquiera podría calificársele de concepto.

De esta suerte, y sólo a guisa de ejemplo, habría que preguntarse por el significado del vocablo *electrónica*, que parece ser el denominador común de estos modernos sistemas de comunicación. Así, por electrónica se entiende la “Ciencia y técnica que se refiere al estudio y aplicación de los fe-

nómenos de conducción eléctrica a través de gases, de semiconductores o en el vacío”.¹

A su vez, **Quintana Adriano**² entiende por comercio electrónico “... todo intercambio de datos que se realiza por medios electrónicos, ópticos o cualquier otra tecnología relacionada estrictamente con la actividad comercial”, concepto que, por supuesto, no puede entenderse literalmente, puesto que, en rigor, no pueden existir tecnologías estrictamente relacionadas con la actividad comercial; es perfectamente sabido que el empleo de todos los medios electrónicos e informáticos se extiende en la actualidad a todas las actividades humanas que requieren de estos implementos digitales, como es también sabido que las susodichas tecnologías no han sido diseñadas o inventadas con un propósito de actividad comercial.

3.2 Naturaleza del comercio electrónico

Como es bien sabido, las actividades del comercio electrónico han alcanzado un alto índice de preferencia y, como buena prueba de ello, los organismos especializados informaron que al finalizar 2008 tal tipo de operaciones alcanzaron, en nuestro país, un importe de 1,621 millones de dólares, contra 955 millones de 2007.

Al pronunciarse sobre este particular, **Quintana Adriano**³ escribe que: “La naturaleza del comercio electrónico puede concebirse como actos de comercio realizados a través de medios electrónicos, ópticos o cualquier otra tecnología”. Es evidente que el empleo de estos modernos mecanismos, hoy día también llamados digitales, no atribuye naturaleza alguna a los actos de comercio que se realizan mediante el empleo de ellos: los actos de comercio seguirán siéndolo cualquiera que sea el mecanismo empleado para su celebración, sin que este último les atribuya naturaleza especial alguna.

Por lo demás, los contratos mercantiles que se celebren mediante empleo de estos novedosos mecanismos habrán de ajustarse, en cuanto a su celebración, a ciertas particularidades, algunas de las cuales se mencionarán más adelante, como son la demostración del perfeccionamiento, el otorgamiento de la firma y la fuerza probatoria de estos documentos electrónicos, mismos que, antes de materializarse en papel o en un disco óptico, se encuentran en una especie de limbo jurídico que los técnicos especialistas llaman *ciberespacio*, sin que acierten a precisar lo que tal vocablo significa, y en especial su ubicación.

¹ *Gran enciclopedia Salvat*, t. 11, Salvat Editores, Barcelona, 2003, pág. 1433.

² *Ciencia del derecho mercantil*, Editorial Porrúa-UNAM, México, 2002, pág. 243.

³ *Ídem*.

También suscita serias complicaciones jurídicas la sola determinación de lo que debe entenderse por *firma electrónica*, máxime que una modalidad de la misma es la llamada *firma electrónica avanzada o fiable*; he aquí el concepto legal de la primera:

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

En cuanto a la segunda, se considera como la “... firma electrónica que cumpla con los requisitos contemplados en las fracciones I a IV del artículo 97”.

Algunos comentarios en torno de estos conceptos se formularán más adelante (*infra*, 3.6 y 3.7).

3.3 Antecedentes

El más remoto antecedente de los sistemas computacionales electrónicos surge en 1834, en que el inglés **Charles Babbage** concibió la idea de una computadora en el sentido moderno de la palabra, misma que estaba programada por una serie de tarjetas perforadas que contenían los datos e instrucciones, que pasaban a través de un dispositivo de *lectura*. **Babbage** planeó su máquina con una *memoria* que almacenaría los números proporcionados por las tarjetas perforadas, junto con las cifras obtenidas en el cálculo.

Posteriormente, en 1890, **Herman Hollerith**, técnico neoyorquino en estadística, comenzó a trabajar en una máquina tabuladora para la oficina del censo de los Estados Unidos de América, lo que permitió que los datos del operado en 1880 se registraran en las tarjetas perforadas, posteriormente *leídas* por calibradores que podían detectar la existencia de las perforaciones y generar las señales eléctricas necesarias. Poco después, en 1896, **Hollerith** fundó la Tabulating Machine Company, que 28 años más tarde constituyó la base de la hoy famosa IBM (International Business Machines).

Finalmente, en 1945, surge la Integradora Numeral y Calculadora Electrónica (ENIAC), que se construyó en la Universidad de Pensilvania, destinada a calcular las tablas de artillería, y encomendada por el Ejército de los Estados Unidos de América; por supuesto, fue muy escasa su contribución al esfuerzo bélico, pues, como se sabe, en ese año concluyó la segunda guerra mundial.

Hoy se le considera como la primera computadora auténtica, si bien utilizaba más de dieciocho mil válvulas termiónicas y tenía que ser programada manualmente, mediante clavijas, a pesar de todo lo cual podía realizar cinco mil sumas o restas por segundo.

Posteriormente, en 1946, surge el concepto de programas almacenados, operado en el Instituto de Estudios Avanzados de Princeton (Nueva Jersey), bajo la dirección de **John von Neuman**. Esta máquina no necesitaba el cambio manual de dirección para cada nuevo tipo de cambio, y recibía instrucciones en forma de números, que almacenaba con los datos.

De ahí en adelante siguieron apareciendo nuevos mecanismos, sistemas y aplicaciones, de los que merece especial referencia la aparición, en 1950, de la primera computadora en serie, que comercialmente fue operada por la ya citada IBM.

Poco es lo que hay que añadir sobre la prodigiosa difusión de estos mecanismos electrónicos, actualmente empleados en la gran mayoría de las actividades humanas, de modo especial las comerciales y profesionales de toda índole, sin olvidar que ya están haciendo su aparición en los hogares y en los automóviles. Por todo ello, resulta válida la afirmación en el sentido de que si la primera revolución industrial (Inglaterra, fines del siglo XVIII) fue de orden mecánico, la segunda (principios del XIX) significó la revolución eléctrica; finalmente, como se acaba de expresar (mediados del siglo XX), hizo su aparición la tercera revolución industrial, en este caso como electrónica, que igualmente había pasado a figurar como la más reciente rama de la física.⁴

3.3.1 De la internet

La internet es en realidad una red de redes, por virtud de la cual todos los usuarios conectados a la red lo están a través de un ordenador que controla una red local formada por un cierto número de ordenadores. El ordenador principal de cada una de estas redes locales, conocido como servidor, forma un nodo —entendido como punto de interconexión entre varias redes—, a su vez conectado con todos los demás servidores del mundo a través de una tupida red de enlaces por línea telefónica, fibra óptica, satélites artificiales y antenas parabólicas.

Esta red fue concebida, en sus inicios, como medio de conexión entre los ordenadores de diversas universidades y empresas de investigación estadou-

⁴ *Inventos que cambiaron el mundo*, 1a. ed., Selecciones del Reader's Digest, México, 1983, págs. 110 y siguientes.

nidenses, con arreglo a un proyecto del Departamento de Defensa a través de la agencia ARPA (Agencia de Programas Avanzados de Investigación).

A la red, creada inicialmente con propósitos militares y de intercambio científico, se fueron adhiriendo universidades, laboratorios y empresas de todo el mundo, hasta crear una red mundial que se abrió a grupos de usuarios cada vez más amplios, con lo que se llegó a la situación actual, en que cualquier persona o entidad puede conectarse a la red.

He aquí los principales servicios que suministra la red:

- La *World Wide Web*, o red de alcance mundial, configura uno de los servicios más importantes, pues en realidad constituye un acervo de ficheros de datos, llamados *páginas web*, que contienen informaciones de interés prácticamente para todo el mundo, en forma de textos, gráficas, vídeos, sonidos, enlaces a otras páginas, etcétera.
- El correo electrónico es también un importante servicio de la red, pues, como es bien sabido, permite transmitir mensajes a todos los usuarios del mundo, a condición de que inmediatamente después del nombre específico del usuario, se emplee el signo de arroba (@).
- Otros servicios son también aprovechables mediante la red. Así, pueden transmitirse ficheros entre dos equipos, mediante el empleo de ciertos protocolos comerciales. Se pueden mantener videoconferencias, entablar diálogos generalmente conocidos como *chats* y otros, sin descontar la práctica de juegos con contrincantes situados en otras partes del mundo.⁵

3.3.2 Del comercio electrónico en el Código de Comercio

Ahora reconocidos los mecanismos electrónicos como medio de contratación, implícitamente el *C.Com.* los ubica dentro de la celebrada entre ausentes, pues así resulta de lo previsto por el art. 80: “Los convenios y contratos mercantiles que se celebren... o mediante el uso de medios electrónicos, ópticos o de cualquier otra tecnología, quedarán perfeccionados desde que se reciba la aceptación... o las condiciones con que ésta fuere modificada”, criterio que también adopta el *C.Civ.* (art. 1807).

Por ello, resulta extraña la circunstancia de que **Arce Gargollo**⁶ mencione, en la octava edición de su libro, aparecida en 2001, como vigente el hoy

⁵ Tomado de *Gran enciclopedia Salvat*, t. 16, Salvat Editores, Barcelona (sin fecha), pág. 2160.

⁶ *Contratos mercantiles atípicos*, 10a. ed., Editorial Porrúa, México, 2004, pág. 45.

modificado texto del citado art. 80 del *C.Com.*, por cuanto tal modificación había operado desde el 29 de mayo de 2000. Y más extraño resulta que en la posterior décima edición no haga referencia al referido texto legal y apunte que el contrato electrónico “es un contrato entre presentes”.

Antes de seguir adelante, es necesario dejar consignado que absolutamente toda la regulación mexicana sobre contratación y comercio electrónicos constituye un casi fiel trasunto de las respectivas leyes modelo elaboradas por la CNUDMI, a las que se hará referencia un poco más adelante (*infra*, 3.3.3 y 3.6).

En cuanto a la llamada *firma electrónica* y sus funciones, en relación con la necesidad de que, para su validez, ciertos documentos y contratos ostenten la tradicional firma estampada de modo manuscrito, más adelante (*infra*, 3.6 y 3.7) se examinarán y comentarán las disposiciones contenidas en la nueva regulación.

En lo que concierne al valor probatorio de estos instrumentos electrónicos, conocidos como mensajes de datos, el mismo *C.Com.* (arts. 1205 y 1298-A) lo atribuye con alguna atenuante de índole técnica: “Se reconoce como prueba los mensajes de datos. Para valorar la fuerza probatoria de dichos mensajes, se estimará primordialmente la fiabilidad del método en que haya sido generada, archivada, comunicada o conservada”, siempre y cuando, además, puedan producir convicción en el ánimo del juzgador acerca de los hechos controvertidos o dudosos. Ante tal redacción, no resulta aventurado el afirmar que un elevado porcentaje de las controversias que se susciten con empleo de estos instrumentos electrónicos, será en verdad resuelto por peritos en la materia, pues en tal terreno poco es lo que podrá hacer el juzgador, a quien, salvo que igualmente sea perito en electrónica, no le será dado evaluar la fiabilidad del método empleado para generar, archivar, comunicar o conservar los mensajes de datos.

3.3.2 bis La Directiva Comercio Electrónico de la Unión Europea

El intempestivo y creciente desarrollo del comercio electrónico en los países de Europa, dio lugar a que las instituciones comunitarias se hayan dado a la tarea de adoptar “... un cuadro general claro para abarcar ciertos aspectos jurídicos del comercio electrónico en el mercado interior”.⁷

Y de ello resultó la redacción y puesta en marcha, el 8 de junio de 2000, de la Directiva 2000/31/CE, Comercio Electrónico, que en la actualidad ha sido traspuesta a la mayoría de los Estados que forman la Unión Europea.

⁷ Considerando 7o. de la Directiva 2000/31/CE.

Parece ilustrativo referir que el texto legal de la misma no se ha mostrado lo satisfactorio que era de esperarse; se le ha censurado su insuficiencia como protector de los consumidores, así como las dificultades que ofrece su aplicación a los llamados *servicios de la sociedad de la información*, esto es, a los servicios prestados, generalmente en forma onerosa, a distancia y por medios electrónicos, como los ofrecidos mediante emisiones televisivas y radiofónicas. Podría afirmarse, en resumen, que la directiva no plasmó las innovaciones que de ella se esperaban, atenta la novedad de los medios de difusión comercialmente empleados en el mundo moderno. He aquí, someramente expresadas, algunas de sus disposiciones:

- Los prestadores deben presentar a sus clientes o prospectos, en forma fácil, directa y permanente, su nombre, ubicación geográfica, número de registro, dirección electrónica y datos que permitan establecer rápido y eficaz contacto con ellos.
- A fin de asegurar una eficaz protección de los propósitos de interés general, las autoridades competentes deben tener acceso a los referidos informes generales, en las mismas condiciones.
- Se consideran de esencial importancia las comunicaciones comerciales destinadas al financiamiento de los servicios de la sociedad de la información y el desarrollo de una amplia gama de nuevos servicios gratuitos.
- La información comercial no solicitada y dirigida por correo electrónico debe ser de fácil identificación, en forma clara e inequívoca por el destinatario, ante la mayoritaria expresión de disgusto por la recepción de estos mensajes *spam*.
- De manera incomprensiblemente breve y escueta, la directiva se pronuncia sobre la necesidad de precisar las características del bien o del servicio y sobre las cláusulas contractuales que habrán de regir el contrato o que tal vez ya lo regulan: el precio debe indicarse de modo claro y sin ambigüedades, con mención clara de los impuestos, gastos de entrega y otros.⁸

⁸ Véanse: **Isabelle Gavanoon** y **Edith Lagarde-Bellec**, “La Directive commerce électronique: quelle est la part d’innovation?”, en *Revue de Droit des Affaires Internationales*, 2001, no. 6, Forum Européen de la Communication, Paris, 2001, págs. 723-740; **Olivier Cachard**, “Droit du commerce électronique”, en *RDAl*, octubre 2004, no. 5, Forum Européen de la Communication, Paris, 2004, págs. 678-694.

3.3.3 Ley modelo sobre el comercio electrónico de la CNUDMI

El 14 de junio de 1996 se aprobó, en el seno de la CNUDMI, el texto de la *Ley Modelo en Materia de Contratación Electrónica* y, unos meses después, la Guía Jurídica, que debía servir como elemento para facilitar su aplicación, que, como antes se dijo, sirvió de base para las ulteriores reformas al *C.Com.*, con muy escasas adecuaciones.

En vista de ello, las referencias a sus específicas manifestaciones se harán a continuación, bajo los rubros respectivos.

Y una por demás importante manifestación del comportamiento mercantil dentro del mundo de la electrónica, es el constituido por la famosa tienda minorista Wal-Mart, la que, según manifestación propia, en los Estados Unidos de América celebra transacciones, cada hora, que configuran bases de datos estimadas en 167 veces los libros existentes en la Biblioteca del Congreso de los Estados Unidos de América.⁹

3.4 Su aplicación en la práctica

No cabe duda sobre la creciente importancia, así cuantitativa como cualitativamente, de la contratación electrónica, que, por su flexibilidad, tanto por la difusión de los equipos susceptibles de aprovecharla, está llamada a desplazar el papel como expresión por excelencia de las manifestaciones de voluntad a distancia.

En efecto, la práctica muestra el cotidiano empleo de este mecanismo en la celebración de todo tipo de operaciones mercantiles, independientemente de otros aprovechamientos que no es del caso mencionar aquí.

Por supuesto, no faltan detractores de estas nuevas expresiones informáticas, como en su momento tampoco escasearon las opiniones escépticas frente a las comunicaciones telefónicas, telegráficas y radiales, hoy considerablemente superadas. Empero, no es recomendable pasar totalmente por alto las objeciones, de cara a los inconvenientes y peligros que plantea la comunicación electrónica, pues no resulta difícil advertir los serios tropiezos que en la práctica ofrece este mecanismo, que aparecen ya en el empleo de vocablos carentes de contenido jurídico y, además, de difícil inteligencia por

⁹ *The Economist*, 27 de febrero de 2010, sección Data, data everywhere, pág. 3.

los legos en la jerga computacional. De inmediato se aprecian los desfavorables efectos jurídicos de todo lo expuesto: terminología extraña, colmada —tal vez fatalmente— de vocablos técnicos y asaz confusa, que el legislador supone al alcance de los justiciables y del juzgador, suposición por ahora, y difícil es saber por cuánto tiempo, del todo apartada de la realidad, pues no será fácil amoldar al derecho, vale decir, a ese inmenso mundo de personajes que dentro de él se mueven —comerciantes, abogados, jueces, tratadistas, profesores, funcionarios públicos, estudiantes, fedatarios, banqueros, aseguradores...—, el empleo de una tecnología cuyo dominio ofrece serias dificultades aun a los mismos técnicos especializados.

¿Qué decir, sólo a guisa de ejemplo, de las consecuencias que acarrear la carencia, más o menos prolongada de corriente eléctrica, las fallas o descomposturas en las líneas telefónicas o en los “servidores”, la actuación de los “piratas” electrónicos o *hackers*, el devastador efecto de los virus, la descompostura de los equipos, etcétera?

Y no podría decirse que la anterior es una opinión aisladamente pesimista. Juristas de otras latitudes se han pronunciado en parecidos términos: véanse, por ejemplo, las expresiones de los ingleses **Julian Randall** y **Bridget Tracy**¹⁰ y de la italiana **Alessandra Zanobetti**.¹¹

Del mismo parecer es, por lo que se refiere a Francia, **Olivier Cachard**,¹² quien apunta que, a tres años de la adopción de la Directiva Europea sobre el Comercio Electrónico, es hora de establecer un primer balance de su transposición en los Estados miembros de la Unión, y el resultado no arroja un saldo alentador, lo que permite apuntar que este “joven derecho de la internet” no ha llegado todavía a la “edad de la razón”, pero comienza a mostrar ciertos signos de madurez, lo que permite adoptar una postura de razonable optimismo.

Cabe tener presente, por último, que regulaciones legales en punto a la firma electrónica, de la que se harán algunas consideraciones *infra*, 3.6 y 3.7, existen ya en Alemania, Argentina, Costa Rica, Perú y Singapur, así como en los estados de California, Illinois, Minnesota y Missouri (Estados Unidos de América).

¹⁰ “Legal risks in the new e-economy”, en *BLG Insurance Law Quarterly*, Barlow Lyde & Gilbert, no. 42, London, verano 2000, págs. 2-4.

¹¹ “Contract law in international electronic commerce”, en *Revue de Droit des Affaires Internationales*, Forum Européen de la Communication, no. 5, Paris, 2000, págs. 533-562.

¹² “Le domaine coordonné par la directive sur le commerce électronique et le droit international privé”, en *Revue de Droit des Affaires Internationales*, Forum Européen de la Communication, no. 2, Paris, 2004, págs. 161 y siguientes.

La factura electrónica, que ya está alcanzando, en el medio comercial mexicano, la difusión que podría esperarse, está cada vez más difundida y, como es sabido a partir de 2009 el esquema de autoimpresión ya no será permitido, si no es mediante el comprobante fiscal correspondiente.

Por supuesto, las empresas que ya utilizan esta factura lo hacen mediante la configuración de un especial programa electrónico, que, naturalmente, incluye una página web, mecanismo al que sólo pueden tener acceso los clientes que, a su vez, mediante empleo también de una clave o código confidencial, gozan, al igual que la expedidora, de una especial autorización fiscal.

Tras de apuntar la existencia de los riesgos que plantea la contratación electrónica, los dos primeros autores opinan que tales riesgos se manifiestan en cuatro aspectos: el contractual, el jurisdiccional, el relacionado con los derechos de propiedad intelectual y el del contenido de los documentos, todos los cuales pueden ser minimizados, y quizás eliminados, mediante un cuidadoso esquema técnico-jurídico, encaminado a proteger los aspectos comerciales y jurisdiccionales.

Por su parte, la italiana **Zanobetti**, al compartir las mismas preocupaciones, especial importancia atribuye al aspecto relativo a la capacidad de las partes, ante la ausencia del contacto directo entre ellas; igualmente plantea el problema de la validez de la legislación y jurisdicción supuestamente adoptadas, conocidos como son los conflictos que con tal motivo se suscitan en la práctica; amén de otros pormenores, apunta igualmente las dificultades que podrá ofrecer la diferencia de idiomas, las monedas de pago y algunos otros, todo lo cual reclama una decidida intervención de las autoridades estatales, por una parte, y una adecuación de los usos, prácticas y costumbres a las nuevas tecnologías, por la otra.

3.5 De los mensajes de datos

Al recoger la regulación del comercio electrónico (arts. 89-114), nuestro *C.Com.* ha venido a disponer que las disposiciones respectivas rigen en toda la República Mexicana, por lo que se refiere a asuntos de índole comercial, sin perjuicio de lo dispuesto en los tratados internacionales. Fue necesario, además, consignar una amplia serie de definiciones, y de vocablos casi todos ellos técnicos, con el propósito, muy escasamente logrado, de asignarles una connotación jurídica.

Así, por mensaje de datos debe entenderse “la información generada, enviada, recibida o archivada por medios electrónicos, ópticos o cualquier otra tecnología”, expresión esta última de una lamentable vaguedad (art. 89).

Pero es el caso que el mismo ordenamiento legal sienta la presunción de que un mensaje de datos proviene del emisor si ha sido enviado por el propio emisor, o bien mediante empleo de medios de identificación idóneos, como claves o contraseñas, pero también cuando ha sido enviado por otra

persona facultada para actuar en nombre del emisor; por último, en caso de que se envíe “por un sistema de información programado por el emisor o en su nombre para que opere automáticamente” (art. 90).

Sin embargo, lo anterior no basta para que la conducta del destinatario se ajuste necesariamente al referido mensaje de datos, pues un precepto más (art. 90 *bis*) proclama que dicho destinatario sólo podrá actuar válidamente en consecuencia cuando, por su parte, se haya ajustado rigurosamente a los procedimientos técnicos convenidos con el emisor.

3.6 De la firma electrónica

Una vez aprobada y difundida la *Ley Modelo sobre Contratación Electrónica*, la CNUDMI se dio a la tarea de redactar la *Ley Tipo sobre Firmas Electrónicas*, adoptada el 5 de julio de 2001, que, como en el caso anterior, sirvió, casi literalmente, de modelo a nuestro legislador (arts. 96-99). Posteriormente redactó un Proyecto de Reglas Uniformes en Materia de Firmas Electrónicas, que debería facilitar el desarrollo de la utilización de tales firmas en las relaciones comerciales internacionales.

Además, no carece de interés el tener presente un Proyecto de Normas Interamericanas Uniformes sobre Documentos y Firmas Electrónicas, presentado por la Delegación de los Estados Unidos de América a la Sexta Conferencia Especializada Interamericana sobre Derecho Internacional Privado (CIDIP-VI) el 8 de febrero de 2002, que hasta el momento de escribirse estas líneas (verano de 2011), sólo conserva tal carácter de proyecto.

Pues bien, por firma electrónica deben entenderse

“Los datos en forma electrónica consignados en un mensaje de datos, o adjuntados o lógicamente asociados al mismo por cualquier tecnología, que son utilizados para identificar al firmante en relación con el mensaje de datos e indicar que el firmante aprueba la información contenida en el mensaje de datos, y que produce los mismos efectos jurídicos que la firma autógrafa, siendo admisible como prueba en juicio” (art. 89).

Independientemente de la criticable falta de ortodoxia gramatical, aquí se muestra, una vez más, el excesivo empleo de terminología extraña a los juristas, y por lo mismo de no fácil entendimiento. Empero, de su contexto se infiere un novedoso concepto de firma, por demás apartado del tradicional, que desde siempre implicó el uso manual de un mecanismo para escribir, que ahora exigirá la adopción de este nuevo concepto, que habrá de llevar implícito el empleo de mecanismos cibernéticos.

Y, por supuesto, la regulación legal está sembrada de escollos. Por principio: “Las disposiciones del presente Código serán aplicadas de modo que no excluyan, restrinjan o priven de efecto jurídico cualquier método para crear una firma electrónica” (art. 96). Así, cuando cualquier ley requiera, o así se estipule contractualmente, la existencia de una firma relacionada con un mensaje de datos, tal requisito debe entenderse cumplido si se emplea la firma electrónica “... que resulte apropiada para los fines para los cuales se generó o comunicó ese mensaje de datos” (art. 97).

Mas no basta, de modo especial para ciertos efectos frente a terceros, el empleo de dicha firma electrónica, pues además hace falta que respecto de la misma se expida una certificación, según se expone *infra*, 3.8.

3.7 De la firma electrónica avanzada (FEA)

Por su parte, una firma electrónica avanzada o fiable es la que cumple, además de los expresados, los siguientes requisitos, por lo menos:

“I. Los datos de creación de la firma, en el contexto en que son utilizados, corresponden exclusivamente al firmante; II. Los datos de creación de la firma estaban, en el momento de la firma, bajo el control exclusivo del firmante; III. Es posible detectar cualquier alteración de la firma electrónica hecha después del momento de la firma; y IV. Respecto a la integridad de la información de un mensaje de datos, es posible detectar cualquier alteración de ésta hecha después del momento de la firma” (arts. 89 y 97).

Más aún, a pesar de la satisfacción de tales requisitos, es posible “... que cualquier persona demuestre de cualquier otra manera la fiabilidad de una firma electrónica; o presente pruebas de que una firma electrónica no es fiable” (art. 97). Y es aquí donde surge una complicación más, ésta de índole puramente legal y operativa: la necesidad de acudir a un prestador de servicios de certificación de estas firmas, de los que se tratará a continuación.

Antes de ello, resulta ilustrativo dar cuenta aquí del impacto que, en los medios gubernativos mexicanos de rango federal, han tenido estos mecanismos electrónicos. Así, en el *DOF* del 24 de agosto de 2006, se publicó el Acuerdo Interinstitucional por el que se establecen los lineamientos para la homologación, implantación y uso de la firma electrónica avanzada en la administración pública federal, cuyo objeto primordial es, según lo dispone el apartado primero, el de establecer dichos lineamientos, mismos que deberán observar y promover la Secretaría de Economía, la Secretaría de la Función Pública y el Servicio de Administración Tributaria, para el reconocimiento de certificados digitales de firma electrónica avanzada de personas físicas.

3.8 De los prestadores de servicios de certificación

Por prestador de servicios de certificación debe entenderse: “La persona o institución pública que preste servicios relacionados con firmas electrónicas y que expide los certificados, en su caso” (art. 89).

Pueden ser prestadores de estos servicios, previa acreditación ante la Secretaría de Economía, los notarios y los corredores públicos, las personas morales de carácter privado, siempre que se acrediten ante dicha Secretaría y satisfagan los requisitos a que se refiere el art. 102-A, y las instituciones públicas conforme a las leyes que les sean aplicables.

Sin embargo, debe tenerse muy presente que la facultad de expedir los certificados no conlleva la fe pública por sí misma, luego los notarios y corredores podrán llevar al cabo certificaciones que impliquen o no la fe pública, tanto en documentos constantes en papel, como en archivos electrónicos o en cualquier otro medio o material en el que pueda incluirse la información (art. 100).

Una vez que estos prestadores de servicios de certificación hayan obtenido la acreditación de la Secretaría, deberán informarle sobre la iniciación de tales servicios, dentro de los 45 días naturales siguientes a la fecha de inicio (art. 102-B).

Independientemente de que las responsabilidades de estos personajes deben estipularse en el contrato con los firmantes (art. 103), el *C.Com.* les fija una amplia gama de obligaciones; las principales son las siguientes:

- Comprobar la identidad de los solicitantes y las circunstancias pertinentes para la emisión de los certificados, mediante empleo de cualquier medio legalmente admitido, siempre y cuando sea previamente notificado al solicitante.
- Poner a disposición del firmante los dispositivos de generación de los datos de creación y de verificación de la firma electrónica.
- Conservar un registro de certificados, en el que quedará constancia de los emitidos y se anotarán las circunstancias que afecten la suspensión, pérdida o terminación de vigencia de sus efectos.
- Al cesar sus actividades, estos personajes deben comunicarlo a la Secretaría, a efecto de que se determine el destino que se dará a sus registros y archivos.
- Guardar confidencialidad respecto de la información recibida para la prestación del servicio, tomar medidas para evitar la alteración de los certificados y mantener la confidencialidad antes referida (art. 104).

Por cuanto las instituciones financieras también pueden prestar servicios de certificación, tanto ellas como las empresas que les prestan servicios auxiliares o complementarios, relacionado con transferencias de fondos o valores, se ajustarán a las leyes que les son aplicables, así como a las disposiciones administrativas que regulan sus respectivas actividades (art. 106).

Dentro del mismo orden de ideas, el Presidente de los Estados Unidos Mexicanos expidió, el 14 de julio de 2004, el *Reglamento del Código de Comercio*, en Materia de Prestadores de Servicios de Certificación, que se publicó en el *DOF* del 19 de julio del mismo año, algunas de cuyas principales disposiciones se mencionarán a continuación:

- Tal Reglamento tiene por objeto establecer las normas reglamentarias a las que deben sujetarse los prestadores de servicios de certificación en materia de firma electrónica y expedición de certificados para actos de comercio, si bien se establece que en la aplicación de tal Reglamento se deberá estar a las definiciones que consigna el art. 89 del *C.Com.* (art. 1o.).
- La SE aceptará cualquier método o sistema para crear una firma electrónica, firma electrónica avanzada o certificado y promoverá que tales instrumentos puedan concurrir o funcionar con diferentes equipos y programas de cómputo, de conformidad con los principios de neutralidad tecnológica y compatibilidad internacional, conforme al *C.Com.*, al propio Reglamento y a las reglas generales que expida la propia SE (art. 2o.).
- La SE elaborará una relación de prestadores de servicios de certificación acreditados o suspendidos y de las personas físicas o morales que actúen en su nombre, atento lo previsto por el art. 104-I del *C.Com.* (art. 3o.).
- Por su parte, el art. 5o. menciona los requisitos que deberán satisfacer los interesados en obtener la acreditación como prestadores de servicios de certificación.
- La SE deberá tomar las medidas necesarias que garanticen, en beneficio de los usuarios, la continuidad del servicio materia del propio Reglamento, de conformidad con las reglas generales que emita la propia SE.

Ahora bien, en uso de sus facultades, la Secretaría de Economía expidió, el 4 de agosto de 2004, las Reglas generales a las que deberán sujetarse los prestadores de servicios de certificación, que se publicaron en el *Diario Oficial* del 10 del mismo mes y año, en las que, como era de esperarse, se consignan numerosos requisitos humanos y profesionales que deben satisfacer los solicitantes de acreditación como certificadores de los servicios de que se trata.

3.9 Del reconocimiento de certificados y firmas electrónicas extranjeras

A efecto de determinar si un certificado o firma electrónica procedente del extranjero puede producir efectos jurídicos, o en qué medida, en nuestro país, no deberá tomarse en consideración el lugar en que se haya expedido, creado o utilizado uno u otra, y tampoco el lugar en que se encuentre el establecimiento del prestador de servicios o del firmante, pues todo certificado expedido fuera de nuestro país producirá los mismos efectos que uno otorgado en él, siempre que presente un grado de fiabilidad equivalente, en la inteligencia de que, para determinar esto último, deberán tomarse en consideración las normas internacionales reconocidas por México y cualquier otro medio de convicción pertinente.

Sin embargo, es admisible que las partes convengan en la utilización de determinados tipos de firmas electrónicas o de certificados; tal acuerdo tendrá plena validez en nuestro país, a menos que no sea válido o eficaz conforme al derecho nacional aplicable (art. 114).

UNIDAD 4

El comerciante

4.1 Concepto

En los términos del art. 3o. del *C.Com.*, en nuestro país sólo pueden ser comerciantes las personas físicas, las sociedades constituidas de conformidad con las leyes mercantiles y las sociedades —no necesariamente mercantiles— o sus agencias o sucursales que “ejerzan actos de comercio en nuestro país”. Concepto tal, como fácilmente puede apreciarse, es inexacto por incompleto, no sólo por las razones que se expresarán más adelante, sino porque en él no se abarcan otras posibilidades:

- La de ciertas entidades paraestatales que, sin ser sociedades pero que están dotadas de personalidad jurídica, son comerciantes en estricto derecho, como Petróleos Mexicanos y la Comisión Federal de Electricidad, pues actúan, ni más ni menos, como empresas comercializadoras de bienes y de servicios y, por tanto son, “de naturaleza análoga” a las relacionadas en el art. 75 del *C.Com.*, antes analizado.

- La sucesión de un comerciante fallecido, mientras no se adjudique a sus herederos o legatarios la negociación mercantil.
- Un fideicomiso cuyo patrimonio esté formado por una negociación mercantil en operación.

Por las razones en que se abundará a continuación, conforme a nuestro esquema legal debe concluirse que es comerciante el titular de una empresa o negociación mercantil, pues, en efecto, así lo exigen los arts. 4o. y 17 del *C.Com.* El primero, por cuanto considera comerciantes “a los que tienen plantados *almacén o tienda* en alguna población”; el segundo, al fincar como deber de todo comerciante el de participar la apertura del *establecimiento o despacho* de su propiedad.

Jurisprudencia. Comerciante. No adquieren tal carácter por el hecho de ser socio o accionista o desempeñar cargos de administración, gerente, factor o dependiente de una sociedad mercantil.

Décimo Primer Tribunal Colegiado en Materia Civil del Primer Circuito. Amparo en revisión 362/2004. Felipe Xacur Eljure. 27 de octubre de 2006. Unanimidad de votos. Ponente: María del Carmen Sánchez Hidalgo viuda de Magaña Cárdenas. Secretario: Fidel Quiñónez Rodríguez.

4.2 Comerciante

Quintana Adriano¹ lamenta la inexistencia de una definición de comerciante accidental. Tal inexistencia es por demás lógica, pues resulta inconcebible la existencia de un comerciante momentáneo, y ya el propio *C.Com.* prevé la aislada operación de actos de comercio, cuando una persona “... accidentalmente, con o sin establecimiento fijo, ...”, a la cual no atribuye el carácter de comerciante, a pesar de lo cual queda sujeta a las leyes mercantiles en lo que se refiere al acto o actos accidentales.

Empero, un poco más adelante la propia autora se contradice al afirmar que “... el comerciante accidental se encuentra definido en el art. 4o. del propio *Cco...*”

La propia autora incurre en un *lapsus cálami* cuando afirma que el citado *C.Com.* “... establece la posibilidad de que a determinadas personas les sea atribuida la calidad de comerciante”, para luego admitir que el mismo

¹ *Ciencia del derecho mercantil*, Editorial Porrúa-UNAM, México, 2002, pág. 269.

ordenamiento prescribe que “tales personas, cuando realizan actos accidentales de comercio no son en derecho comerciantes”.

4.2.1 Persona física. Negociación mercantil

Según definición unánimemente censurada, son comerciantes personas físicas: “Las personas que teniendo capacidad para ejercer el comercio, hacen de él su ocupación ordinaria” (art. 3o.-I). He aquí las críticas, brevemente expuestas: puesto que se requiere la facultad de ejercicio prevista por el *C.Civ.* (art. 5o., *C.Com.*), de ello resultaría que un menor de edad no emancipado, así como el afectado por una incapacidad legal, no pueden ser comerciantes, por carecer de la facultad de ejercicio, lo que lleva a **Barrera Graf**² a la conclusión de que cuando cualquiera de ellos devenga titular de una negociación mercantil por herencia, por donación o por cualquier otra causa, el carácter de comerciante lo tendrá el tutor en cuanto administrador de sus bienes.

Por el contrario, **Mantilla Molina**³ sostiene que, pese al texto legal, el menor y el incapaz sí adquieren el carácter de comerciantes, como también lo asume la sucesión del comerciante fallecido, pues considera inaceptable la opinión de **Barrera Graf**, quien sostiene que la calidad de comerciante asiste, en este último caso, al albacea.

Es interesante evocar la opinión de **Jacinto Pallares**,⁴ emitida ya en 1891, al año siguiente de la entrada en vigor del *C.Com.*, quien al iniciar la larga serie de censuras al precepto, expresaba que la ley civil acepta, en muchos casos, la validez de los actos realizados por los incapaces y, desde luego, nunca los prohíbe; que los actos mercantiles son en el fondo civiles, luego pueden ser realizados por los incapaces, y sólo a ellos o a sus representantes cabe la acción de nulidad; finalmente, que de ello se infiere, por encima del texto legal, que estos incapaces sí adquieren calidad de comerciantes, que, en cambio, está vedada en los casos en que la *Ley mercantil* es la que establece prohibiciones.

También se critica, en la definición legal, la exigencia en el sentido de que se haga del comercio la “ocupación ordinaria”, expresión que, por su vaguedad, no permite aclarar si el sujeto, para ser comerciante, debe dedicar todo o la mayor parte de su tiempo al comercio, y tampoco si tal actividad ha de ser la única o la principal, si debe constituir su única o la más importante fuente de sus ingresos, etcétera.

² *Instituciones de derecho mercantil*, 3a. reimp., Editorial Porrúa, México, 1999, págs. 162 y 163.

³ *Derecho Mercantil*, 22a. ed., Editorial Porrúa, México, 1982, págs. 80 y 81.

⁴ *Derecho Mercantil mexicano*, UNAM, Facultad de Derecho, México, 1987, págs. 807-817.

Cabe preguntarse, por ejemplo, si un médico que ejerce su profesión adquirirá, además, el carácter de comerciante cuando abra una pequeña farmacia de la que obtendrá el 10% de sus ingresos totales, y a la que dedicará diariamente sólo algunos minutos, pues al efecto nombrará un factor o dependiente. Independientemente de que haga o no del comercio su “ocupación ordinaria”, no hay duda de que tendrá el carácter de comerciante.

4.2.2 Persona colectiva

Son también comerciantes las personas colectivas o morales constituidas como sociedades en los términos de las leyes mercantiles. Y puesto que sólo en tres leyes mercantiles se regula la constitución y existencia de sociedades, habrá que concluir que las únicas sociedades mercantiles son, en el derecho mexicano, la colectiva, la comandita simple, la de responsabilidad limitada, la anónima, la comandita por acciones, la cooperativa y la mutualista, por ser las previstas en la *LGSM*, en la *Ley General de Sociedades Cooperativas* y en la *Ley General de Instituciones y Sociedades Mutualistas de Seguros*.

4.2.2.1 Sociedades de personas

Conforme a una hoy anticuada clasificación, son sociedades mercantiles de personas las que se exteriorizan con la indicación del nombre de sus socios, pues en ellas importa más la identidad de ellos que el capital aportado. También se les conoce, por tal razón, como sociedades *intuitu personae*; otros atributos de ellas se examinarán más adelante (*infra*, 6.4.1).

4.2.2.2 Sociedades de capitales

No sin reiterar que tal conceptualización es hoy día pasada de moda, como tales se consideran las sociedades en las que el propósito fundamental es el hacer acopio de crecidos capitales, sin que importe la identidad de los socios, que en nuestro viejo derecho societario permanecían en el anonimato, en razón de que era legalmente posible emitir las acciones sin mencionar el nombre de sus tenedores, esto es, al portador. Por virtud de una serie de reformas introducidas en 1982 a nuestra ley societaria, actualmente ya no es posible emitir acciones al portador (art. 125-I, *LGSM*).

Apenas si hace falta aclarar que de las sociedades de capitales, también llamadas *intuitu capitalis*, el prototipo es la anónima, se harán amplias referencias con posterioridad (*infra*, unidad 10).

4.2.2.3 Sociedades inexistentes e irregulares

También conocidas como sociedades “de hecho”, se les llama así por razón de que, constituidas o no ante notario o corredor público, no están inscritas en el Registro Público de Comercio y por tanto, *stricto sensu*, carecen de personalidad jurídica (art. 2o., *LGSM*). Sin embargo, en protección de los intereses de terceros, y aun de los socios no culpables de la irregularidad, nuestra ley las sujeta a un régimen especial, que puede resumirse de la siguiente manera:

- Cuando se exterioricen como sociedades frente a terceros, por ese solo hecho tendrán personalidad jurídica (art. 2o., tercer párrafo).
- Las relaciones internas se rigen por sus estatutos y, si no los hubiere, por las disposiciones generales y las especiales, según el tipo social adoptado, de la propia *LGSM* (art. 2o., cuarto párrafo).
- Quienes actúen como representantes obligarán a la sociedad, pero igualmente les incumbirá responsabilidad personal frente a terceros, si bien de modo subsidiario, aunque entre ellos será solidaria e ilimitada, sin descontar la responsabilidad penal (art. 2o., quinto párrafo).
- Los socios no culpables de la irregularidad pueden accionar en contra de los que sí lo sean y de los representantes, para exigirles el pago de los daños y perjuicios que se les causen (art. 2o., sexto párrafo).

Sociedades con objeto ilícito. Aunque la ilicitud en el objeto social se presentará normalmente de hecho, o bien será superveniente, en cualquier caso acarrea la nulidad del ente, por lo que debe procederse a su inmediata disolución y liquidación, a solicitud de cualquier persona o del Ministerio Público, al que corresponde, en su caso, ejercitar la acción penal que corresponda, en la inteligencia de que, una vez pagadas las deudas sociales y, si existió, la responsabilidad civil, el remanente no podrá aprovechar a los socios, sino a la Beneficencia Pública de la localidad que corresponda al domicilio social (art. 3o.).

Puesto que las sociedades irregulares, así como las ilícitas y sus consecuencias, se examinarán *infra*, unidad 8, parece conveniente hacer aquí remisión a ella.

4.3 Deberes del comerciante

Sin perjuicio de sus deberes conforme a otras disposiciones legales, el *C.Com.* impone a todos quienes ejercen el comercio, lo siguiente: actuar con

lealtad comercial (art. 60. *bis*), anunciar su calidad mercantil, inscribirse, así como ciertos documentos, en el RPC, llevar su contabilidad y conservar la correspondencia relacionada con su giro (art. 16).

4.3.1 La publicidad mercantil

Todo comerciante debe anunciar la apertura de su establecimiento por medio de la prensa y de otros medios idóneos, en todas las plazas en que opere, así como el nombre, ubicación y giro de su empresa; en su caso, el nombre de quienes la administren y, si se trata de una sociedad, el nombre, el tipo adoptado, el nombre de los gerentes y el de sus administradores; por último, las modificaciones que se introduzcan en cualquiera de los datos anteriores (arts. 16-I y 17-I y II).

Va de suyo, ante todo, lo anticuado de tal regulación, en la actualidad, y desde hace muchos años, caída en el más absoluto desuso, entre otras razones por la de que no se consigna sanción alguna por su inobservancia, máxime si se atiende a que está configurada para aplicarse en un ámbito social y comercial reducido. Los modernos sistemas y mecanismos técnicos publicitarios suplen sobradamente el esquema legal, elaborado para operarse en un medio social y comercial por demás reducido.

En tales condiciones, la única sanción por su inobservancia podría ser la consistente en la pérdida o ausencia de clientela. Así pues, parece que no debe considerarse un despropósito la propuesta de que se elimine esta preceptiva o, a lo más se sustituya por otra más ajustada a los modernos requerimientos de lealtad y de protección de los consumidores.

Estudio aparte merecería el examen de la publicidad mercantil que tan importante papel, de hecho decisivo, desempeña en la vida del comercio. Por supuesto, se trata de la publicidad comercial, entendida como mecanismo material, con empleo de medios masivos de comunicación, para dar a conocer al público los productos o los servicios de un empresario.

Por supuesto, mucho es lo que aquí podría examinarse sobre tema tan interesante, pues harto sabido es que dicha publicidad incursiona en todos los medios de comunicación, con empleo de todas las formas posibles de expresión gráfica, verbal y hasta musical, por lo que ha llegado a invadir absolutamente todos los sectores de la actividad humana, de manera por demás agobiante, incluso en grado enfermizo y abusivo, lo que ha dado lugar a la regulación, por parte de los Estados, de tal actividad mediante disposiciones, incluso contentivas de sanciones por el exceso, la falacia y hasta la mentira empleados en los mensajes publicitarios, tema que el autor se propone desarrollar en un futuro próximo, en un trabajo exclusivamente destinado a ello.

Así pues, parece que no hay duda sobre que publicidad y competencia son manifestaciones mercantiles que operan íntimamente unidas, pues de ambas se sirve todo comerciante para lograr su cometido de obtener ingresos por su actividad.

Ahora bien, por cuanto este libro no es de carácter monográfico, por ahora baste con poner de relieve que todo comerciante, en su publicidad, debe actuar en términos de honradez y de no llevar adelante competencia desleal, tema que se abordará en la unidad 5 bis de este libro, por lo que de momento bastará con evocar, superficialmente por ahora, el contenido del art. 6o. *bis* del *C.Com.*, que prohíbe a los comerciantes la realización de actos que creen confusión, por cualquier medio, con el establecimiento, los productos o la actividad industrial o comercial de otro comerciante, así como con los que se intente desacreditar, mediante aseveraciones falsas, el establecimiento, los productos o la actividad industrial o comercial de cualquier otro comerciante.

Pues bien, por encima de todo ello, es bien sabido que gran parte de la publicidad, y no sólo en nuestro país, incurre en las prohibiciones antes mencionadas, pero particularmente en el más o menos consciente engaño sobre las cualidades o características de los productos o de los servicios que ofrecen los comerciantes.

Por último, también es de conocimiento generalizado que los comerciantes, por conducto de las empresas publicitarias, incursionan en gran parte de las actividades humanas, en este caso las deportivas, conforme a las cuales los deportistas, por conducto de los clubes a los que pertenecen, se ven obligados a portar, en sus uniformes y equipos, la marca o el nombre comercial de una empresa, si bien hay casos en los que son los clubes deportivos los que incursionan en busca de un patrocinador oficial.

Tal es el caso, a guisa de ejemplo, del famoso equipo inglés de fútbol, Manchester United, que, según se afirma, es el club más rico del mundo y que se dedicó a buscar un socio comercial en la industria del vino y su elección recayó en la empresa chilena Concha y Toro, a pesar de que no ha faltado quien considere una herejía el que un equipo deportivo de tanta fama promueva el consumo de una bebida alcohólica.

4.3.2 Estudio y crítica a la inscripción ante las cámaras de comercio e industria que corresponda

Las cámaras de comercio, modernas versiones de los gremios medievales de comerciantes, son agrupaciones legalmente reconocidas, con personalidad jurídica. Así lo determinaba la *Ley de las Cámaras de Comercio y las de Indus-*

tria (DOF, 2 de agosto de 1941), la que, además, les atribuía la calidad de instituciones de interés público. Conforme a dicha ley, prácticamente todos los comerciantes reportaban el deber de afiliarse, pero en el curso de los años la SCJN sentó jurisprudencia en el sentido de que tal disposición era violatoria del art. 5o. de la *CPEUM*.

En efecto, constituida en Tribunal Pleno, la SCJN aprobó con el número 28/1995, el 5 de octubre de 1995, la respectiva tesis de jurisprudencia, en la siguiente forma:

“La libertad de asociación consagrada por el art. 9o. constitucional es el derecho de que gozan los particulares, tanto personas físicas como personas jurídico-colectivas, para crear un nuevo ente jurídico que tendrá personalidad propia y distinta de la de sus asociados. Tal derecho es violado por el art. 5o. de la *Ley de Cámaras de Comercio y de las de Industria* al imponer a los comerciantes e industriales cuyo capital manifestado ante la Secretaría de Hacienda y Crédito Público sea de dos mil quinientos pesos en adelante, la obligación de inscribirse en la Cámara correspondiente. Ahora bien, si la libertad de asociación establecida por el art. 9o. de la Constitución es un derecho de los gobernados... la autoridad no podrá impedir que el particular se asocie... tampoco podrá obligarlo a asociarse...”

Tal vez todo ello influyó grandemente en la expedición de la posterior *Ley de Cámaras Empresariales y sus Confederaciones* (20 diciembre 1996) y de la vigente (20 enero 2005 y la última reforma publicada el 9 de junio de 2009 en el DOF), que deja claramente dispuesto que la afiliación a las cámaras respectivas es un acto voluntario de los comerciantes e industriales (art. 17), si bien tal voluntariedad es puramente virtual, según a poco se demostrará. Por lo demás, he aquí algunas de sus principales disposiciones:

- La Ley es de orden público y tiene por objeto regular la constitución y funcionamiento de las cámaras de comercio, servicios, turismo y de las de industria, así como las confederaciones que las agrupan. Como aspecto novedoso e importante, también tiene por objeto regular el Sistema de Información Empresarial Mexicano (SIEM), al que más adelante se hará referencia (art. 1o.).
- Las cámaras y sus confederaciones tienen como funciones las de representar, promover y defender, nacional e internacionalmente, las actividades de la industria, el comercio, los servicios y el turismo, a cuyo efecto “... colaboran con el gobierno para lograr el crecimiento socioeconómico, así como la generación y la distribución de la riqueza; también son órganos de consulta y colaboración del Estado, para lo cual el gobierno debe consultarlas en todos los asuntos vinculados con las acti-

vidades que representan. Por lo demás, no tienen fines de lucro y deben abstenerse de realizar actividades religiosas o partidistas” (art. 4o.).

- Por lo que hace a la Secretaría de Economía, a ella corresponde la aplicación de la Ley para efectos administrativos (art. 3o.), así como autorizar las tarifas que las cámaras podrán cobrar por concepto de alta y actualización en el SIEM (art. 6o.-VI).
- Las cámaras están obligadas a admitir como afiliados a todos los comerciantes que lo soliciten, siempre y cuando satisfagan los requisitos correspondientes y paguen la cuota respectiva (art. 10).
- La afiliación a las cámaras será voluntaria para los comerciantes e industriales (art. 17).
- Por su parte, el SIEM “... es un instrumento del Estado mexicano con el propósito de crear, intercambiar, procesar y suministrar información oportuna y confiable sobre las características y ubicación de los establecimientos de comercio, servicios, turismo e industria en el país...” (art. 29).
- Pues bien, la inscripción y registro en el SIEM son obligatorios para todas las empresas, pero es el caso que tales inscripción y registro sólo pueden efectuarse a través de la cámara que corresponda, de tal manera que mediante ello resulta obligatorio el registro ante la cámara, si bien la empresa que no se afilie tampoco estará obligada al pago de cuota alguna, pero sí al pago del registro para efectos del SIEM (arts. 29, 30 y 31-IV).

De lo expuesto resulta claro que, mediante el nuevo mecanismo legal, resulta burlada la inconstitucionalidad sentada por la SCJN respecto de la ley anterior, ya que a la postre deviene obligatorio el registro ante el SIEM, pero a través de la cámara respectiva.

Conviene aclarar, pues, que la afiliación de que se trata sigue constituyendo un deber y un derecho de los comerciantes, por lo demás no consignado en el *C.Com.*

4.3.3 Inscripción en el Registro Público de Comercio

Aunque el *C.Com.* no finca de modo claro a los comerciantes personas físicas el deber de inscribirse en el RPC, como sí lo hace respecto de las sociedades mercantiles (arts. 21-V, *C.Com.*, y 2o., *LGSM*), ello resulta implícitamente de lo dispuesto por su art. 21, según el cual: “Existirá un folio electrónico por cada comerciante o sociedad...”.

El Registro Público de Comercio, cuya operación está a cargo de la Secretaría de Economía “... y de las autoridades responsables del registro pú-

blico de la propiedad en los Estados y en el Distrito Federal, ...”, tiene como función la de inscribir “... los actos mercantiles, así como aquellos que se relacionan con los comerciantes y que conforme a la legislación lo requieran” (art. 18).

Ahora bien, por cuanto las modernas técnicas, en este caso electrónicas, han sido adoptadas en tal Registro, los hoy día anticuados sistemas de operación manual están siendo desplazados por mecanismos electrónicos. “El Registro Público de Comercio operará con un programa informático y con una base de datos central interconectada con las bases de datos de sus oficinas ubicadas en las entidades federativas...” (art. 20).

Aunque las bases fundamentales de este sistema automatizado están en el *C.Com.* (arts 20 a 32 *bis*), los aspectos técnico-jurídicos, incluido un amplio elenco de “formas precodificadas”, aparecieron en el Acuerdo que establece los lineamientos para la operación del Registro Público de Comercio (*DOF*, 18 de septiembre de 2000) y en el Acuerdo que lo adiciona (*DOF*, 30 de noviembre de 2000).

Finalmente, en todo este escenario desempeña un muy importante papel el Reglamento del Registro Público de Comercio (*DOF*, 24 de octubre de 2003 y su última reforma publicada el 16 de noviembre de 2012 en el *DOF*), en el que se recogen las actividades de las oficinas antes mencionadas y los mecanismos electrónicos también referidos:

- Se precisa que dicho Registro Público “... tiene por objeto dar publicidad a los actos mercantiles, así como aquellos que se relacionan con los comerciantes y que conforme a la legislación lo requieran para surtir efectos contra terceros”, todo ello mediante empleo de las supradichas formas precodificadas, en la inteligencia de que el mecanismo así conformado servirá para configurar el *folio mercantil electrónico* respectivo, bajo el nombre, denominación o razón social del comerciante (art. 2o.).
- No podrán figurar en el Registro datos que hagan referencia a la ideología, religión, creencias, raza, preferencia sexual, afiliación sindical, estado de salud, así como todos aquellos que no tengan relación directa con la actividad mercantil del comerciante (art. 3o.).
- El programa informático que se deberá emplear para realizar la captura, almacenamiento, custodia, seguridad, consulta, reproducción, verificación, administración y transmisión de la información respectiva, será el conocido como SIGER (art. 4o.).
- Los actos inscritos en el Registro son de carácter público, por lo que cualquier persona podrá consultarlos, previo el pago, en su caso, de los derechos respectivos (art. 21).

En cada folio electrónico deberán anotarse los actos y documentos relacionados en el art. 21, *C.Com.* En cuanto a la importancia de las inscripciones, hay que decir que: “La prelación entre derechos sobre dos o más actos que se refieran a un mismo folio mercantil electrónico, se determinará por el número de control que otorgue el registro, cualquiera que sea la fecha de su constitución o celebración” (art. 21 *bis* 1), así como que: “La falta de registro de los actos cuya inscripción sea obligatoria, hará que éstos sólo produzcan efectos jurídicos entre los que los celebran, y no podrán producir perjuicio a tercero, el cual sí podrá aprovecharse de ellos en lo que le fueren favorables” (art. 27).

Jurisprudencia. Poderes otorgados por una sociedad mercantil en que confieren facultades de representación para promover y gestionar asuntos judiciales o administrativos. No es necesaria su inscripción en el registro del comercio.

Primer Tribunal Colegiado del Noveno Circuito. Amparo directo 384/99. Bárbara Gamba Briones. 30 de agosto de 1999. Unanimidad de votos. Ponente: F. Guillermo Baltazar Alvear. Secretario: Guillermo Salazar Trejo.

Pero además, conviene no olvidar los términos del Convenio de Colaboración que el 19 de septiembre de 2000 (*DOF*, 6 de octubre de 2000), celebraron la hoy Secretaría de Economía y el Colegio Nacional de Correduría Pública Mexicana, A.C., en el que se adoptaron los mecanismos de emisión y administración de los certificados nacionales, que se utilizarán para acceder al Registro Público de Comercio y para realizar transacciones comerciales.

Con el mismo propósito, el 31 de mayo de 2001 se publicó, en el *DOF*, otro convenio de colaboración entre la misma Secretaría y la Asociación Nacional del Notariado Mexicano, destinado a regular la participación del gremio notarial en los programas de modernización registral y de economía digital en la emisión de certificados digitales a las empresas y en la difusión con clientes del uso de los medios electrónicos.

Además, quedó claramente establecido que dicha Secretaría y la referida Asociación, a través de los notarios de todo el país, trabajarían conjuntamente para promover la modernización de las notarías públicas del país, mediante el desarrollo e implementación de sistemas para automatizar la prestación de sus servicios y proporcionar la asesoría y apoyo técnico a sus asociados en materia de uso del programa SIGER.

Posteriormente se publicó (*DOF*, 19 de julio de 2004) el *Reglamento del Código de Comercio en Materia de Prestadores de Servicios de Certificación*, en el que se establecieron “... las normas reglamentarias a las que deben de sujetarse los prestadores de servicios de certificación en materia de firma electrónica y expedición de certificados para

actos de comercio” (art. 1o.), en la inteligencia de que corresponderá a la Secretaría de Comercio elaborar “... una relación de los prestadores de servicios de certificación acreditados o suspendidos y de las personas físicas o morales que actúen en su nombre de conformidad con lo previsto en el artículo 104, fracción I del *Código de Comercio*” (art. 3o.).

Finalmente, y en relación con los anteriores convenios, la propia Secretaría de Economía ha venido celebrando convenios de coordinación con los gobiernos de las entidades federativas, con el propósito de que se opere, conjunta y gradualmente, el servicio que debe prestar el Registro Público de Comercio, de conformidad con lo dispuesto con el capítulo II del Título Segundo, Libro Primero del *Código de Comercio*.

4.3.3 bis Mantenimiento de la contabilidad

No hace falta ponderar la importancia del papel que desempeña el adecuado manejo de la contabilidad mercantil, que, como antes se dijo, constituye una de las obligaciones comunes a todos los comerciantes (art. 16-III). En efecto: “El comerciante está obligado a llevar y mantener un sistema de contabilidad adecuado. Este sistema podrá llevarse mediante los instrumentos, recursos y sistemas de registro y procesamiento que mejor se acomoden a las características particulares del negocio,...”.

Si bien podría estimarse que esta obligación sólo tiene un contenido contable y técnico, con obvias repercusiones fiscales, concepción tal pecaría de errónea por incompleta, pues no hace falta tener amplios conocimientos de los efectos jurídicos de la contabilidad para deducir su trascendencia jurídica y, entre numerosos buenos ejemplos, uno de ellos se encuentra en el *C.Com.* cuando afirma que:

“Los libros de los comerciantes probarán contra ellos, sin admitirles prueba en contrario;... Si en los asientos de los libros llevados por dos comerciantes no hubiere conformidad, y los del uno se hubieren llevado con todas las formalidades expresadas en este Código, y los del otro adolecieren de cualquier defecto o carecieren de los requisitos exigidos por este mismo Código, los asientos de los libros en regla harán fe contra los de los defectuosos, a no demostrarse lo contrario por medio de otras pruebas admisibles en derecho;... Si uno de los comerciantes no presentare sus libros o manifestare no tenerlos, harán fe contra él los de su adversario, llevados con todas las formalidades legales, a no demostrar que la carencia de dichos libros procede de fuerza mayor, y salvo siempre la prueba contra los asientos exhibidos por otros medios admisibles en juicio;...” (art. 1295).

Al llegar a este punto, no carece de interés el hacer aquí una referencia, necesariamente breve, al mecanismo que en la práctica se observa en punto al ofrecimiento y

desahogo de cualesquiera pruebas relacionadas con el examen de estos libros de contabilidad, si no se olvida que el ofrecimiento de las pruebas, por una parte, y su evaluación jurídica, por la otra, habrán de correr siempre por cuenta de abogados, previo dictamen, claro es, de los peritos contadores. Mención especial merece la referencia a los no menos importantes efectos fiscales de la contabilidad, si bien el estudio de este aspecto corresponde a un curso de dicha especialidad.

- A lo menos en nuestro país, el Instituto Mexicano de Contadores Públicos, organismo de índole puramente privada, desempeña, entre otras funciones, la de emitir y regular las normas de actuación a las que debe ajustarse el contador público, en el desempeño de su labor como intérprete del contenido de los libros contables e informante de su correcto sentido.
- Para ello, este Instituto ha emitido los conocidos como Principios de Contabilidad Generalmente Aceptados, las Normas de Auditoría Generalmente Aceptadas y las Normas para Atestiguar. Mediante empleo de esta normatividad, el contador público —también conocido como licenciado en contaduría— desempeña la tarea pericial y de auditoría que concluye con su dictamen técnico en calidad de perito en procedimientos judiciales o arbitrales.
- A estas alturas, no queda al juez o árbitro, que no es perito en la materia contable, sino admitir el estudio técnico que le presente el contador, y tenerlo en cuenta al dictar la sentencia o laudo que dará cima al procedimiento.
- Por supuesto, esta labor selectiva del juzgador ofrece en la práctica serias dificultades, ante la frecuencia con la que se enfrenta a dictámenes periciales contradictorios, en cuyo supuesto, como se sabe, suele disponer de su facultad de designar un perito tercero que, a lo menos en teoría, deberá actuar con un índice de imparcialidad superior al de los peritos designados por las partes contendientes.
- De esta suerte, la prueba pericial de que se trata sólo debe encomendarse a un contador público dotado de ciertos atributos, en vista de que al aceptar el cargo, protesta su leal y fiel desempeño, mientras que al rendir su dictamen protesta haber actuado de acuerdo con su leal saber y entender.

Extrañamente afirma **Quintana Adriano**⁵ que conforme a nuestro *C.Com.*, los comerciantes deben llevar un libro diario, el mayor, el mayor general, el de inventarios y balances y, si se trata de personas morales, el de actas. La verdad es que, salvo el mayor, el mayor general y el de actas, nuestro ordenamiento mercantil no exige llevar los demás libros, cosa que deja a la conveniencia y necesidades del comerciante (arts. 35 y 36, *C.Com.*).

Por ilustrativa y amena, es recomendable la lectura de los pasajes que el historiador **Thomas Calvo**⁶ dedica a referir las técnicas comerciales de contabili-

⁵ *Ciencia...*, cit., pág. 301.

⁶ *Guadalajara y su región en el siglo XVII. Población y economía*, Centro de Estudios Mexicanos y Centroamericanos, H. Ayuntamiento de Guadalajara, Guadalajara, 1992, págs. 372 y siguientes.

dad empleadas durante los siglos xvii y xviii por los comerciantes de la Nueva Galicia, que dicho autor califica, rotunda y tal vez exageradamente, de utópicos e ingenuos.

4.3.4 Conservación de documentos y correspondencia

No es necesario extenderse en las razones de la importancia que reviste la conservación de los documentos y la correspondencia de los comerciantes, que desempeñan un importante papel en caso de controversias judiciales o arbitrales, en razón de la mayor o menor fuerza probatoria que les atribuye la ley procesal mercantil (arts. 1296 a 1298, *C.Com.*).

Es por ello que todo comerciante debe conservar en original todos los documentos que reciba y en copia los que expida, incluidos los mensajes de datos electrónicos, siempre que se relacionen con su actividad mercantil, por un mínimo de diez años, máxime si se atiende a que en caso de juicio, la autoridad judicial está facultada para decretar, a petición de parte o incluso oficiosamente, la presentación de cartas y la compulsión de copias (arts. 47 a 50, *C.Com.*).

4.3.4 bis Leal competencia

Aunque al parecer un tanto fuera de lugar, nuestro legislador mercantil introdujo recientemente (*DOF*, 26 de enero de 2005) un art. 60. *bis* en el *C.Com.*, que obliga a los comerciantes a "... realizar su actividad de acuerdo a los usos honestos (*sic*) en materia industrial o comercial, por lo que se abstendrán de realizar actos de competencia comercial...", entendidos como tales los siguientes:

- I. Los que creen confusión con el establecimiento, los productos o la actividad de otro comerciante;
- II. Los que desacrediten, con falsas aseveraciones, el establecimiento, los productos o la actividad de cualquier otro competidor;
- III. Los que induzcan al público a error sobre la naturaleza, el procedimiento de fabricación, las características o la aptitud en el empleo o en la cantidad de los productos;
- IV. Los que se encuentren previstos en otras leyes.

Procede, primeramente, anotar el defectuoso empleo del vocablo *honestos*, pues debió hacerse referencia a los usos honrados.

Por lo demás, el propio precepto establece un requisito de procedibilidad de las acciones civiles respectivas, consistente en la necesariamente previa

obtención de un pronunciamiento firme en la vía administrativa. No cabe duda sobre que, por tanto, en la mayoría de los casos será necesario agotar tal procedimiento administrativo, atento lo dispuesto por los arts. 187 y 213-I, IX y otras, de la *Ley de la Propiedad Industrial*.

Con tal medida, nuestro legislador sólo atendió la obligación que a nuestro país impuso, desde hace muchos años, el art. 10 *bis* del Convenio de París para la Protección de la Propiedad Industrial, que en su párrafo 2 proclama lo siguiente: “Constituye acto de competencia desleal todo acto de competencia contrario a los usos honrados en materia industrial o comercial”, y en el párrafo 1 deja claramente establecida la obligación, a cargo de los países de la Unión, como lo es México, de “... asegurar a los nacionales de los países de la Unión una protección eficaz contra la competencia desleal”. Más adelante (*infra*, unidad 5 *bis*) se desarrollarán con mayor amplitud éste y otros aspectos de la competencia desleal.

4.3.4 *ter* La contabilidad, la correspondencia y los libros de actas como prueba ante los tribunales

Ahora bien, ¿cómo debe ofrecerse la prueba idónea para que el juzgador y los peritos puedan conocer, opinar y decidir sobre el valor probatorio de los registros contables y sus efectos sobre el juicio respectivo?

Téngase presente, ante todo, que ningún tribunal o autoridad puede ordenar de oficio a un comerciante que le informe si lleva o no su sistema de contabilidad en la forma prevista por el *C.Com.* (art. 42).

Por otra parte, el examen de los libros, registros, comprobantes, cartas, cuentas y documentos de los comerciantes, si se requiere su revisión completa, sólo puede ordenarse en cuatro supuestos: sucesión universal, liquidación de compañía, gestión comercial por cuenta de otro o concurso mercantil. A este esquema probatorio se le conoce como comunicación, entrega o reconocimiento general de los citados elementos documentales (art. 43). En cambio, cuando no se precise el examen total de las referidas constancias documentales, la prueba debe ofrecerse como exhibición de libros, registros o documentos, que puede ordenarse de oficio o a instancia de parte, cuando el comerciante tenga algún interés o responsabilidad en el asunto que haya dado causa al litigio. En este caso, el mecanismo es el siguiente:

“... El reconocimiento se hará en el lugar en que habitualmente se guarden o conserven los libros, registros o documentos, o en el que de común acuerdo fijan las partes, en presencia del comerciante o de la persona que comisione, y se contraerá exclusivamente a los puntos que tengan relación directa con la acción

deducida, comprendiendo en ellos aun los que sean extraños a la cuenta especial del que ha solicitado el reconocimiento” (art. 44).

Por lo que hace a la correspondencia, también de oficio o a instancia de parte legítima, el juez puede decretar que se presenten en juicio las cartas que se relacionen con la *litis*, y que se compulsen de las copias las que se hayan dirigido por los litigantes (art. 50).

Finalmente, y a reserva de examinar más adelante otras disposiciones en materia de libros de actas (*infra*, 10.10), parece ser éste el lugar para dejar precisado que en toda acta de asamblea general —se trata, por supuesto, de las que celebran las sociedades mercantiles— deben expresarse la fecha, los nombres de los asistentes, los números de acciones que cada uno represente y, consecuentemente, el número de votos que a cada uno de ellos corresponde, así como los acuerdos que se tomen; cuando las votaciones no sean económicas, los votos favorables emitidos y, en general, todo lo que conduzca al adecuado conocimiento de dichos acuerdos.

En cambio, las actas relativas a las reuniones del consejo de administración sólo deberán expresar la fecha de la reunión respectiva, el nombre de los asistentes y la mención de los acuerdos tomados.

Empero, nada impide, en ambos casos, que estatutaria o prácticamente se adopten otros requisitos, además de los mencionados, siempre, claro es, que con ello no resulten vulnerados los derechos corporativos de los socios.

En ambos casos, las actas deberán ostentar la firma de las personas a quienes corresponda otorgarla (art. 41).

4.3.4 *quater* Derechos de los comerciantes

Ahora bien, más allá de lo expuesto, es justo referir que también la calidad de comerciante es objeto de ciertos derechos, como el de exhibir, en caso de juicio y en calidad de prueba, sus libros, papeles y documentos, incluso las constancias digitales (arts. 1205, 1241, 1243, 1295 y 1298-A, *C.Com.*).

También configuraba un derecho, y por cierto de relevante importancia, el de que se protejan sus derechos de propiedad industrial, como lo son las patentes de invención, los modelos de utilidad, los diseños industriales, las marcas, los avisos comerciales, las denominaciones de origen y los secretos industriales (art. 50.-V, *LPI*) y, dentro del mismo terreno, la protección de los actos que constituyan competencia desleal (art. 50.-VI, *LPI*, derogado el 2 de agosto de 1994 en el *DOF*). Y la importancia de esta tutela alcanzó, desde fines del siglo XIX, el rango de tratado internacional, como lo es el Convenio de París para la Protección de la Propiedad Industrial, conforme a su última

versión, adoptada en Estocolmo durante 1967, que incluso consigna disposiciones sobre la represión de la competencia desleal (arts. 1o., 2o. y 10 bis).

Desde el punto de vista gremial, a todo comerciante asiste el derecho de afiliarse a la cámara empresarial que le corresponda en razón de su giro (arts. 2o.-III y 4o., *Ley de Cámaras Empresariales y sus Confederaciones*).

Mas incluso en el supuesto de que los comerciantes incurran en insolvencia no intencional o culposa, les asiste el derecho de acudir a la protección que les otorga la *Ley de Concursos Mercantiles*, cuyo confesado propósito es el de conservar las empresas y evitar que el incumplimiento generalizado de sus obligaciones de pago las coloque en peligro de inviabilidad, mediante los procedimientos de conciliación y de quiebra (arts. 1o. y 2o.).

Ahora bien, ante la posibilidad, que de hecho se ha presentado en algunos lamentables casos, de intentar la aplicación, en nuestro país, de disposiciones legales extranjeras que de uno u otro modo afecten el comercio o la inversión nacional, en 1996 se expidió la *Ley de Protección al Comercio y la Inversión de Normas Extranjeras que Contravengan el Derecho Internacional*, que concede a los comerciantes, así como a cualquier persona que se considere afectada, el derecho de acudir a la Secretaría de Relaciones Exteriores y a la Secretaría de Comercio y Fomento Industrial, hoy Secretaría de Economía, pero también a los tribunales nacionales, para que se les proteja en contra de sentencias, requerimientos judiciales o laudos arbitrales emitidos con base en leyes extranjeras que contravengan el derecho internacional (arts. 1o., 2o., 3o. y 4o.).

4.4 Limitaciones al ejercicio del comercio

Aunque es cierto que el art. 5o. de la *CPEUM* proclama la libertad de comercio, así como que tal libertad sólo puede acotarse por determinación judicial o por resolución gubernativa, en los casos ahí mencionados, la verdad es que, con escasas salvedades, la absoluta libertad de comercio es utópica; obstáculos, prohibiciones, restricciones y cortapisas se encuentran por doquier: las leyes en materia de inversión extranjera, de competencia económica, de operación del crédito, sobre el seguro, de la radiodifusión, del transporte, etc., contienen un amplísimo elenco de limitaciones al ejercicio del comercio. Más aún, el propio *C.Com.* consigna las que se examinarán a continuación.

4.4.1 Inhábiles

4.4.1.1 Quebrados no rehabilitados

La *Ley de Concursos Mercantiles* no sanciona a los quebrados, como sí lo hacía su predecesora, la *LQSP (Ley de Quiebras y de Suspensión de Pagos)*, con la inhabilitación para el ejercicio del comercio. De ello resulta que todo comerciante quebrado, aun en el supuesto de fraudulencia, puede sin cortapisas seguir ejerciendo el comercio, y, por tanto, el anacronismo de lo dispuesto en el art. 12-II del *C.Com.*

4.4.1.2 Condenados por delitos patrimoniales

Subsiste, en cambio, la prohibición de ejercer al comercio a los reos de delitos contra la propiedad, incluidos los de falsedad, peculado, cohecho y concusión (art. 12-III).

4.4.1.3 Extranjeros carentes de autorización expresa

La extranjería ha venido constituyendo, en casi todo el mundo, y en nuestro país no podía ser menos, una seria limitante al ejercicio del comercio. En efecto, la libertad que a los extranjeros otorga el art. 13 del *C.Com.*, es sólo aparente, pues ahí mismo se restringe en dos formas: *a)* según los tratados con sus respectivos países, y *b)* con arreglo a las leyes nacionales de extranjería, que son: la *Ley de Nacionalidad (L. de N., DOF del 23 de enero de 1998)* y la *Ley General de Población (LGP, DOF, 7 de enero de 1994)*.

En cuanto a las agencias o sucursales de sociedades extranjeras, además de lo dicho, se les remite a las disposiciones aplicables de la *Ley General de Sociedades Mercantiles*, que en su lugar se analizarán (*infra*, unidad 17), en unión del contenido de la *LIE*. No está de más tener presente la existencia de disposiciones para específicas manifestaciones de las sociedades extranjeras como las bancarias, contenidas en la *LIC*, las aseguradoras, en la *LGISMS*, y algunas otras.

4.5 Incompatibilidades

4.5.1 Corredores públicos

De diversa índole son las restricciones al ejercicio del comercio derivadas de la actividad de los sujetos, caso en el que se encuentran los corredores públicos (arts. 12-I, *C.Com.*, y 20-I, *LFCP*), pues, en efecto, dado su carácter legal

de fedatarios, mediadores, peritos valuadores, asesores y árbitros, todo ello en materia mercantil (art. 6o., *LFCP*), habría una notoria incompatibilidad con el ejercicio directo del comercio.

4.5.2 Agentes aduanales

No aparece en la *Ley Aduanera* expresión alguna de la que pudiera inferirse que los agentes aduanales reporten limitación para el ejercicio del comercio.

4.5.3 Notarios públicos

Puesto que estos personajes disponen también de las atribuciones mercantiles que corresponden a los corredores (*supra*, 4.5.1), igualmente sobre estos fedatarios recae incompatibilidad con el ejercicio del comercio, y así lo dispone de modo expreso el art. 32 de la *Ley del Notariado para el Distrito Federal (LNDF)*.

4.5.4 Funciones judiciales

Llama la atención el marcado contraste entre las incompatibilidades impuestas a los corredores públicos y a los notarios, que no tienen funciones de autoridad, con la libertad para el ejercicio del comercio de que disfrutaban los más altos funcionarios judiciales, como son los ministros de la *SCJN*, así como los magistrados de circuito, jueces de distrito y demás, según resulta, implícita pero claramente, de lo dispuesto por el art. 146-XII de la *Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación (LOPJF)*, que sólo los obliga a abstenerse de conocer de asuntos en caso de: “Ser acreedor, deudor, socio, arrendador o arrendatario, dependiente o *principal* de alguno de los interesados”. Al efecto, recuérdese que por *principal* se entiende, en el *C.Com.*, el comerciante en cuanto titular de una empresa o negociación mercantil (arts. 311 y sigs., *C.Com.*).

4.6 Límites a la capacidad para ejercer el comercio

Además de las prohibiciones e incompatibilidades para el ejercicio del comercio, operan también las incapacidades. Recuérdese que, con todo y lo criticable de su redacción (*supra*, 4.2.1), el art. 3o.-I del *C.Com.*, reputa comerciantes sólo a quienes tengan capacidad legal para ejercer el comercio,

a lo que el art. 5o. añade que tal capacidad la tiene: “Toda persona que según las leyes comunes es hábil para contratar y obligarse...”.

Por ello, conviene recordar que carecen de la capacidad civil de ejercicio los menores de dieciocho años no emancipados (arts. 641 a 647, *C.Civ.*), así como que, a pesar de lo expuesto por el criticado art. 3o.-I del *C.Com.* sí pueden adquirir la calidad de comerciantes, que supone la capacidad *de goce*, la cual no les está vedada por el *C.Civ.*

4.6.1 Menores de edad no emancipados

Es necesario tener presente, una vez más, que, conforme a la regla general, la capacidad para realizar actos de comercio es la que resulta del derecho común, esto es, del *C.Civ.*, por así disponerlo el art. 5o. del *C.Com.*: “Toda persona que según las leyes comunes es hábil para contratar y contratarse, y a quien las mismas leyes no prohíben expresamente la profesión del comercio, tiene capacidad legal para ejercerlo”.

Ahora bien, este ordenamiento civil prescribe la incapacidad natural y legal de los menores de edad, pero también de los mayores disminuidos o perturbados en su inteligencia, e igualmente de los que padezcan alguna afección originada por enfermedad o deficiencia persistente, derivada de ciertas circunstancias especialmente patológicas.

En tales condiciones, dicha incapacidad se atenúa grandemente si el menor obtiene la emancipación por razón de matrimonio, sin olvidar que la mayoría de edad se adquiere a los 18 años cumplidos, si bien los efectos de la emancipación por matrimonio previo a la mayoría de edad se conservan, para todos los efectos legales (arts. 450, 451, 641, 643, 646 y 647, *C.Civ.*).

De todo ello se infiere que un menor emancipado puede ejercer el comercio, con la única limitación de que mientras sea menor de edad no podrá dedicarse a operaciones que impliquen la enajenación de bienes raíces (art. 643, *C.Civ.*). Empero, una vez más, deberá tenerse presente que, en cambio, cualquiera que sea la incapacidad, la misma es sólo de ejercicio, pues en cambio todos los incapaces pueden asumir el carácter de comerciantes.

4.6.2 Incapaces conforme al derecho común

La otra incapacidad de ejercicio pesa sobre los “... Los mayores de edad que por causa de enfermedad reversible o irreversible, o que por su estado particular de discapacidad, ya sea de carácter físico, sensorial, intelectual, emocional, mental o varias de ellas a la vez, no puedan gobernarse, obli-

garse o manifestar su voluntad, por sí mismos o por algún medio que la supla” (art. 450.-II, *C.Civ.*).

Aquí conviene expresar, una vez más, que estas incapacidades son sólo de ejercicio del comercio, pero no impiden que el afectado adquiera la calidad de comerciante, que, por supuesto, ejercerá por conducto de uno o más terceros, con el carácter de factor y dependientes, respectivamente, en cuanto auxiliares.

4.6.2 *bis* Competencia desleal

Mas también de modo inexorable se viene haciendo sentir la preocupación de los Estados por las formas, contenido y proliferación de la competencia desleal, preocupación que se manifiesta en leyes de la más diversa índole con expresiones, casi todas ellas, de limitación a ciertas actividades de los comerciantes.

Así, cuando el todavía reciente art. 6o. *bis* del *C.Com.*, conmina a los comerciantes a realizar su actividad con arreglo a los usos honestos en materia industrial o comercial, deben abstenerse de realizar actos de competencia que originen confusión con el establecimiento, los productos o las actividades de otros comerciantes, pero también los que desacrediten tales manifestaciones empresariales de otros comerciantes e igualmente los que induzcan al público a error sobre la naturaleza, el modo de fabricación, las características, la aptitud en el empleo o la cantidad de los productos.

No está de más recordar que tal preceptiva figuraba ya en el art. 10 *bis* del Convenio de París para la Protección de la Propiedad Industrial, luego en verdad no hacía falta adicionar nuestro *C.Com.*, por cuanto el referido precepto del Convenio de París ya era de observancia obligatoria en nuestro medio.

Por su parte, la *Ley de la Propiedad Industrial*, heredera de anteriores leyes mexicanas protectoras de las manifestaciones intelectuales de contenido mercantil, como las patentes, los modelos industriales, las marcas, los nombres y avisos comerciales y demás, implica, necesariamente, importantes limitaciones al ejercicio del comercio, puesto que uno de sus objetos (art. 2o.-VI y VII) es el de prohibir los actos que atenten contra la propiedad industrial o que constituyan competencia desleal, así como establecer las condiciones de seguridad jurídica entre las partes en la operación de las franquicias, y garantizar el trato no discriminatorio para todos los franquiciatarios del mismo franquiciante.

Por su parte, la *Ley Federal de Competencia Económica* también tiene por objeto, en forma clara y terminante (art. 2o.), el de proteger el proceso de

competencia y libre concurrencia, mediante la prohibición de monopolios, prácticas monopólicas y demás restricciones al libre funcionamiento de los mercados de bienes y servicios, por lo que (art. 3o.) somete a su regulación a todos los agentes económicos, personas físicas o morales, con o sin fines de lucro, incluidas las dependencias y entidades de las administraciones públicas federales, estatales o municipales, asociaciones, cámaras empresariales, agrupaciones de profesionistas, fideicomisos y cualesquiera otras formas de participación en la actividad económica.

Resulta así por demás evidente que los comerciantes de todo tipo, quedan expuestos a serias e importantes limitaciones en sus actividades.

UNIDAD 4 *bis*

Los auxiliares mercantiles

4 *bis.1* Concepto y clasificación

Es cada vez mayor el número de actividades comerciales que requieren del auxilio de terceros. Ahora bien, estos terceros pueden estar ligados al empresario por un contrato de subordinación, vale decir, de naturaleza laboral, y en tal caso el estudio de este contrato es propio del derecho laboral, con todas sus consecuencias.

Frente a tales auxiliares, que en doctrina y en la práctica se conocen como *dependientes* o *auxiliares del comerciante*, aparecen los llamados *auxiliares independientes* o *del comercio*, que despliegan su actividad en forma independiente, y que se vinculan a las empresas mediante contratos de una amplísima variedad, en los que aparece como denominador común la colaboración.

En tales condiciones, debe entenderse por auxiliares mercantiles a todas aquellas personas físicas o jurídicas que prestan su colaboración al comerciante para facilitarle la realización de su actividad mercantil. Concepto tal, por supuesto, es fatalmente amplio, si bien resulta necesario, según antes se

apuntó, dejar establecida una doble vertiente; así, los auxiliares mercantiles se clasifican en dos categorías:

- **Auxiliares dependientes o del comerciante**, sujetos a él por una relación laboral o de subordinación, consecuentemente regulada por el derecho laboral y, por tanto, necesariamente se trata de personas físicas. El principal de ellos, sin duda alguna, es el factor o gerente, que es cada vez más conocido como director general y que, en las sociedades mercantiles, configuran el órgano de administración; jerárquicamente inferiores a dicho factor, un importantísimo papel desempeñan también los auxiliares dependientes (arts. 309 y sigs., *C.Com.*) el régimen legal de ambos se examinará más adelante, con exclusiva referencia a la legislación mercantil.
- **Auxiliares independientes o del comercio**, cuya actividad encuentra regulación en disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de la más diversa índole. En consecuencia, estos auxiliares son, como antes se anunció, personas físicas o jurídicas cuya finalidad es la de colaborar, como mediadores, en la actividad del comerciante. Aquí, en cambio, el examen de estos entes debe hacerse con arreglo a la regulación de sus actividades, sin que falten casos en los que actúan con una total ausencia de regulación específica.

Barrera Graf¹ muestra su inconformidad con la expresión “auxiliares independientes”, y hace suya la crítica formulada por **Garrigues**. Ambos estiman que si son auxiliares, no pueden ser independientes, luego debe emplearse la expresión *auxiliares libres*.

Aunque es notoria la intrascendencia de la discusión, y así lo expresa **Mantilla Molina**,² las expresiones ponen de manifiesto, con absoluta claridad, que: mientras que los auxiliares independientes actúan sin supeditación alguna y, en principio, están facultados para prestar sus servicios a cualquier comerciante que los solicite, los dependientes actúan con arreglo a una relación vertical de subordinación, y por tanto son exclusivos de un comerciante.

En la misma forma se manifiesta **Heinsheimer**,³ el que, con meridiana claridad, escribe que los agentes comerciales, en cuanto auxiliares independientes: “... son aquellos que sin depender directamente de otros comerciantes, se ocupan de un modo permanente en concluir los negocios de éstos o en servirles de mediadores para la conclusión de los mismos; los agentes mercantiles tienen a su vez la condición de comerciantes”.

¹ *Instituciones de derecho mercantil*, 3a. reimp., Editorial Porrúa, México, 1999, págs. 211-232.

² *Derecho mercantil*, 22a. ed., Editorial Porrúa, México, 1982, pág. 149.

³ *Derecho mercantil*, Editorial Labor, Barcelona, 1933, pág. 86.

4 bis.2 Importancia moderna de los auxiliares mercantiles

Apenas si hace falta expresar que toda actividad comercial, por pequeña que sea la empresa respectiva, precisa del auxilio de colaboradores dependientes, encabezados por el factor. Consecuentemente, poco es lo que amerita el detenerse en estos personajes, encabezados por los administradores, si se trata de sociedades mercantiles, e inmediatamente debajo de ellos por el director general. Configuran, pues, una plantilla de personas físicas imprescindibles; del desempeño y responsabilidades de los administradores se tratará más adelante (*infra*, 10.14), y de los factores y dependientes, en esta unidad (*infra*, 4 bis.3).

Muchas son las ventajas que acarrea la actividad de los auxiliares mercantiles del comercio o independientes; he aquí algunas de ellas:

- Suponen considerables economías en cuanto al costo de locales, servicios telefónicos y de transporte, de personal, de publicidad y algunos otros.
- Se suele aducir, como ventaja laboral, la de que el comerciante o empresa no necesita disponer de personal propio, pues acude al de empresas que habrán de desarrollar las necesarias actividades, con lo cual, supuestamente, las empresas prestatarias de los servicios quedan al margen de conflictos laborales. Empero, tal supuesto resulta ilusorio, si se atiende a la figura laboral del patrón sustituto, según la cual el empleado o trabajador puede actuar legalmente en contra del empresario que verdaderamente resulta beneficiado con su actividad.
- Actividades hay que serían imposibles sin el auxilio de colaboradores independientes, a tal grado que las leyes respectivas admiten, y frecuentemente reconocen y aun imponen, la participación de estos entes colaboradores. Se trata, como resulta fácil inferirlo, de las actividades bursátiles, de colocación de seguros, de fianzas, de exportación e importación de mercaderías y algunas otras, que de modo generalizado se operan, exclusivamente, a través de agentes de valores, de seguros, de fianzas, aduanales, etc. Como es bien sabido, todos estos agentes, frecuentemente constituidos como personas morales, son comerciantes ellos mismos y, además, su actividad es objeto de las respectivas regulaciones específicas, con un obvio atributo común, como lo es la mercantilidad de los contratos que los vinculan con las empresas prestatarias de sus servicios, o bien con los terceros beneficiados con tales servicios. Especial mención merecen, dentro de esta amplia laya de auxiliares independientes, los corredores públicos, con la circunstancia de que éstos,

en cambio, no son ni pueden ser comerciantes, atento lo dispuesto por el art. 12-I del *C.Com.*, que les prohíbe el ejercicio del comercio.

Estos personajes encuentran la específica regulación de sus actividades en la *Ley Federal de Correduría Pública*, que es de orden público y de naturaleza federal (art. 1 o., *LFCP*).

La profesión de estos corredores de comercio es de antiguo y rancio abolengo. Así, ya las *Ordenanzas de Bilbao* [capítulos quince y diez y seis (*sic*)] disponían (con respeto de la grafía original) que: “Los que hubieren de ser nombrados y admitidos á este ejercicio han de ser vecinos de esta villa,... hombres de buena opinion y fama, prudentes, secretos, hábiles é inteligentes en todo género de comercio de mercaderías, cambios, seguros y fletamentos... Tendrán obligación de poner los negocios, y proponerlos con discrecion y modestia, sin exagerar las partes y calidades de los unos negociantes, ni vituperar las de los otros, proponiendo sinceramente el negocio que intentaren, sin manifestar los actores hasta que la necesidad lo pida”. Sin expresarlo rotundamente, estos corredores tenían fe pública, si bien su intervención no era obligatoria y, tal como ocurre en la actualidad, tenían prohibido el ejercicio del comercio.

Más adelante, el *Código de Comercio* español de 1829 reguló detenidamente la actividad de estos corredores, de los cuales **Joaquín Escriche**⁴ decía que son agentes auxiliares del comercio, cuyo oficio es el de mediar entre los comerciantes para facilitarles los contratos y negociaciones mercantiles: “Estos agentes se tienen por muy útiles y aun indispensables en el comercio, porque recibiendo igualmente las demandas y las ofertas, y conociendo las casas donde podrán encontrar lo que buscan ó donde se quiere adquirir lo que otro trata de enajenar vienen á ser un centro común y un medio de comunicación sin el cual muchas veces no podría fácilmente el vendedor despachar sus mercaderías ó efectos, ni el naviero ó capitán completar la carga para su buque, ni el comprador encontrar los géneros o el papel que necesita”. En este mismo ordenamiento quedaba claro (art. 63) que el oficio de corredor era viril y público. Lo mismo prescribía el original art. 54-I del *C.Com.*, al exigir que el corredor debería ser varón y de 21 años cumplidos. En este mismo Código se establecía que los corredores podían ser de cambio, de mercancías, de seguros, de transportes y de mar (art. 52).

No carece de interés una información histórica nacional sobre la regulación de estos personajes, que parecería contradecir lo anterior.

La Junta de Fomento de Comercio de Guadalajara —a la sazón capital todavía de la Nueva Galicia— logró que el 30 de mayo de 1842 se “... expidiera un reglamento de *corredores* para evitar los abusos que éstos cometían en el mercado tapatio. La proliferación de esta especie de notarios —su tarea consistía en certificar los contratos celebrados entre dos o más negociantes— durante los primeros años de la década había sido muy grande, de suerte que no todos contaban con la capaci-

⁴ *Diccionario razonado de legislación y jurisprudencia*, I, Manuel Porrúa, México, 1979, págs. 519 y siguientes.

dad o la solvencia requeridas, por lo cual fueron ellos, justamente, la causa de muchos enredos y fraudes, cuando no cómplices en los mismos.- El reglamento exigió a los aspirantes a corredor requisitos como ser vecino de Guadalajara, tener más de 21 años y estar instruido en lectura, escritura y aritmética, además de gozar de buen prestigio social. A la Junta, por su parte, se otorgó la facultad de acreditarlos y la obligación de evitar que ejercieran el oficio extranjeros no naturalizados, eclesiásticos, militares en servicio activo, empleados oficiales y mercaderes en quiebra aún no rehabilitados”. Por supuesto, se exigía el cumplimiento de otros requisitos, como el de otorgamiento de una fianza por dos mil pesos y la obligación de guardar secreto sobre los negocios en los que intervinieran.⁵

La existencia y actividad de estos corredores públicos, pacíficamente aceptada en otros países de derecho escrito y de impronta napoleónica, ha sido objeto de encontradas opiniones en nuestro país, principalmente a partir de la entrada en vigor, en enero de 1993, de la *LFCP*.

Jurisprudencia. Corredores públicos. Su función de fedatarios se limita exclusivamente a la materia mercantil.

Segundo Tribunal Colegiado del Quinto Circuito. Amparo directo 301/2004. Jesús Sánchez Mendoza. 8 de septiembre de 2005. Unanimidad de votos. Ponente: Hugo Alejandro Bermúdez Manrique. Secretaria: María Guadalupe Romero Esquer.

Jurisprudencia. Corredor público. Carece de facultades para cotejar y certificar una copia de acta de asamblea de una sociedad mercantil, protocolizada ante notario público.

Décimo Segundo Tribunal Colegiado en Materia Administrativa del Primer Circuito. Amparo directo 1732/2001. Inversat de México, S.A. de C.V. 21 de febrero de 2001. Unanimidad de votos. Ponente: Roberto Avenaño. Secretaria: Minerva Herlinda Mendoza Cruz.

Efectivamente, en un principio, los corredores públicos mostraron su inconformidad con las que calificaron de monopólicas atribuciones de los notarios públicos, de modo especial a la vista de la prohibición que pesa sobre los corredores de actuar como fedatarios en contratos y demás actos que recaigan sobre inmuebles (art. 60.-V, *LFCP*), así como de intervenir en actos o contratos de naturaleza civil, según resulta, a *contrario sensu*, de las facultades que les confiere el art. 60. del mismo ordenamiento legal.

⁵ *Historia de Jalisco*, tomo III, Gobierno de Jalisco, Secretaría General, Unidad Editorial, Guadalajara, 1981, pág. 105.

Finalmente, llama la atención el criterio sustentado por el Primer Tribunal Colegiado del Octavo Circuito en la queja 49/2003, Carlos Mendoza Hernández, resuelta el 12 de noviembre de 2003, en el sentido de que estos corredores públicos asumen el carácter de autoridad responsable cuando intervienen como auxiliares de la administración de justicia y efectúan el remate de un bien mueble embargado: “Por tanto, la actuación del corredor público, quien en virtud de un mandato expreso de la ley interviene como tercero auxiliar de la administración de justicia y efectúa el remate de un bien mueble embargado en un juicio civil, constituye un acto de autoridad susceptible de reclamarse en el juicio de garantías...”.

Por todo ello, resulta interesante e ilustrativo el dar cuenta aquí de la opinión sustentada por un corredor público del estado de Guerrero, **Adrián García Fierro**,⁶ quien lamenta una serie de los que considera errores y vaguedades en la *LFCP* lo que, según apunta, ha llevado a algunas autoridades a formular obstáculos a la actividad de dichos corredores o a resolver los asuntos conforme a criterios subjetivos y sin sustento jurídico, todo ello en detrimento de quienes buscan certeza jurídica para sus transacciones comerciales. Así, y a guisa de ejemplo, expresa que “... los notarios públicos, el Registro Público de la Propiedad y algunas autoridades interpretan que los corredores no podemos fedar en contratos de crédito bancario con garantía hipotecaria, ni en la cancelación de las respectivas hipotecas, ni en la constitución o modificación de fideicomisos o derechos fideicomisarios, entre otros actos, no obstante que los intervinientes son comerciantes, las figuras jurídicas o actos involucrados están previstos en las leyes mercantiles, sus fines son lucrativos y se documentan en títulos mercantiles, como los pagarés, datos que constituyen elementos característicos y distintivos del acto mercantil, en los términos previstos en el art. 75 del *Código de Comercio*,... Así las cosas, merced a la ignorancia y a la mala fe de algunas autoridades al interpretar la norma, la excepción en comentario se ha estado interpretando y aplicando como regla, generándose así el primer agujero negro. Al igual que en el caso anterior, ocurre lo mismo con la frase ‘actos y hechos de naturaleza mercantil’, contenida en los arts. 6o., fraccs I y V, y 18 de la *LFCP*, y en los arts. 35 y 53 de su Reglamento, frase que, por carecer de sustento en el sistema jurídico, en la jurisprudencia y en la doctrina nacional e internacional, constituye el segundo agujero negro de nuestro sistema jurídico”.

Pero más allá de lo que expresa **García Fierro**, parece necesario recordar que el art. 75 del *C.Com.* reputa actos de comercio: “II. Las compras

⁶ “Agujeros negros en la Ley Federal de Correduría Pública”, en Revista *El mundo del abogado*, año 12, núm. 132, abril de 2010, págs. 38 y 39.

y ventas de bienes inmuebles, cuando se hagan con dicho propósito de especulación comercial”, habida cuenta, además, de que la fracc. XXV del propio precepto considera también como de comercio “... otros actos de naturaleza análoga a los expresados en este Código”, por donde no es difícil concluir que también los arrendamientos y los créditos otorgados sobre bienes inmuebles, cuando se hagan con propósito de especulación comercial, son actos de comercio y, por lo mismo, apropiados para la intervención de corredores públicos.

- También reviste un alto grado de importancia, como auxiliares del comercio, la actuación de los notarios, igualmente dotados de fe pública, si bien su regulación no es federal, sino que se conserva como parte de las facultades legislativas de los Estados de la Federación. Es por ello que existen tantas leyes del notariado como entidades federativas, si bien, como es lógico, todas las regulaciones ofrecen perfiles similares.

Las funciones notariales derivan, en el Distrito Federal, de lo dispuesto por el art. 122-IV, *g*) de la *CPEUM*, en cuanto reserva a la Asamblea de Representantes, del propio Distrito Federal, las facultades para legislar en materia notarial.

Ahora bien, en razón de la amplitud y trascendencia de la actividad notarial, la *Ley del Notariado para el Distrito Federal* (art. 32), finca a estos personajes la prohibición de ser comerciantes. En cambio, la generalidad de nuestros códigos civiles faculta a estos notarios para sustituir al juez en el trámite de juicios sucesorios, cuando los herederos así lo convengan y no existan intereses dignos de protección especial sobre el acervo hereditario.

No cabe duda sobre que en estos casos el notario desempeña una función exactamente igual a la del juez, luego no es de extrañar la existencia de algún criterio jurisprudencial en el sentido de que, en tal supuesto, el notario asume el papel de autoridad. Así lo estimó el Segundo Tribunal Colegiado del Decimoprimer Circuito, al resolver la queja 32/2001, Enrique Efrén Quintero García, el 5 de noviembre de 2001: “De conformidad con lo dispuesto por los artículos..., los notarios públicos pueden intervenir en la tramitación de los juicios sucesorios, supliendo la actividad del Juez; supuesto en que sus actos deben considerarse como autoridad, toda vez que en realidad, con ese actuar, llevan a cabo actividades originalmente encomendadas a la autoridad jurisdiccional, unilaterales e imperativas, las cuales pueden afectar la esfera jurídica de los gobernados...”.

- La actividad de estos entes mediadores también representa utilidad a los consumidores, que merced a estas entidades, en la práctica conocidas hoy día con las abominables expresiones inglesas *call center* u *outsourcing*,

pues en realidad con tales anglicismos se entiende que operan como mediadoras, encuentran muy apreciables comodidades en la recepción de servicios frecuentemente imprescindibles, como lo son los de emergencias de índole automovilística, hogareña, sanitaria, mortuoria y algunas otras. También en estos casos los contratos respectivos son los previstos por el art. 75-XIII del *C.Com.*, de mediación en negocios mercantiles, muy a pesar de que con frecuencia los servicios son, en su carácter prístino, de naturaleza civil, como los de carácter médico, jurídico y otros, que fatalmente asumen naturaleza comercial, en cuanto son operados empresarialmente por sociedades mercantiles, que son las jurídicamente prestadoras de los servicios, mismos que ofrecen al público merced a los contratos respectivos celebrados con los proveedores directos.

- Por tratarse de personajes que prestan importantes servicios a cierto sector del comercio, en especial el de importación y exportación, vale la pena hacer una breve referencia a los agentes aduanales, previstos y regulados por la *Ley Aduanera*. He aquí, brevemente expuestas, sus atribuciones, así como los requisitos para el desempeño del cargo; ante todo, téngase presente que: “Agente aduanal es la persona física autorizada por la Secretaría, mediante una patente, para promover por cuenta ajena el despacho de las mercancías, en los diferentes regímenes aduaneros previstos en esta ley” (art. 159, *LA*).
- Debe tratarse de un ciudadano mexicano por nacimiento, en pleno ejercicio de sus derechos, y obtener, por parte de la SHCP, la patente de agente aduanal.
 - Debe tener un título profesional o su equivalente, y experiencia en materia aduanera de más de cinco años.
 - Aprobar un examen de conocimientos y otro psicotécnico.
 - Para operar, debe haber efectuado el despacho por cuenta de un mínimo de cinco personas que realicen actividades empresariales, en el mes anterior al correspondiente.
 - Debe residir y mantener su oficina principal en el lugar de su adscripción.
 - Ha de ocuparse personal y habitualmente de las actividades propias de su función.
 - También debe dar a conocer, a la aduana en la que actúe, los nombres de sus empleados o dependientes autorizados para auxiliarlo.
 - Al realizar los actos que le correspondan, debe emplear el sistema electrónico y la firma electrónica avanzada que le asigne el SAT (arts. 159 y 160, *LA*).

Pero además, la SE ha emitido algunas disposiciones a propósito de la actividad de estos corredores públicos. He aquí dos de ellas:

- a) Programa denominado Mes de Apoyo de la Correduría Pública a las Sociedades Mercantiles, publicado en el *DOF* del 3 de noviembre de 2009. Según se dijo, en su momento, que durante el mes de noviembre de 2009 los mencionados corredores públicos darían facilidades para la constitución de sociedades mercantiles y formalizarían las asambleas de dichas sociedades, todo ello a bajo costo e igualmente prestarían asesorías jurídicas a empresarios, a fin de prepararlos para competir en nuevos mercados y mejorar su competitividad. Otras actividades se mencionaban en el referido Programa en beneficio de las sociedades mercantiles y de la constitución de todo tipo de empresas de tal naturaleza mediante honorarios reducidos.
- b) Un poco después, el 7 de diciembre de 2009, la propia SE hizo publicar la lista de corredores públicos que, en su calidad de peritos, ofrecen regularmente servicios de valuación en las materias que se mencionaron a lo largo del *DOF* de la indicada fecha.

4 bis.3 Formas contractuales y proyecciones

A un lado de las formas contractuales de mediación antes referidas, es necesario consignar dos de las más frecuentes, como lo son la comisión mercantil y la agencia.

- En cuanto a la *comisión mercantil*, es el mandato aplicado a actos concretos de comercio: he ahí el claro y escueto concepto que de esta figura mercantil suministra el art. 273 del *C.Com.* Por supuesto, es comitente el que la confiere, y comisionista el que la desempeña.

Hay que decir, ante todo, que el contrato de comisión mercantil es por demás frecuente en el moderno mundo del comercio, si bien se advierte en la práctica una serie de lamentables confusiones; tal vez la principal de ellas es la consistente en denominar comisión a contratos que en realidad son de agencia, figura que se examinará inmediatamente después. El agente no puede ser comisionista, aunque a su remuneración se le califique de *comisión*, pues en rigor no es mandatario del principal, sino, como se verá, un mero mediador.

El contrato que aquí se examina no requiere de formalidad alguna, pero si se otorga verbalmente, es necesaria su ratificación por escrito antes de la conclusión del negocio respectivo (art. 274).

Véanse, a continuación, algunas de las más importantes características de esta figura contractual:⁷

- El comisionista es libre de aceptar o no el encargo que pretende conferírsele, pero si lo rehúsa, debe informarlo así de inmediato al comitente (art. 275).
- En cambio, si el comisionista realiza alguna gestión en desempeño del encargo, queda obligado a llevar adelante su cometido, hasta la conclusión, pues en tal caso se entiende su tácita aceptación (art. 276).
- Mediante una disposición que resulta un tanto extraña, tal vez como excesiva protección de los intereses del comitente, aunque el comisionista rehúsa la comisión, queda obligado a practicar las diligencias necesarias para la conservación de los efectos que el comitente le haya remitido, en tanto éste no provea a la designación de un nuevo encargado (art. 277). Aunque el precepto no lo dispone, parece obvia la existencia del derecho a favor del frustrado comisionista de exigir el pago de los gastos que requiera la conservación de los bienes, pues no cabe duda de que el comitente actuó con cierto grado de temeridad, pues ignoraba si el comisionista aceptaría o no el encargo. Y tal presunción encuentra fundamento, *a contrario sensu*, en lo previsto por el art. 278, en cuanto dispone que si el citado comisionista omite avisar al comitente, sin causa legal, que rehúsa la comisión, o bien se abstiene de cumplir la que hubiere aceptado expresa o tácitamente, responderá de los daños que se causen a su contraparte.
- Sólo previa autorización del comitente, el comisionista puede delegar su encargo (art. 280).
- A semejanza de lo que ocurre en el mandato, el comisionista puede actuar en su propio nombre o en el del comitente; en el primer caso, tendrá acción y obligación directamente frente a los terceros (arts. 283 y 284).
- El comisionista tiene derecho a ser remunerado por su desempeño, salvo pacto en contrario; a falta de estipulación, el monto de sus percepciones se regulará por el uso de la plaza en la que se realice la comisión (art. 304).

Al tratar este punto, **Castrillón y Luna**⁸ menciona la posibilidad, que se da en la práctica, de que en un supuesto contrato de comisión mercantil, la actuación del

⁷ Para un estudio amplio y detenido de la comisión mercantil, así como de la agencia, véase **Díaz Bravo**, *Contratos mercantiles*, 11a. ed., Iure Editores, México, 2012, págs. 398-420..

⁸ *Código de comercio comentado*, 3a. ed., Editorial Porrúa, México, 2004, págs. 66 y 67.

comisionista se realice bajo la dirección y dependencia económica del dueño del negocio, o bien cuando se encuentre subordinado a horarios, rutas y demás circunstancias que hagan presumir la existencia de un contrato o relación de trabajo: "... tal comisionista pasaría de ser de (*sic*) un auxiliar del comercio a un auxiliar del comerciante, y el acto de que se trata será de carácter laboral y no mercantil,..." con todo lo cual no puede estarse por menos que de acuerdo.

- Al afirmar que la figura del *agente de comercio* no ha sido captada con precisión por la legislación ni por la jurisprudencia mexicanas, **Mantilla Molina**⁹ reconoce que con la indicada expresión se denota "... una variedad tal de situaciones y de actividades que hacen de la figura en cuestión algo proteico y escurridizo".

En su avasallador empuje, el derecho mercantil pareció llegar a adueñarse de estas figuras, pero no cabe duda que ha perdido terreno frente a otro derecho, el laboral, que sin detenerse en sutilezas, incursiona ya en relaciones jurídicas hasta hace poco reservadas al derecho civil o, cuando más, al mercantil; la agencia es buen ejemplo de ello.

A reserva de examinar más de cerca el contenido de estos contratos, conviene evocar aquí las circunstancias en que llegó a considerárseles mercantiles y que, en verdad, todavía configuran fuertes puntales de quienes siguen ubicándolos dentro del ámbito comercial. Tres de ellas cobran especial relieve:

1. La postura de *igualdad jurídica* que asumen las partes, que en la generalidad de los casos permite al agente, corredor, representante o distribuidor imponer ciertas condiciones a sus servicios, primordialmente la no supeditación a horarios, lugares u órdenes técnicas o administrativas.
2. La *inexistencia de una remuneración fija*, o al menos relacionada con el tiempo destinado a los servicios.
3. La *no exclusividad* de los servicios del prestador, lo que le coloca en la posibilidad, y de hecho así ocurre con gran frecuencia, de prestar los mismos u otros servicios a otras personas.

Pero no cabe duda sobre la existencia, al lado del agente *independiente*, de otro ligado al empresario por vínculos más firmes, que suelen ser de orden económico —suelo y comisión, gratificación anual, etc.—, pero también técnico —instrucciones sobre *modus operandi*, producción o ventas mínimas como requisito para la subsistencia del contrato, delimitación de la zona de servicios y otros—; en todo caso, tanto el *C.Civ.* como el *C.Com.* guar-

⁹ *Derecho...*, *cit.*, núm. 207.

dan absoluto silencio sobre uno y otro agentes, si bien el estatuto mercantil parece referirse a ellos al reputar comerciales “las empresas de comisiones, de agencias...” (art. 75-X), así como “las operaciones de mediación en negocios mercantiles” (art. 75-XIII) y al recordar que los “... dependientes viajantes autorizados... para gestionar negocios o hacer operaciones de tráfico, obligarán a su principal dentro de las atribuciones expresadas en los documentos que los autoricen” (art. 323).

Es la *LFT* (art. 285) la que sin embozo se refiere a ellos: “Los agentes de comercio, de seguros, los vendedores viajantes, propagandistas o impulsores de ventas y otros semejantes, son trabajadores de la empresa o empresas a las que presten sus servicios, cuando su actividad sea permanente, salvo que no ejecuten personalmente el trabajo o que únicamente intervengan en operaciones aisladas”. Mas antes de comentar tal precepto, necesario es recordar que la relación o el contrato entre el prestador y el prestatario de un servicio es de trabajo cuando dicho servicio es personal, subordinado y sujeto al pago de un salario (art. 20), y que este último “... puede fijarse por unidad de tiempo, por unidad de obra, por comisión, a precio alzado o de cualquier otra manera” (art. 83).

Ahora bien ¿cuáles son las características del contrato de agencia?; ¿en qué consisten realmente los servicios del agente?; ¿sobre qué bases se determinan sus percepciones? Las respuestas a tales preguntas son las que, a mi juicio, debieran conformar el único criterio válido para juzgar sobre el carácter laboral, mercantil o acaso civil del contrato.

Infortunadamente, no existe un contrato de agencia, sino una multitud de ellos, pues no de otro modo debe calificarse la diversidad de estipulaciones sobre obligaciones y derechos de las partes, que varían según la naturaleza de la actividad comercial del empresario, las facultades del agente, la mayor o menor vinculación económica y jurídica entre ambos, y en razón de otras circunstancias, a tal punto que se antoja que la única nota común a todos los agentes es su misión de fomentar la venta de los productos o los servicios del principal.

Así se expresa la doctrina: para la mexicana, **Mantilla Molina**¹⁰ afirma que “agente de comercio es la persona, física o moral, que de modo independiente, se encarga de fomentar los negocios de uno o varios comerciantes”; **Giuseppe Giordano**¹¹ afirma que “... en sustancia su función consiste en acercar el principal a los clientes, en cuidar que la clientela no se desvíe a otras casas, y por tanto en visitarla con frecuencia, en someterle los nuevos

¹⁰ *Ídem*.

¹¹ *Il contratto di agenzia*, Leonardo da Vinci Editrice, Bari, 1959, pág. 7.

muestrarios y en invitarla a efectuar otras adquisiciones”; **Dietrich Maskow**¹² opina que es “... *agente comercial* el que negocia las operaciones por el representado o celebra los contratos en nombre y por cuenta del mismo”.

Aun dentro de tal supuesto, cabe hacer ciertas distinciones por cuanto, como es bien sabido, agentes hay que no promueven, a lo menos de modo directo, venta alguna, pues, por su experiencia y conocimientos en ventas, su cometido es el de *instruir* a los que sí las promueven directamente.

Pero entonces, frente a la imposibilidad de responder en términos de uniformidad a las formuladas preguntas, cualquier concepto unitario está condenado al fracaso, así sea doctrinal o legal, y por loable que sea, como en el caso de la *LFT*, su intención tutelar.

Y la prueba del fracaso legal está a la vista: vigentes los transcritos preceptos de la *LFT* desde 1970, pocos, muy pocos son los contratos de agencia que de hecho están sujetos a las normas laborales; en otro plano se ha obtenido, y ello más como resultado de la presión oficiosa de las autoridades que de las peticiones que podrían esperarse de los propios agentes, la afiliación de algunos al régimen de la seguridad social.

Arce Gargollo¹³ apunta la existencia de una agencia representativa, en cuyo caso el agente actúa en nombre y por cuenta del mandante, pero a ello cabe observar que tal agente sería, en realidad, un comisionista, esto es, un mandatario, en los términos del art. 273 del *C.Com.*, según se vio en el capítulo 14 de este libro, y no un verdadero agente.

De lo expuesto resulta mi opinión en el sentido de que el contrato de agencia puede suponer una clara relación de trabajo, pero en muchos casos será puramente mercantil, y en algunos será forzoso calificarlo como contrato civil de prestación de servicios (arts. 2606 y sigs., *C.Civ.*).

En cuanto a la agencia laboral, los ya conocidos textos legales son suficientemente vagos como para no permitir una clara demarcación de los campos: ¿cuándo debe considerarse *permanente* la actividad del prestador?; ¿cuándo deberá catalogarse tal actividad como subordinada?

He aquí, expuestas de modo resumido, las actuales posturas doctrinales mexicanas sobre el tema:

En forma ardorosa y tono triunfal, **Mario de la Cueva**¹⁴ refiere *las escaramuzas* que constituyeron la “batalla por los agentes de comercio” en el

¹² **Dietrich Maskow**, “Les relations internes entre représenté et intermédiaire en matière de vente internationale de marchandises”, en *Revue de Droit Uniforme*, 1989-I, UNIDROIT, Roma, pág. 66.

¹³ *Contratos mercantiles atípicos*, 10a. ed., Editorial Porrúa, México, 2004, pág. 313.

¹⁴ *El nuevo derecho mexicano del trabajo*, t. I, 8a. ed., Editorial Porrúa, México, 1982, págs. 524 y siguientes.

seno de la Comisión redactora de la *LFT* que finalmente elaboró el texto antes transcrito del art. 285, y, sin ambages ni distinguos, proclama el carácter de trabajadores por parte de los que llama *agentes de comercio*, de quienes afirma que "... son las personas que de manera permanente y actuando de conformidad con las instrucciones y lineamientos que les imponen las empresas, se dedican a ofrecer al público mercancías, valores o pólizas de seguros, por cuyo trabajo perciben una prima calculada sobre el ingreso de las operaciones en que intervienen, a la que se da el nombre de *salario a comisión*".

No menos ufano del referido texto legal se muestra **José Dávalos**:¹⁵ "La regulación laboral de los agentes de comercio es una victoria contundente. Sería importante inquirir si la protección legal de estos trabajadores ha pasado del papel en que se halla inscrita, al mundo de la realidad. Lamentablemente, consideramos que no se ha logrado la aplicación cabal de la norma; hasta hoy se continúa escatimando su cumplimiento. La explicación parece encontrarse en lo difícil que resulta definir el perfil de este tipo de trabajadores..."

Alfredo Sánchez Alvarado¹⁶ parece compartir tal postura, al expresar que el género *trabajador* comprende, entre otras especies, la del agente de ventas; sin embargo, un poco más adelante, al detenerse en cada una de las *especies*, no menciona a dicho agente.

Por su parte, **Rodríguez Rodríguez**¹⁷ distingue los dependientes viajeros que, en unión de los dependientes fijos, son trabajadores, de los agentes de comercio, que, en su concepto, son "comerciantes encargados permanentemente de preparar o realizar contratos en nombre y por cuenta de otros comerciantes" y, por tanto, no son trabajadores.

A su vez, **Mantilla Molina**¹⁸ también distingue entre agentes que, por regla general, son verdaderos trabajadores, como los de ventas y los viajeros, y aquellos que, por actuar en forma independiente, parece que no pueden configurar una categoría laboral.

En nota al pie de página, el propio autor informa que **De la Cueva**, en la tercera edición de su *Derecho mexicano del trabajo*, admite la existencia de ambas categorías de agentes; empero, repárese en que este último ya no reconoce tal distinción en su posterior libro, *El nuevo derecho...*, al que me he referido líneas antes.

¹⁵ "Luz y sombra. Los agentes de comercio", en periódico *Excélsior*, México, 29 de enero de 1991.

¹⁶ *Instituciones de derecho mexicano del trabajo*, vol. I, t. 1, Editorial Porrúa, México, 1967, págs. 249 y siguientes.

¹⁷ *Curso de derecho mercantil*, 21a. ed., Editorial Porrúa, México, 1994, págs. 225-229.

¹⁸ *Derecho...* *cit.*, núms. 223 y 223 bis.

Santiago Barajas Montes de Oca,¹⁹ después de comentar con amplitud algunas ejecutorias de la SCJN, formula una serie de conclusiones, dos de las cuales, por lo menos, no sólo resultan inexactas, sino, inclusive, contradictorias de lo informado en páginas anteriores de su trabajo, pues sostiene que “examinada la doctrina, la legislación y la jurisprudencia, se encuentra que los elementos atribuidos a la figura jurídica agente de comercio: la subordinación, la permanencia y el servicio personal que se presta... Tanto mercantilistas como laboristas aceptan estos elementos aunque desde ángulos distintos”. Como podrá verificarse con la lectura de su ensayo, así como de lo antes dicho y de lo que más adelante se expresará en este libro, en modo alguno es cierto que mercantilistas y laboristas estén de acuerdo en los indicados atributos como propios del agente de comercio. Un poco más adelante el mismo autor expresa que:

“Con base en el contenido de la función desempeñada por el agente de comercio y los elementos que lo integran puede afirmarse que si en el comienzo de su reglamentación aquélla se encontró regida por el Derecho Mercantil y fueron los códigos de comercio los que impusieron derechos y obligaciones a las partes que intervenían, con el transcurso del tiempo y al aparecer nuevas ramas jurídicas, ha sido el Derecho del Trabajo quien ha tomado para sí la relación que se establece...”

Como ha podido verse, aquí también se desliza una afirmación muy parcialmente verdadera, pues, en demostración de lo contrario, arriba se informó sobre textos legales que, en el derecho mercantil comparado, regulan nuestro contrato. Y todo ello sin pasar por alto la inconfesada vaguedad en las expresiones que emplea el ya citado art. 285 de la *LFT*, buena prueba de lo cual está en los titubeos e inauditos esfuerzos de nuestro máximo tribunal por desentrañar su verdadero significado, no menores que los empleados por los tratadistas mexicanos.

Parece, pues, que la *victoriosa batalla* a que se refieren estos autores fue sólo en el papel, lo cual es una clara evidencia de que se legisló de modo inconsulto y con el iluso propósito de modificar una situación que en la realidad es muy otra de la que pretendieron implantar sus autores; **Dávalos** llega, incluso, a afirmar que “un número importante de legislaciones extranjeras ha recogido el fenómeno, estableciendo que cuando se reúnen los caracteres de la relación de trabajo, los agentes de comercio deben ser considerados tra-

¹⁹ “Naturaleza jurídica del contrato de los agentes de comercio”, en *Estudios jurídicos en memoria de Roberto L. Mantilla Molina*, Editorial Porrúa, México, 1984, págs. 152 y 153.

bajadores”, pero no menciona una sola de tales legislaciones extranjeras, lo que, en cambio, sí hace **Barajas Montes de Oca**, frente a cuya información se alzan los textos legales mercantiles de los que antes di cuenta, amén de otros que más adelante se mencionarán.

Por demás oportuno me parece invocar aquí la opinión del ya citado **Giordano**,²⁰ quien al rechazar todo intento encasillador de las manifestaciones prácticas del contrato de agencia, por ser “... inconciliable con el fenómeno de continua vitalidad que caracteriza su maravilloso y progresivo desarrollo”, llega a la conclusión de que: “La ley no puede prever algunas categorías, pero la imposibilidad de una previa subdivisión legislativa no impedirá al juez aplicar igualmente la voluntad del legislador, penetrando en la norma y extrayendo su espíritu...”.

Por supuesto, muchas otras opiniones podrían traerse a cuenta, pero especialmente ilustrativo me parece también la de una tratadista argentina, **Ana María Molas**:²¹

“El agente desarrolla sus actividades con autonomía e independencia con relación a la empresa proponente, y si bien hace al contrato que esta última tenga facultades de impartirle directivas, siempre existe un margen de libertad para el agente en virtud de sus aptitudes y profesionalidad, por lo que no se configura una relación de dependencia técnica o jurídica, lo que excluye totalmente la relación laboral; entre ambos hay una situación de igualdad... De nuestra jurisprudencia reseñamos una breve síntesis: El contrato de agencia no es un contrato de trabajo —no existe subordinación laboral—, sino un vínculo de colaboración comercial en que el agente es un elemento externo de la empresa concedente de la agencia... Las instrucciones que suele recibir el agente comercial, no obstan a su calidad de auxiliar autónomo, que trabaja por su cuenta y riesgo y que por su explotación habitual y profesional adquiere calidad de comerciante...”

Nuestras leyes reconocen varios tipos de agente:

- a) El *agente de seguros*, que se menciona en la *LGISMS*, pero cuya actividad se regula en el *Reglamento de Agentes de Seguros y de Fianzas* (DOF, 18 de mayo de 2001).

Se trata, sin duda, de la figura más explorada, doctrinal y jurisprudencialmente, sin contar con que es de las pocas que han merecido una

²⁰ *Ob. cit.*, pág. 396.

²¹ *Contratos comerciales atípicos*, Dibisa, Buenos Aires, 1983, págs. 14 y 15.

reglamentación especial; en cuanto al carácter jurídico del contrato, tal vez el estudio más acucioso sea el de **Mantilla Molina**.²²

Agentes de esta clase son "... las personas físicas o morales que intervengan en la contratación de seguros mediante el intercambio de propuestas y aceptaciones y en el asesoramiento para celebrarlos, para conservarlos o modificarlos..." (art. 23, *LGISMS*).

- b) El *agente de fianzas*, previsto por el art. 87, *LFIF*, y regulado por el mencionado *Reglamento de Agentes de Seguros y de Fianzas*.
- c) El *intermediario del mercado de valores*, carácter que sólo pueden tener las entidades financieras autorizadas para actuar con dicha calidad (art. 9o., *LMV*).
- d) El *agente naviero*, que puede revestir el carácter de agente general, en cuyo caso se le reputa mandatario mercantil o comisionista, o bien actuar exclusivamente como consignatario de buques o agente especializado del naviero en servicios conexos con la navegación y el comercio marítimo; en todo caso, puede ser una persona física o moral (arts. 22-24, *LNCM*).
- e) *Agencia* (pues las disposiciones legales respectivas no emplean el vocablo *agente*) *de viajes*, que es "... la empresa que contrata o actúa como intermediario en beneficio de un usuario respecto de los servicios a que se refiere el art. 4o. de la ley, así como cualquiera otro relacionado con el turismo" (art. 2o.-I del *Reglamento de la Ley Federal de Turismo*, publicado en el *DOF* del 2 de mayo de 1994).
- f) El *agente aduanal* "... es la persona física autorizada por la Secretaría (de Hacienda y Crédito Público), mediante una patente, para promover por cuenta ajena el despacho de las mercancías, en los diferentes regímenes aduaneros previstos en esta Ley" (art. 159 de la *Ley Aduanera*, en vigor a partir del 1 de abril de 1996).

Leyes de menor importancia jurídica, por cuanto reguladoras de sectoriales manifestaciones de la vida económica del país, como las relativas a los organismos descentralizados Lotería Nacional y Pronósticos Deportivos, prevén la realización de sus actividades a través de agencias y de otras formas de venta de billetes y recaudación de apuestas, respectivamente; me limito a apuntar que los nexos entre tales agencias y sus principales bordean los ámbitos propios del mandato, la comisión mercantil y la asociación en participación, sin perder de vista la representación y la concesión mercantil, figuras aún más difusas que la que ahora se examina.

²² "Carácter jurídico de las relaciones entre el agente de seguros y la institución aseguradora", en *El Foro*, México, mar. 1948, págs. 62 y siguientes.

Con toda razón escribe **Castrillón y Luna**,²³ a propósito de este contrato, que cuando "... en su realización, su ejecución se realiza bajo la dirección y dependencia económica del dueño del negocio; cuando, quien la ejecuta se encuentra subordinado a horarios, rutas y demás circunstancias que hagan presumir la existencia de un contrato o relación de trabajo,... tal comisionista pasaría de ser un auxiliar del comercio a un auxiliar del comerciante, y el acto de que se trata será de carácter laboral y no mercantil..."

²³ *Código...*, cit., pág. 66.

UNIDAD 5

La empresa mercantil

5.1 Concepto

Como tantas veces se ha dicho, no existe un adecuado concepto jurídico de la empresa mercantil. Muchos se han vertido, ciertamente, pero todos adolecen de formalismo, por una parte, y de vaguedad, por la otra, pues de ordinario acuden a expresiones que no son un modelo de precisión, como “conjunto”, “organización”, “lucro” y otras. Examinense algunas:

Barrera Graf:¹ “... es una figura esencial del nuevo derecho mercantil, que consiste en el conjunto de personas y cosas organizadas por el titular, con el fin de realizar una actividad onerosa, generalmente lucrativa de producción o de intercambio de bienes o de servicios destinados al mercado”.

Mantilla Molina² prefiere emplear el vocablo “negociación”, que predica como “... conjunto de cosas y derechos combinados para obtener u ofrecer al público bienes o servicios, sistemáticamente y con propósito de lucro”.

¹ *Instituciones de derecho mercantil*, 3a. reimp., Editorial Porrúa, México, 1999, pág. 82.

² *Derecho mercantil*, 22a. ed., Editorial Porrúa, México, 1982, pág. 97.

El mismo autor se queja, con toda razón, de la *anarquía terminológica* a propósito de los vocablos *negociación mercantil*, puesto que los códigos civiles sustantivos y procesales emplean también las expresiones *establecimiento mercantil* o *fabril*, *empresa*, *almacén*, *tienda*, *fundo* y *casa de comercio*. En cuanto a la palabra *empresa*, admite que está preñada de equívocos, pues su significación jurídica no ha logrado fijarse de manera satisfactoria.

Por su parte, el *Código Civil* italiano, al conceptuar al empresario (art. 2082), dice "... que ejercita profesionalmente una actividad económica organizada a los fines de la producción o del cambio de bienes o de servicios".

Un autor mexicano más, **Acosta Romero**³, escribe que es "... la organización de capital, trabajo y elementos de la naturaleza, para producir bienes o servicios..."

Quintana Adriano⁴ apunta "... que la empresa debe considerarse como el eje en el que gira todo el mecanismo económico-jurídico cuya función consiste en combinar todos sus elementos para obtener un mayor rendimiento".

Finalmente, para el derecho alemán, **Heinsheimer**⁵ apunta que "... es una organización mercantil que constituye un conjunto de cosas, derechos y relaciones de hecho, mediante los cuales persigue aquél su propósito de lucro dedicándose al cambio, a la producción o a cualquier otra clase de actividades mercantiles".

Tal vez la imprecisión de todos estos conceptos reside en que carecen de tres notas fundamentales, que además son características de toda empresa, a saber:

- El conjunto de cosas y derechos está armónicamente ordenado y sistematizado.
- La titularidad y organización de todos los elementos de la empresa corresponden al empresario o comerciante.
- El conjunto de cosas y derechos es objeto de reconocimiento y protección legal.

5.2 Diferencias entre negociación mercantil y sociedad mercantil

Aunque es frecuente emplear, en el lenguaje coloquial, los vocablos "empresa" y "sociedad" como sinónimos, existen abismales diferencias entre ambos, si

³ *Nuevo derecho mercantil*, Editorial Porrúa, México, 2000, pág. 251.

⁴ *Ciencia de derecho mercantil*, Editorial Porrúa-UNAM, México, 2002, pág. 335.

⁵ *Derecho mercantil*, Editorial Labor, Barcelona, 1933, pág. 43.

bien debe reconocerse que están profundamente vinculados, a cuyo efecto cabe recordar que, por el contrario, en términos generales, empresa y negociación son expresiones sinónimas, pues la sutil diferencia entre ambas está en que la empresa no es más que la negociación en activo. En otras palabras: la empresa envuelve un concepto dinámico, al paso que la negociación es, como antes se dijo, el conjunto de cosas y derechos que dan vida y cuerpo a la empresa.

Con elementos tales, no es difícil marcar la diferencia con la sociedad mercantil:

- Esta última es un ente dotado de personalidad jurídica, lo que no ocurre con la negociación o empresa.
- La sociedad mercantil es la titular de la negociación, vale decir, la empresaria.
- Aunque ambas tienen un nombre, en el caso de la sociedad es el de una persona, mientras que en el de la negociación es el de una cosa, sin que importe que frecuentemente coincidan.

5.3 Naturaleza jurídica

Si, como antes se dijo, toda empresa mercantil es un acervo de cosas y derechos, sin personalidad jurídica, pero se anticipó que tal conjunto es un todo armónico, ordenado y sistematizado por su titular, asimismo legalmente reconocido y protegido como unidad, no cabe sino concluir que se trata de una universalidad de bienes.

Como se sabe, la teoría de las universalidades es una creación doctrinal, sustentada en algunas bases legales, no muy firmes por cierto, pues arranca del supuesto de que una persona puede ser titular de varios patrimonios, cada uno de los cuales constituye una universalidad. Mas como, salvedad hecha del patrimonio de la familia, que es inembargable y por ello constituye una universalidad de derecho (art. 727, *C.Civ.*), toda persona "... responde del cumplimiento de sus obligaciones con todos sus bienes,..." (art. 2964 *C.Civ.*), el comerciante deudor incurre en el mismo supuesto, luego de sus deudas como tal responde con todo su patrimonio, y no sólo con los bienes y derechos afectos a su negociación, lo que conduce a formular las siguientes conclusiones:

- La empresa o negociación es una universalidad de hecho, pues se constituye por voluntad de su titular, quien responde de sus deudas comer-

ciales incluso con su patrimonio civil, y de sus deudas civiles, con dicho patrimonio y con los bienes afectos a la empresa.

- La unidad de hecho constituida por los bienes afectos a la negociación está reconocida y protegida por el art. 434-VII del *Código Federal de Procedimientos Civiles*, en cuanto prohíbe el embargo aislado de los elementos indispensables para su operación.

Convendría ponderar las ventajas e inconvenientes que ofrecería la adopción legal de la empresa individual de responsabilidad limitada, admitida y regulada en otros países (Liechtenstein, Alemania, Francia, Paraguay y Costa Rica) como patrimonio de afectación, con todas sus consecuencias, que se examinará más adelante (*infra*, 5.7 bis).

Con referencia al derecho alemán, en la misma forma se pronuncia Heinsheimer:⁶

“La empresa es una unidad económica, pero en ningún caso una unidad jurídica; especialmente la empresa de un comerciante individual no puede considerarse como un patrimonio separado del resto de su hacienda, que sea susceptible de otra ordenación jurídica; sus acreedores por razón del negocio que explota pueden dirigirse contra todos los bienes de su propiedad privada, de la misma manera que los acreedores de índole civil pueden dirigirse contra los que constituyen la empresa.”

5.4 Mercantilidad de la empresa

Es evidente que no todos los actos de comercio, aun reiteradamente celebrados, son parte a atribuir al sujeto el carácter de comerciante. Así, por mucho que una persona documente habitualmente sus créditos y deudas con cheques, letras de cambio o pagarés, no por ello adquirirá el carácter de comerciante.

Una empresa, pues, sólo será mercantil cuando esté dedicada a efectuar las adquisiciones, enajenaciones, alquileres, compras y ventas, así como los actos previstos por el art. 75, fracs. I, II y V a XIII del *C.Com.*, y, obviamente, cuando sea una aseguradora, financiera o almacén general de depósito, según las fracciones XIV, XVI y XVIII del mismo precepto.

No hace falta un esfuerzo retórico para afirmar que en todos estos casos se dan los dos supuestos en torno de los cuales gira el moderno derecho mercantil:

⁶ *Ídem.*

- El propósito de lucro con el que se realizan los actos jurídicos.
- Su masiva operación por una empresa.

5.5 Elementos de la empresa

Reiteradamente se ha expresado que toda empresa mercantil es un acervo de cosas y derechos armónicamente conjuntados y sistematizados por su titular, con propósito de lucro. Pues bien, ha llegado el momento de examinar los elementos que configuran, o pueden configurar, una empresa, según las actividades comerciales que realice.

5.5.1 Elementos personales

Cualesquiera que sean las dimensiones de una empresa, su operación requiere de un imprescindible elemento personal: en el caso de empresa individual, el empresario mismo, como eje en torno del cual giran todos los demás; si se trata de una empresa social, su administrador o administradores y, frecuentemente, su director, gerente o gerentes, los primeros como factores y los segundos con el carácter de dependientes (arts. 309, *C.Com.*, 2o., 142, 145 y 146, *LGSM*).

Esta figura del factor aparece ya en el derecho romano y así **Julio Paulo**⁷ indicaba que debe existir un factor al frente de cualquier negocio: “Así como experimentamos las ventajas así como por el acto de poner un factor al frente de un negocio, del mismo modo debemos experimentar también las desventajas”.

Mas prácticamente toda empresa reclama la colaboración de una amplia congerie de personas como auxiliares internos, cuya relación con el principal es de naturaleza laboral: dependientes, empleados y trabajadores, cuya situación jurídica está regulada, en nuestro medio, por las leyes del trabajo, de la *CPEUM* para abajo.

Otros auxiliares del empresario se desempeñan, en cambio, fuera de la empresa, por lo que no pueden considerarse como elementos de la misma, ya que no actúan bajo la subordinación del comerciante, sino en forma independiente y con frecuencia asumen forma societaria. Se está aquí en presencia de una amplísima categoría de personajes: agentes libres, mediadores, comisionistas, asesores, técnicos, profesionistas, notarios, corredores públicos, etc., cuyos contratos con el principal son de prestación de servicios civiles o mercantiles, según el caso.

⁷ *Sentencias a su hijo*, libro segundo, *Interpretatio*, UNAM, México, 1994, págs. 11 y 13.

Ahora bien, por encima de lo expuesto, que en cierto modo responde a una acendrada tradición, en los últimos tiempos se advierte un curioso fenómeno, consistente en que las empresas de venta directa al público en forma de supermercados, ofrecen a los proveedores locales para la venta al público por medio de empleados de los propios proveedores y no del supermercado respectivo, lo cual, por supuesto, nada tiene de reprochable y, en cambio, supone ventajas para ambas partes, pues con ello los proveedores logran una mayor rotación de sus productos y, además, diseñan sus propias estrategias de venta. Las tiendas de autoservicio, por su parte, ven reducidos sus costos al disminuir su planta laboral. Por su parte, también a los consumidores reporta ventajas tal mecanismo, principalmente la del mejor conocimiento de los productos y servicios por parte de los empleados designados por los proveedores, así como la más fácil y pronta localización de los productos deseados.

Obviamente, en tal caso no puede considerarse que el personal de que se trata forme parte de la empresa respectiva, sino de la proveedora.

Una forma empresarial, todavía desconocida en nuestro medio, es la empresa individual de responsabilidad limitada (EIRL), que se examinará más adelante (*infra*, 5.7 bis).

5.5.2 Elementos materiales

Encontramos aquí los bienes tangibles que el empresario incluye en sus inventarios, si bien no necesariamente son de su propiedad, pues los puede aprovechar también, según su naturaleza, en concepto de arrendamiento puro o financiero, comodato, usufructo, depósito o consignación. Se trata, pues, de los inmuebles, el mobiliario y equipo, la mercancía, el efectivo en caja y bancos, así como el papel comercial.

En calidad de elementos corporales inmuebles han aparecido en nuestro país, una vez más copiados de la práctica comercial estadounidense, los llamados “centros de distribución”, que no son más que locales dispuestos en naves industriales, preparadas para almacenar mercancía de la más diversa índole, mediante los respectivos contratos de arrendamiento o de depósito, que sus propietarios celebran con las empresas industriales o comerciales interesadas en disponer temporalmente, con sus productos, de dichos locales.

Esta práctica ofrece importantes ventajas a los comerciantes de mercancías tangibles, que no necesitan acudir a la adquisición o arrendamiento a largo plazo de inmuebles para el almacenamiento de sus productos. Obviamente, los propietarios de dichos inmuebles son empresas mercantiles ellas mismas, por cuanto, cualesquiera que sean los nombres que adopten para los contratos, en el fondo se trata de depósitos por causa de comercio, previstos por la frac. XVII del art. 75.

Por supuesto, la empresa depositante puede hacer figurar, dentro de sus activos, el derecho de ocupar estos locales con su mercancía, si bien no debe olvidarse que este derecho de ocupación puede ser de duración por demás variable, por cuanto puede ser sólo de algunos días o de varios meses, sin descontar la posibilidad de que el contrato se celebre con una duración definida o no.

En concreta referencia a nuestro país, sectores como el farmacéutico, químico, librero, mecánico, agropecuario y eléctrico, vienen estableciendo locales de esta índole, no sólo para la guarda de sus productos, sino para ofrecerlos a otros comerciantes.

5.5.3 Elementos incorpóreos

El dilatado mundo de los llamados *derechos incorporales* o sobre *bienes inmateriales* ha planteado, en el curso de los dos últimos siglos, apasionantes discusiones, de modo especial a propósito de su naturaleza jurídica, extensión y duración. Y no podía ser de otro modo, visto que se trata de bienes intangibles, que son producto de la mente humana, *corpus mysticum*, que, por tanto, para manifestarse precisan indefectiblemente de medios materiales, *corpus mechanicum*, idóneos: tipografías, impresos, aparatos, equipos eléctricos o electrónicos audiovisuales, etcétera.

Doctrinaria y legislativamente, estas expresiones del ingenio humano se ubican en dos grandes campos: el de la propiedad industrial y el conocido como derecho de autor; los siguientes cuadros sinópticos muestran las manifestaciones de cada uno:

Derechos de la propiedad industrial (*Ley de la Propiedad Industrial*, art. 2o.-V)

{
 Marcas
 Patentes
Secretos industriales
 Avisos comerciales
 Denominaciones de origen

Derechos de autor (*Ley Federal del Derecho de Autor*, art. 13)

{
 Literarias
 Didácticas
 Artísticas
 Científicas
 Audiovisuales
 Arquitectónicas

En cuanto a las expresiones de la propiedad industrial, hay que decir:

- a) Que las marcas son manifestaciones gráficas —letras, palabras, dibujos, diseños— o plásticas —formas de envases—, que sirven para distinguir los productos o servicios de un empresario de los de sus competidores. Por tanto, la protección sólo se obtiene cuando son originales, no descriptivos, y se tiene derecho a ella mientras se exploten, a condición, además, de que se satisfagan ciertos requisitos administrativos (arts. 87 a 95, *LPI*).

Durante agosto de 2009 se difundió, en la prensa mundial, la siguiente información a propósito de las cien marcas más importantes del mundo, a las que se atribuyó un valor global de dos billones de dólares, lo cual, en opinión de los concededores, supone que las empresas más valiosas del mundo continúan desempeñándose de mejor manera que los mercados de valores:

- Google, Microsoft, Coca Cola, IBM y McDonald's fueron, durante dicho año, las marcas más valiosas a nivel mundial. Así, el valor marcario de Google fue de cien mil treinta y nueve millones de dólares; el de Microsoft, de setenta y seis mil doscientos cuarenta y nueve millones de dólares; el de Coca Cola, de sesenta y siete mil seiscientos veinticinco millones de dólares; el de IBM, sesenta y seis mil seiscientos veintidós millones de dólares; el de McDonald's de sesenta y seis mil quinientos setenta y cinco millones de dólares.
- Dentro de las marcas más valiosas no aparece ninguna mexicana; en cuanto a sectores, en cambio, y por lo que se refiere al de cervezas, se mantuvo en quinto lugar, con un valor marcario de cuatro mil quinientos siete millones de dólares.
- En cuanto al sector de bebidas espirituosas, la marca mexicana José Cuervo ocupó el cuarto lugar, con un valor de mil novecientos ochenta y cuatro millones de dólares.
- En lo que se refiere a rubros comerciales, durante el mismo año las siguientes marcas ocuparon el primer lugar: vestuario, H&M; cervezas, Bud Light; automóviles, Toyota; comida rápida, McDonald's; instituciones financieras, ICBC; marcas de lujo, Luis Vuitton; tiendas de autoservicios, Wal-Mart; tecnología, Google.
- Contrasta con la información anterior la difundida a principios de 2011, en el sentido de que la cadena de comida rápida Subway superó a McDonald's por el número de restaurantes que opera en el mundo, que en 2010 fueron treinta y tres mil setecientos cuarenta y nueve, al paso que los de McDonald's fueron treinta y dos mil setecientos treinta y siete.

continúa

continuación

- Aunque en otro plano, también contrasta con lo anterior la información divulgada a principios de 2010 en torno de la demanda colectiva que, en contra de dicha empresa, formularon ante un juzgado de San Francisco, California, las empleadas de Wal-Mart por discriminación en perjuicio de dichas empleadas. Se trata, según expresó el Tribunal de Apelaciones de dicha ciudad, Noveno Circuito, de la demanda colectiva más grande de la historia, pues abarca un contingente cercano al millón de mujeres que laboraron para dicha empresa minorista, es decir, el 0.3% de la población estadounidense.
- En lo medular, la demanda consigna el alegato de las empleadas, en cuanto aducen que perciben ingresos menores y tienen menos posibilidades de ascenso que los hombres.

- b) Toda invención es una “... creación humana que permita transformar la materia o la energía que existe en la naturaleza, para su aprovechamiento por el hombre y satisfacer sus necesidades concretas” (art. 15, *LPI*), en la inteligencia de que sólo será patentable una invención nueva y susceptible de aplicación industrial...” (art. 16, *LPI*). Ahora bien, el derecho que confiere una patente dura veinte años, contados desde que se haya solicitado, transcurridos los cuales caerá en el dominio público (art. 23).
- c) En cambio: “Se considera secreto industrial a toda información de aplicación industrial o comercial que guarde una persona física o moral con carácter confidencial...” y que la coloque en mejor situación competitiva y económica frente a terceros que realicen las mismas o parecidas actividades, y siempre que haya tomado todas las medidas adecuadas para su confidencialidad (art. 82).
- d) El nombre comercial, que en modo alguno debe confundirse con el nombre civil del comerciante persona física, o con la denominación o razón social de la persona moral empresaria, aunque sean idénticos, es, únicamente, el “... de una empresa o establecimiento industrial, comercial o de servicios...” (art. 105). Dicho de otro modo: es el nombre de una cosa —la empresa— y no el de una persona, por mucho que, como es frecuente, sean coincidentes.
- e) Por lo que se refiere a los avisos comerciales, son “... las frases u oraciones que tengan por objeto anunciar al público establecimientos o negociaciones comerciales, industriales, de productos o de servicios, para distinguirlos de los de su especie (art. 100).
- f) “Se entiende por denominación de origen, el nombre de una región geográfica del país que sirva para designar un producto originario de la mis-

ma, y cuya calidad o característica se deban exclusivamente al medio geográfico, comprendiendo en éste los factores naturales y humanos” (art. 156). Tal vez el ejemplo más claro de esta expresión de la propiedad industrial es la conocida denominación *tequila*, aplicada a la famosa bebida que se produce particularmente en el Estado de Jalisco.

- g) Finalmente, el avío o aviamiento (conocido en inglés como *goodwill*), entendido, en palabras de **Roberto L. Mantilla Molina**,⁸ como “La buena organización, el conocimiento de los hábitos y gustos del público, las listas de nombres y direcciones de proveedores y consumidores, el buen servicio suministrado por el personal, etc., son los factores que integran esa peculiar aptitud para producir utilidades que constituye el avío de una negociación;... Clientela y avío son, a nuestro entender, cualidades y no elementos de la negociación... negar que la clientela y el avío son elementos de la negociación implica negar que son objetos de derechos;...”.

De todos estos elementos hay que decir que encuentran una decidida protección legal a favor del comerciante, siempre que tengan rasgos de originalidad y, como mera forma de facilitar tal protección y de que la misma surta efectos frente a terceros, son objeto del trámite administrativo que, respecto de cada uno de ellos, prescribe la *LPI*.

Efectivamente, el Segundo Tribunal Colegiado en Materia Civil del Primer Circuito expresó, al resolver el amparo directo 11902/2002, Grupo Victoria, S.A. de C.V., el 5 de diciembre de 2002, que si bien procede la acción civil de daños y perjuicios por violación al derecho exclusivo de marca, es condición de su procedencia el previo pronunciamiento firme de ilicitud por parte del Instituto Mexicano de la Propiedad Industrial:

“Lo anterior es así, porque el pronunciamiento administrativo citado es el único medio probatorio idóneo para acreditar tal hecho ilícito, dado que si bien es cierto la naturaleza de los procedimientos civil y administrativo es diferente, y el juicio civil es autónomo e independiente del procedimiento administrativo respectivo, también lo es que de acuerdo al contenido del artículo 1910 del *Código Civil Federal*, de aplicación supletoria en materia mercantil, la responsabilidad civil por daños y perjuicios, producto de hechos ilícitos, presupone como condición necesaria para la procedencia de la acción, la existencia y acreditamiento del hecho ilícito respectivo, por lo que si éste se hizo consistir en una violación directa del derecho de uso exclusivo de una marca, derivado necesariamente de la *Ley de la Propiedad Industrial*, sin que el mismo tenga tutel en la legislación común, el Juez Civil no puede determinar la ilicitud de tal hecho

continúa

⁸ *Derecho mercantil*, vigésimo segunda edición, Editorial Porrúa, México, 1982, pág. 101.

continuación

en aplicación de ese cuerpo normativo de naturaleza administrativa, dado que de la interpretación sistemática de los artículos 1o., 6o. fracciones III, IV y V, 87, 213 fracción XXV, 221, 221 *bis* y 227 de la *Ley de la Propiedad Industrial*, se advierte que tal procedimiento de ilicitud se encuentra reservado al Instituto Mexicano de la Propiedad Industrial...”

Aunque son bien conocidos los extremos a los que han llegado las cortes estadounidenses en su afán protector de estos derechos inmateriales, he aquí un solo botón de muestra. A principios de octubre de 1990, un juez federal condenó a la conocida empresa Eastman Kodak a pagar a la también conocida Polaroid, la cantidad de 909 millones de dólares, en concepto de daños y perjuicios por el indebido empleo de la patente relacionada con el mecanismo para tomar y obtener fotografías en forma instantánea. Tal novedoso mecanismo había sido inventado por el fundador de Polaroid, Edwin H. Land, en 1947.

Como es bien sabido, resoluciones semejantes son frecuentes en dicho país.

No menos importante es dejar precisado que las marcas distintivas de productos, servicios o empresas, así como los secretos industriales, pueden protegerse indefinidamente, al paso que las patentes sólo tienen una vigencia temporal de veinte años, según se dijo antes.

En cuanto a las manifestaciones del derecho autoral, son también objeto de firme tutela por el solo hecho de su creación, si bien es preciso que consten en un soporte material (*corpus mechanicum*) adecuado a su naturaleza —letras, números, signos, sonidos, imágenes—, hecho lo cual no se requiere de registro ni documento alguno (arts. 5o. y 6o., *LFDA*).

Importa recordar que los derechos de todo autor son dos: el moral y el patrimonial; perpetuo, inalienable, imprescriptible, irrenunciable e inembargable el primero (arts. 18 y 19); de explotación económica y temporal el segundo, con una duración por la vida del autor y cien años más, salvo que se trate de obras póstumas, en cuyo caso dicho plazo transcurrirá desde su divulgación (art. 29-I y II). Transcurridos tales términos, la obra pasa al dominio público (art. 29, último párrafo).

5.5.3 bis Papel e importancia de la mercadotecnia

Ahora bien, más allá de todo lo expuesto, es necesario hacer una referencia a los mecanismos que desde siempre han adoptado los comerciantes para dar a conocer y extender la venta de sus productos o servicios, atenta la circunstancia de que algunos de tales mecanismos podrían ser considerados como elementos de la negociación, tan legalmente protegibles como los de-

más, pero, frente a ello, el hecho de que algunos de los procedimientos mercadotécnicos bordean los límites de la leal competencia.

Algunos ejemplos históricos permitirán ilustrar lo anterior.

Así, el sistema de venta “todo al mismo precio” —que en nuestro país ha hecho ya su aparición—, se inició en las tiendas Woolworth de los Estados Unidos de América, a fines del siglo xix, con la venta “todo a cinco centavos”, habida cuenta de que se expendían artículos de ferretería, plantas, perfumes, ropa interior, cortinas y escobas en estantería abierta, con lo que logró pingües utilidades, a tal grado que prontamente se añadió otra línea, “todo a diez centavos”, lo que permitió al empresario asociarse, en 1912, con algunos de sus competidores e imitadores, para fundar la hoy conocida cadena F.W. Woolworth, que en la actualidad ya no acude a ese mecanismo de ventas.

Otro caso no menos interesante es el de las ventas por catálogo, hoy día ampliamente difundido y conocido, puesto en práctica por la igualmente conocida cadena Sears Roebuck, de Chicago, fundada en 1893. En 1906 difundió sus mercancías mediante catálogos distribuidos en numerosas ciudades de los Estados Unidos de América, en los que incluía órdenes de pedido principalmente de vajillas de porcelana y utensilios domésticos, herramientas de labranza y otros muchos artículos. El compromiso de entregar los bienes dentro de las cuarenta y ocho horas siguientes de la formulación del pedido se cumplía escrupulosamente, pues se transportaban en carros mecánicos hasta las plataformas de carga, en las que se les adherían las necesarias estampillas postales; mediante empleo del ferrocarril, los compradores recibían oportuna y satisfactoriamente las mercancías solicitadas.

Evidentemente, la economía de tiempo y de gastos de viaje a los centros comerciales revolucionó la mercadotecnia.⁹

Otro mecanismo más de la mercadotecnia consiste en el llamado *feng shui*, expresión que delata su origen oriental y que, simple y llanamente, consiste en la asesoría, tanto a las empresas comerciales como a las oficinas de negocios, en materia de iluminación, ubicación del mobiliario y de la mercancía, acomodo de equipos de trabajo, presentación del personal, reacomodo del mismo y demás expresiones semejantes, con las cuales se busca, como es de suponerse, optimizar la localización de los locales, con el evidente propósito de atraer a la clientela mediante la apariencia agradable del lugar.

Más adelante se examinarán otras manifestaciones de la mercadotecnia.

5.6 La empresa como núcleo del moderno derecho mercantil

Prácticamente existe consenso doctrinal en cuanto a la entronización de la empresa como piedra de toque del derecho mercantil, con lo que se vuelve

⁹ Varios. *¿Cómo se hizo posible? Historia de las grandes realizaciones humanas*, Reader's Digest Selecciones, Madrid, 1937, págs. 318 y 319.

al subjetivismo que durante más de siglo y medio se consideró superado por la corriente objetivista, todavía hoy sustentada por los códigos napoleónicos, como el nuestro.

De esta suerte, los tratadistas de los últimos cincuenta años apuntan que sólo se justifica la existencia de un derecho mercantil autónomo si ha de regular la realización masiva de actos lucrativos, mediante empresas al efecto constituidas. Se aduce, pues, que este derecho debe ser ya no un derecho de actos, sino de empresas.

Hay que convenir, empero, en que nuestro *C.Com.* no es del todo ajeno a tal concepción. Así, examínese a fondo el contenido de algunos de sus preceptos:

- “... los labradores y fabricantes, y en general todos los que tienen plantados *almacén o tienda* en alguna población,... serán considerados comerciantes...” (art. 4o.).
- “Los comerciantes tienen el deber: I. De participar la apertura del *establecimiento o despacho* de su propiedad,... esta información dará a conocer el nombre del *establecimiento o despacho*,...” (art. 17).

No requiere de mucho esfuerzo dialéctico la conclusión de que el *C.Com.* descansa en el supuesto de que todo comerciante es titular de un *almacén, tienda, establecimiento o despacho*, expresiones que con toda claridad denotan la existencia de una empresa.

5.7 Propiedad industrial

El conjunto de manifestaciones de la propiedad industrial, en cuanto expresiones incorpóreas de la empresa, fueron objeto de estudio *supra*, 5.5.3, por lo que es innecesario repetir aquí su examen.

Nadie duda de que a partir del surgimiento de la tecnología como factor económico, los países que han sabido crearla y aprovecharla marchan, desde hace más de siglo y medio, a la cabeza de los económicamente más importantes.

En efecto, las tres grandes revoluciones tecnológicas lograron poner, a los países que las protagonizaron, a la cabeza de la industria y del comercio mundiales, con la circunstancia de que, salvo en un caso, los demás países poderosos no disponen de considerables recursos naturales, que se allegan de otros países, tecnológicamente im-preparados, y por lo mismo obligados a exportarlos como forma de impulsar sus economías nacionales. Así pues, nada nuevo supone la afirmación en el sentido de que es la tecnología, manifestada en las diversas expresiones de la propiedad industrial, antes enunciadas, la que trae consigo el poderío económico, y frecuentemente, como lo demuestran lamentables experiencias históricas, la supremacía militar y política.

Y en el caso de México, la penuria tecnológica es tanto más lamentable cuanto que con el tiempo se agrava. Un reporte elaborado sobre el particular por el conocido y autorizado Foro Económico Mundial (WEF, por sus siglas en inglés) es por demás desalentador:

- Del lugar cuarenta y cuatro que ocupaba con anterioridad, México descendió al sesenta entre ciento cuatro países clasificados en materia de desarrollo de la tecnología informática y de comunicación. Como razones de ello se aducen, primordialmente, la ausencia de un adecuado marco legal, las pesadas cargas administrativas y la fuga de cerebros generalizada.
- Es tristemente revelador que otros países latinoamericanos ocupen mejores lugares, como Chile, el treinta y cinco, Brasil, el cuarenta y seis y Jamaica, el cuarenta y nueve.
- Y al profundizar en las razones, no es difícil precisarlas: políticas regulatorias inadecuadas; deficiente calidad de la educación científica; bajo nivel en la calidad de la enseñanza de las escuelas públicas; escaso acceso a la internet en los centros educativos; poca disponibilidad de científicos e ingenieros; escaso interés de los inversionistas en destinar recursos para la creación de tecnologías propias.

5.7 bis La empresa individual de responsabilidad limitada (EIRL)

Mucho es lo que en nuestro medio se viene predicando en torno de la necesidad de impulsar, estimular y proteger a las pequeñas y medianas empresas (*pymes*), para lo cual se aducen como ventajas, la de que con ello se propiciaría la creación de fuentes de trabajo, pero también la existencia de empresas llamadas a satisfacer las necesidades de productos y de servicios cotidianamente requeridos por grandes masas de consumidores que encuentran más cómodo acudir a estos pequeños comerciantes, generalmente establecidos en las cercanías de los consumidores; por último, también se dice que estas pequeñas empresas contribuirían a evitar las grandes concentraciones mercantiles, con todos sus inconvenientes, especialmente el de los monopolios.

Pues bien, si no se desea que toda esa palabrería, procedente de legisladores y de círculos gubernativos, sea de contenido hueco e intrascendente, resulta necesario pensar en la adopción legal de la así llamada empresa individual de responsabilidad limitada (EIRL), a imagen y semejanza de la que ya opera en numerosos países, con resultados lisonjeros.

Efectivamente, no se trataría de crear un nuevo y desconocido mecanismo mercantil, que ya opera en países tan cercanos al nuestro como Costa Rica, El Salvador, Paraguay y Perú, pero también en Portugal y en Francia, si bien la *Ley Societaria* de este país le aplica el régimen de la sociedad de

responsabilidad limitada; por supuesto, en Liechtenstein, primer país en el que se le reconoció legalmente, a partir de 1925. Posteriormente se le reguló en Colombia, mediante una adición de 1995 al *Código de Comercio*, bajo el nombre de *empresa unipersonal*.

Mas tal posibilidad no es del todo desconocida en el medio mexicano, pues ya el proyecto de *Código de Comercio* de 1929 preveía, en sus arts. 274 a 297, que los comerciantes individuales podían constituir empresas de responsabilidad limitada, a las que el mismo proyecto calificaba como fondos mercantiles, constituidos bajo el beneficio de capital limitado y que regulaba, en forma detallada e interesante, con el indudable propósito de proteger los intereses de los acreedores.

En los preceptos posteriores se regulaba esta posibilidad en forma hoy digna de adopción, pues se ajustaría exactamente al propósito perseguido por las tan difundidas *pymes*.

Considérese, además, otra ventaja que reportaría la legal adopción de este mecanismo empresarial: poca o ninguna falta haría la aceptación de la sociedad mercantil unimembre, que en principio seguiría siendo objeto del formalista tratamiento legal propio de las respectivas sociedades mercantiles, que se examinarán más adelante: formulación de estatutos, permiso de la Secretaría de Relaciones Exteriores, emisión de títulos representativos del capital y determinación de un capital mínimo.

Por otra parte, esta EIRL deberá gozar de autonomía patrimonial y personalidad jurídica propia, todo lo cual significaría para ella toda una gran agilidad de funcionamiento y, como a poco se verá, una garantía patrimonial de responsabilidad, fácilmente comprobable por sus acreedores y deudores, no menos que por las entidades financieras. De esta suerte, los atributos, a la vez que los requisitos de constitución, existencia y liquidación de este tipo de empresas podría resumirse de la siguiente manera.

- Instrumento otorgado ante notario o corredor público, con indicación del nombre que se le asignará, seguido de la expresión “Empresa individual de responsabilidad limitada”, o bien de sus iniciales “EIRL”. No parece existir inconveniente en que se adopte, como nombre de la empresa, el de la persona física titular de la misma.
- Inscripción de dicho instrumento en el Registro Público de Comercio del lugar en el que se establezca la sede principal de operaciones.
- Sólo personas físicas podrán ser titulares de este tipo de empresas.
- El capital con el que habrá de operar, con indicación detallada de los bienes muebles e inmuebles que se incluyan en sus activos.
- El objeto comercial preciso al que se destinará al patrimonio.

- La dirección precisa de la empresa, con indicación, en su caso, de la existencia actual o prevista de sucursales en otros lugares de la misma ciudad o del país.
- La duración de la empresa, con mención precisa de si será determinada o no, así como la fecha de iniciación de operaciones.
- El nombramiento de un gerente o director, que dispondrá de todas las facultades de administración, dominio y para pleitos cobranzas, en forma amplia e ilimitada, incluso la de nombrar auxiliares o dependientes, pero no la de delegar el cargo.
- La responsabilidad de la empresa se limitará al patrimonio de la misma, y no podrá extenderse al de su titular.
- Cualquier modificación al documento constitutivo, así como la disolución, liquidación o traspaso, deberán ser objeto de una publicación periodística adecuada y de inscripción en el Registro Público de Comercio. El concurso o quiebra de la empresa no acarreará el de su propietario, a menos que se demuestre fraudulencia o uso abusivo del nombre de la empresa.¹⁰

Por supuesto, no han faltado detractores de este mecanismo. Así, se aduce que la existencia de este tipo de empresas sólo serviría para limitar la responsabilidad de los empresarios, que mediante ellas podrían convertirse en titulares de dos o más, con responsabilidades limitadas al patrimonio de cada una de ellas. Por tanto, debería negárseles personalidad jurídica propia, por cuanto se trataría de uno o más actos de simulación por parte del empresario titular.

Como fácilmente puede apreciarse, las objeciones no adquieren un grado de gravedad, pues son, ni más ni menos, las mismas que pueden hacerse valer frente a las verdaderas sociedades mercantiles, respecto de las cuales se propondrá más adelante, la adopción, como ya ocurre en otros países, y así en los Estados Unidos de América, de la unimembresía.

Si hubiera de resumirse lo expuesto, parece obligada la conclusión en el sentido de que es recomendable su adopción, previo el consabido estudio legal, económico y financiero, particularmente a la vista de la experiencia de los países en los que ya ha venido operando este tipo de empresas, a efecto de adoptarlas, con posibles modalidades a la vista de la protección de los intereses de terceros.

¹⁰ Un interesante estudio monográfico de esta EIRL, en **Fernando D. Amuchástegui**, *La empresa individual de responsabilidad limitada*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1998. Para una amplia e interesante referencia a la forma en la que podrían regularse muchos otros aspectos de estas EIRL, véase, **Rafael F. Barreiro** y **Daniel M. Turring**, "El empresario individual con responsabilidad limitada", en *Derecho societario y de la empresa*, t. I, Córdoba, 1992, págs. 326-328.

En otro orden de ideas, la adopción legal de esta EIRL contribuiría a eliminar el verdadero fraude a la ley que actualmente es por demás frecuente en nuestro país, y que consiste en la constitución de sociedades anónimas por parte de un solo socio o inversionista, que, como forma de satisfacer la exigencia legal sobre un mínimo de dos socios, acude a un *socio de cómodo*, verdadero testaferro, que sólo en apariencia suscribe una acción. Parece que no debe haber duda sobre que este mecanismo configura una verdadera simulación, pues en realidad opera un fraude a la ley, encubierto con un falso velo de legalidad.

A todo ello podría ponerse coto mediante estas EIRL.

Por supuesto, otra solución es la que se propone más adelante en este libro (*infra*, 10.2 bis), consistente en el reconocimiento de legalidad a las sociedades unimembres.

Desde luego, no es aconsejable perder de vista la posibilidad de que opere el abuso de la personalidad jurídica mediante estas EIRL, pero la verdad es que lo mismo ocurre en la actualidad con las citadas sociedades unimembres *de hecho*. A evitar tal abuso contribuiría la adopción de las medidas antes propuestas, y tal vez de algunas otras, encaminadas directamente al caso de concurso o de quiebra y sus aspectos penales.

Doctrinalmente se han mencionado¹¹ las ventajas que reportaría, sobre esta EIRL, la adopción legal de la sociedad unimembre, que permitiría al socio único buscar, en el curso del tiempo, la colaboración de otros aportadores de capital, con lo cual la sociedad respectiva dejaría de ser unimembre, sin dificultad alguna, salvo, tal vez, el requerimiento de un reforma estatutaria.

Como es de suponerse, la adopción de la sociedad unimembre traería consigo cierta discusión, en verdad puramente doctrinal y de escasa trascendencia práctica: no siempre sería válida la afirmación en el sentido de que el acto constitutivo de una sociedad mercantil es un contrato. Pero ello, conviene repetirlo, sólo conduciría a dejar claro que en ciertos casos la constitución de una sociedad unimembre sería, ni más ni menos, una declaración unilateral de voluntad.

Finalmente, otra consecuencia del reconocimiento de estas EIRL, sería la necesaria conclusión en el sentido de que las mismas constituirían una universalidad de derecho o patrimonio de afectación, con todas sus consecuencias.

¹¹ **Daniel Roque Vítolo**, “Empresa individual de responsabilidad limitada y sociedad unipersonal”, en *Derecho societario y de la empresa*, t. I, Córdoba, 1992, pág. 319.

5.7 *ter* Diversos tipos de empresas

Hasta aquí se han examinado el régimen legal, elementos y naturaleza jurídica de la empresa como manifestación de actividades lucrativas realizadas por el empresario mediante empleo de los llamados factores de la producción, si bien desde el punto de vista de una organización político-estatal de libre mercado, que podría identificarse con los Estados capitalistas o semi-capitalistas.

Sin embargo, esquemas políticos estatales existen, ocasionalmente calificados de socialistas o con una estructura de capitalismo de Estado, en los cuales el Estado se reserva la realización de ciertas actividades consideradas como estratégicas, mediante la constitución de organismos de tipo empresarial, en los que suelen aparecer las características de la empresa que aquí se ha examinado, pues, en efecto, existen elementos personales, materiales e inmateriales e incluso una actividad productiva en ocasiones, pero siempre comercial.

De esta suerte, no parece un dislate el emplear, en casos como éste, la tan difundida expresión estado-empresario, habida cuenta de que estas empresas de corte estatal incluso no son extrañas a los Estados de filiación capitalista.

No es éste el lugar para extenderse en consideraciones de índole social o económica que sirven de fundamento a la existencia de estas empresas, y tampoco a propósito de las ventajas e inconvenientes que ofrecen su existencia y actuación. Así, sólo a título de ejemplo, mucho se discute sobre su legitimidad, más allá de su existencia constitucionalmente prevista, por dos razones: *a*) no es correcto que el Estado distraiga su atención en actividades que rebasan sus fines fundamentales, que son, como es bien sabido, los de preservar la armonía social y vigilar el correcto suministro de los servicios públicos, no menos que la preservación de un ambiente propicio a la salud pública; *b*) tampoco es aconsejable que el erario público se destine a la realización de actividades industriales o comerciales, puesto que debe destinarse, exclusivamente a los fines anteriormente mencionados. Un ejemplo de ello está configurado, en nuestro país, por el organismo estatal Lotería Nacional (Lotenal) que, como es bien sabido, fue creada para apoyar económicamente las actividades del Estado federal en el campo de la asistencia pública. Pues bien, a principios de 2011 se informó de las cuantiosas pérdidas que la misma ha sufrido, que acarrearón su quiebra técnica, atribuida al considerable descenso en las ventas de billetes, pero también a una aparente mala administración que viene generando dudas en cuanto al uso de sus recursos.

En un plano comparativo, se ha informado sobre la cómoda rentabilidad de los organismos semejantes de otros países, principalmente Brasil, Colombia, Estados Unidos de América y España.

Así pues, una primera clasificación consistiría en sostener que existen empresas privadas, públicas y mixtas. Estas últimas son, por supuesto, las que conjugan capitales privados y públicos.

Menos complicaciones ofrece la clasificación tradicionalmente admitida, en este caso por razón de las actividades propias de las empresas. Se trata de las empresas comerciales, industriales, agrícolas y ganaderas, lo cual no supone, ni mucho menos, el desconocer que todas ellas participan de naturaleza comercial.

Finalmente, y sin pretender que con ello se agoten los criterios de clasificación, es necesario hacer referencia a esa amplia laya de empresas mercantiles disfrazadas de civiles. Se trata, como es fácil deducirlo, de estructuras económicas que realizan actividades comerciales, pero que a veces por razones fiscales y en ocasiones como forma de limitar responsabilidades, adoptan las tradicionales formas civiles de asociación o de sociedad civil, previstas por los arts. 2670 y 2688 del *C.Civ.*

Lo censurable en estos casos está en que, como una forma de fraude a la ley, los socios deciden adoptar un atuendo civil para realizar actividades que no son de las previstas por los apuntados preceptos legales, pues el primero de ellos dispone que la asociación civil sólo está llamada a “... realizar un fin común que no esté prohibido por la ley *y que no tenga carácter preponderantemente económico,...*”, al paso que en la sociedad civil puede perseguirse “... un fin común, de carácter preponderantemente económico, *pero que no constituya una especulación comercial*”.

En efecto, la práctica mexicana es prolífica en ejemplos de ambos supuestos. Así, podría argüirse que la realización habitual y reiterada de servicios profesionales no constituye una actividad de “especulación comercial”, pero es el caso que operada por conducto de una organización empresarial, en la que los socios se proponen aprovechar la actividad profesional de terceros como forma de obtener una utilidad, escapa a la consideración puramente civil de los servicios, puesto que los profesionistas suelen ser empleados o trabajadores de la asociación o sociedad “civil”, luego es la intermediación o interposición entre tales profesionistas y los terceros prestatarios de los servicios, lo que atribuye mercantilidad *de facto* a estas sociedades. Como es bien sabido, así operan la inmensa mayoría de los centros hospitalarios, colegios, laboratorios y otros, todos ellos de carácter privado, pero también es sabido que en muchos casos actúan como asociaciones o sociedades civiles.

En todo ello no es poca la responsabilidad que incumbe a los fedatarios públicos que autorizan la constitución de estas sociedades con atuendo civil, a pesar de la misión que legalmente les corresponde, como asesores de sus

clientes, y del deber que les asiste de negarse a intervenir en actos contrarios a cualquier ley.

En cuanto a las empresas públicas, los recientes gobiernos mexicanos no han sido parcos en la constitución de empresas de la más diversa índole y en todas las formas imaginables, tanto sociales como administrativas e incluso fiduciarias.

Algunos autores cuestionan el carácter mercantil de estas empresas, por estimar que el Estado no puede destinar recursos públicos a la realización de conductas puramente comerciales, sin olvidar la circunstancia de que el titular del capital es el Estado mismo, no así un particular o comerciante. Además, no debe pasarse por alto que el Estado puede actuar con su carácter federal, pero también estatal e incluso municipal.

Con toda razón, **Barrera Graf**¹² no duda en calificar de mercantiles estas empresas públicas, para lo cual aduce que debe atenderse a sus actividades y no al origen de sus recursos; aduce que en este caso el comercio, como actividad humana, tiene naturaleza pública y su trabajo y sus actividades en el mercado deben también considerarse como de *carácter* social público.

No carece de interés el dejar constancia de que la más grande e importante empresa mexicana, la estatal Petróleos Mexicanos, fue creada mediante decreto del entonces presidente de los Estados Unidos Mexicanos, **Lázaro Cárdenas**, del 7 de junio de 1938. Y en apoyo de la opinión de **Barrera Graf**, no cabe dudar de su naturaleza como empresa mercantil, pues en los términos del art. 2o. de dicho Decreto, “Podrá también efectuar las operaciones de distribución de los productos relativos,... y tendrá facultades para celebrar los contratos y actos jurídicos que se requieran en el cumplimiento de sus fines”.¹³

Es importante consignar aquí los tres tipos de empresas a los que se ajusta el ejercicio del comercio en los Estados Unidos de América:¹⁴

- La empresa individual de la que, al igual que en el sistema legal mexicano, es titular una persona física, la que reporta ilimitada responsabilidad por las deudas de su actividad mercantil, sin distinguirlas de las deudas ajenas a tal actividad.
- La agrupación *partnership*, desconocida en la práctica y en el sistema legal mexicano, aunque con un remoto parecido a la asociación en participación, según la cual son dos o más personas físicas las titulares de una empresa, y que puede operar en forma general o limitada, sin personalidad jurídica propia.

¹² *Instituciones...*, cit., pág. 84.

¹³ Varios, *La expropiación petrolera, un debate nacional*, 1a. ed., Petróleos Mexicanos, México, 1998, págs. 511 y 512.

¹⁴ **Robert W. Emerson**, *Business law*, fourth edition, Barron's, New York, 2004, págs. 296 y siguientes.

- Por último, las sociedades, que existen y operan, en términos generales, como las del derecho mexicano, con una personalidad jurídica propia, limitada responsabilidad de los socios, administración centralizada y libre transmisibilidad de los títulos representativos del capital social.

Por otra parte, no faltan juristas estadounidenses que encuentran en el contrato de franquicia una especial forma empresarial, por considerar que, tanto el franquiciante como el franquiciatario, aprovechan las mismas marcas, nombre comercial, patentes, secretos de fabricación, procesos operativos y, principalmente, ofrecen al público los mismos productos o servicios, sin olvidar que, no sólo por estipulación contractual, sino con arreglo a las disposiciones legales respectivas, el franquiciatario debe ajustar su participación a las indicaciones y procedimientos que le indique el franquiciante.

Desde luego, no es fácil compartir tamaña pretensión, pues aceptado lo anterior, en cambio son diferentes los elementos patrimoniales, incluso los humanos, por cuanto, como es sabido, el franquiciatario actúa, en la generalidad de los casos, con sus propios recursos humanos y materiales, que nada tienen que ver con los del franquiciante.¹⁵

Cabe mencionar aquí, por su amplia difusión en todo el mundo, las llamadas *pequeñas y medianas empresas*, más conocidas con el acrónimo *py-mes*, a las que se hará especial referencia más adelante, en 5 bis.12.

5.7 *quater* Responsabilidades empresariales

Otro de los temas de actualidad en materia empresarial es el de los efectos de las nuevas tecnologías en la responsabilidad de las empresas industriales y comerciales, pero también agrícolas, en la medida en que fabriquen, transporten o comercialicen productos o servicios que de cualquier manera afecten las manifestaciones del entorno, como son el aire, el agua, la flora y la fauna, pero también la salud y la vida de los seres humanos.

Así, es frecuente mencionar la existencia de las siguientes responsabilidades empresariales:

- Daños por productos defectuosos o por servicios deficientes, en la inteligencia de que menudean los casos en que los productos o los servicios no son precisamente defectuosos, sino que el proveedor no informa, con suficiente claridad, sobre el adecuado uso o consumo.
- Daños por el empleo de energía nuclear.
- Daños ambientales.

¹⁵ Emerson, *Business...*, cit., pág. 323. Díaz Bravo, *Contratos mercantiles*, 11a. ed., Iure Editores, México, 2012, págs. 578 y siguientes.

- Daños causados por el inadecuado empleo de la informática.
- Daños resultantes de la aplicación de la biotecnología, entre ellos los genéticos.
- Daños colectivos.
- Defectuoso ejercicio de la medicina y de sustancias o elementos de laboratorio.
- Daños psicológicos.¹⁶

Se trata, en resumen, del capítulo hoy día denominado *riesgo de empresa*, que abarca, como fácilmente habrá podido apreciarse, un amplísimo y creciente campo de responsabilidades, sin contar con las voluntariamente asumidas por las empresas, en demostración de un loable concepto de solidaridad humanitaria, a tal punto que se han constituido, en forma un tanto ostentosa, empresas exclusivamente dedicadas a calificar y certificar las actividades comerciales o industriales de otras empresas, en la medida en que estas últimas contribuyan a la solución de problemas ambientales, sanitarios, educativos y similares de las comunidades dentro de las que actúan. Ha surgido, así, el otorgamiento de la no menos ostentosa calificación como “empresa socialmente responsable” (ESR).

Sin embargo, no ha faltado quien afirme que esta responsabilidad social configura una ideología ética cuando un individuo o una organización se comprometen a beneficiar a la sociedad.¹⁷ “¿Qué queremos decir cuando afirmamos que el negocio tiene responsabilidades? Sólo la persona puede tenerlas. Una empresa es una persona artificial y en esa línea tiene responsabilidades artificiales,... la responsabilidad de un ejecutivo al conducir el negocio de acuerdo con el deseo de los accionistas, que generalmente es aumentar la rentabilidad de la inversión, siguiendo las reglas que impone la sociedad. El asunto es que el ejecutivo es el agente de los accionistas y su responsabilidad primaria es con ellos... Por ello afirmo que las responsabilidades sociales son del individuo y no del negocio... una y sólo una es la responsabilidad social de un negocio, usar los recursos en actividades que incrementen las utilidades, siempre y cuando cumplan con las reglas del juego,...”.

Por supuesto, no es fácil compartir tan escéptica postura, impregnada de un excesivo individualismo mercantilista, pues en verdad debe entenderse, y así ocurre en nuestro país, que una empresa es socialmente responsable cuando sacrifica una parte, considerable o no, de sus utilidades, en beneficio de un sector social, y ello desinteresadamente.

¹⁶ **Graciela N. Messina de Estrella Gutiérrez**, *La responsabilidad civil en la era tecnológica. Tendencias y prospectiva*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1997, págs. 79 y 80.

¹⁷ **Luis Ramón Carazo**, “Ser o no ser”, colaboración publicada en el periódico *Reforma*, sección Negocios, pág. 4, el 28 de marzo de 2011.

En torno del mismo tema, las principales organizaciones del sector privado —CCE, CNA, CONCAMIN, CANACINTRA y CONMEXICO— con el objetivo de que cada día sean más las empresas que se apeguen a los nuevos principios de una publicidad infantil de alimentos y bebidas alcohólicas responsable, elaboraron, el 22 de septiembre de 2008, una iniciativa, hoy conocida como Código de Autorregulación de Publicidad Infantil (PABI) atestiguada con la firma de la ss y de la PROFECO, con lo que ratificaron la importancia de la acción conjunta y coordinada de los sectores público y privado en la búsqueda e implementación de soluciones que contribuyan al mejoramiento de la salud de la población. Dicho código cobró vigencia el 1 de enero de 2009 y su vigilancia y ejecución quedaron conferidas al Consejo de Autorregulación y Ética Publicitaria (CONAR). El propio Código tiene como principal objeto, el de fomentar las mejores prácticas vigentes en la realización de una publicidad de alimentos y bebidas no alcohólicas socialmente responsable, que además vaya en línea con las recomendaciones de la Organización Mundial de la Salud, establecidas en la Estrategia Mundial Sobre Régimen Alimentario, Actividad Física y Salud. Mediante tal mecanismo reglamentario, las empresas de alimentos y bebidas no alcohólicas, que por cierto representan alrededor del setenta por ciento de la inversión publicitaria del sector, se comprometen a realizar una publicidad responsable dirigida a niños, como herramienta para el fomento de una alimentación correcta y la práctica habitual de la actividad física, con lo cual aspiran a contribuir al desarrollo de soluciones integrales para hacer frente al sobrepeso y a la obesidad, lo cual permitió al presidente de CONMEXICO afirmar que: “La fuerza de la autorregulación reside en preservar la confianza el consumidor en la empresa, la cual busca fortalecer ante éste su reputación y la de sus marcas”.

La lista de empresas adherentes se hizo pública, por lo que, de presentarse una denuncia debidamente sustentada, el Consejo Directivo del CONAR resolverá si la empresa en cuestión incurrió o no en una falta. En caso afirmativo, la empresa puede ser acreedora a dos tipos de sanciones: la suspensión provisional de sus derechos, con motivo del primer desacato y, en caso de reincidencia, la expulsión definitiva y exposición pública mediante su difusión en los medios de comunicación. Las empresas firmantes fueron: Barcel, Bimbo, Cadbury Adams México, Coca-Cola, Conagra Foods México, Conservas La Costeña, Grupo Alpura, Gamesa Quaker, Grupo Jumex, Kellogg's Company México, Nestlé de México, Pepsico de México, General Mill's, Kraft Foods de México, Grupo Lala, Herdez del Fuerte, Hershey's, Jugos del Valle, Productos Gatorade de México, Qualtia Alimentos, Sabritas, Sigma Alimentos, Unilever de México, Ferrero de México, Obrador y Empacadora La Barca, Pilgrim's Pride, Alfino, Productos Fritos.

Copyright © 2017. IURE Editores. All rights reserved.

En el mismo orden de ideas, el art. 25 *bis* de la *LFPC* faculta a la PROFECO para aplicar, según los casos, las medidas precautorias que a continuación se mencionarán, cuando se afecte o se pueda afectar la vida, la salud, la seguridad o la economía de una colectividad de consumidores:

- I. Inmovilización de envases, bienes, productos y transportes;
- II. El aseguramiento de bienes o productos en términos de lo dispuesto por el art. 98 ter de esta Ley;
- III. Suspensión de la comercialización de bienes, productos o servicios;
- IV. Ordenar el retiro de bienes o productos del mercado, cuando se haya determinado fehacientemente por la autoridad competente que ponen en riesgo la vida o la salud de los consumidores;
- V. Colocación de sellos e información de advertencia, y
- VI. Ordenar la suspensión de información o publicidad a que se refiere el art. 35 de esta Ley.

Por supuesto, tales medidas deben ajustarse a una serie de requisitos previstos por el mismo precepto legal.

Por tanto, mucho es lo que podría decirse de estas modernas corrientes responsabilizadoras de las empresas. Así, además del apreciado calificativo de *ESR*, antes mencionado, en los últimos años se ha venido abriendo paso la expedición del reconocimiento de *empresa limpia*, que, como su nombre lo indica, supone una constancia, expedida en ocasiones por sectores gubernativos, y, en otras, por empresas calificadoras privadas, para dar fe de que la empresa calificada dispone de las necesarias medidas técnicas y operativas apropiadas para evitar la contaminación del ambiente.

A medida que pasa el tiempo, parece aclararse, pero también ampliarse, el significado de lo que es, o debe ser, una *ESR*, calificación que otorgan varias entidades, según la proyección social a la que propenden.

Así, en México se creó, a principios de 2008, el Comité Nacional de Productividad e Innovación Tecnológica (COMPITE), que al efecto elaboró un programa de Responsabilidad Social e Integridad, dirigido a empresas de cualquier importancia económica, y que tiene como propósito el de apoyar a las empresas que aspiran al calificativo de socialmente responsables, para que puedan enfrentarse airesamente a las presiones de clientes extranjeros y nacionales, gobiernos y consumidores, todos los cuales reclaman la adopción de procesos y estándares de calidad que cumplan con ciertas condiciones legales, éticas e incluso económicas.

De esta suerte, por ahora son características propias de las *ESR* las siguientes:

- Absoluta confianza de clientes y proveedores.
- Motivación y lealtad del personal.
- Mayor competitividad, lo cual implica calidad, productividad, rentabilidad y seguridad.

- Comprensión y apoyo de la comunidad.
- Calificación internacional frente a mercados comerciales y financieros.
- Garantía de permanencia en el mercado a mediano y a largo plazo.
- Constancia fehaciente del empleo de mecanismos, aditamentos e instalaciones apropiados para reducir al mínimo la contaminación del ambiente.

Pero además, ya algunos Estados vienen tomando conciencia de que también ellos deben intervenir en la calificación de que se trata, por razones de salud y de economía. Así, en España se pronunció, también a principios de 2008, el Real Decreto 221/2008, por el que se creó y regula el Consejo Estatal de Responsabilidad Social de las Empresas.

Dentro de la misma línea de pensamiento, ya en el año 2005 México puso en operación la norma NMX-SAST-004-IMNC-2004, sobre responsabilidad social, basada en las siguientes directrices:

1. Actuación transparente en lo interno y externamente.
2. Desarrollo, implemento y mantenimiento de políticas y procedimientos con base en la responsabilidad social.
3. Manifestación, a las partes interesadas, de que sus políticas, procedimientos y prácticas están acordes con las directrices de la norma.
4. Creación interna de un compromiso cívico.

El sesgo oficial de este mecanismo está dado por la participación de la Procuraduría Federal del Consumidor que, juntamente con otras entidades particulares, constituyeron el Centro de Información del Comportamiento Empresarial (CICE) en México.

Este concepto de empresa socialmente responsable no se ha admitido tan pacíficamente como podría pensarse. Así, el conocido economista **Milton Friedman**, en su libro *Capitalismo y libertad*, publicado en 1962, escribió que: “El negocio de las negociaciones es el negocio... la responsabilidad social de la empresa es una doctrina fundamentalmente subversiva en una sociedad libre... en semejante sociedad no existe más que una responsabilidad social de la empresa, que es la de utilizar sus recursos y aplicarlos a las actividades destinadas a incrementar sus utilidades por todo el tiempo que se lo permitan las reglas del juego...”¹⁸

Ahora bien, todo parece indicar que tal concepción ha quedado, a lo menos en teoría, definitivamente desechada, ante las fuertes presiones de diversos grupos de opinión pública, que primeramente se mostraron inconformes con la actuación de las empresas multinacionales, a las que acusaron de actuar con la mira puesta, exclusivamente, en un capitalismo desenfrenado, sin detenerse en consideraciones sobre daños ambientales, afectaciones a la salud de las personas, desprecio por los derechos de los trabajadores y total olvido de la satisfacción de las necesidades sociales.

¹⁸ **Xavier Dieux** et **Francois Vincke**, «La responsabilité sociale des entreprises, leurre ou promesse?», en *RDAI*, enero de 2005, no. 1, Forum Européen de la Communication, Paris, 2005, págs. 13 a 34.

De esta suerte, nada menos que la cci, en marzo de 2002, lanzó al mundo un comunicado en el que afirma lo siguiente: “El primer papel de la empresa en una economía abierta de mercado es el de crear riqueza para sus accionistas, sus empleados, sus clientes y para la sociedad en su conjunto”. Sin embargo, justo es reconocer que al mismo tiempo y a pesar de que no existe una definición generalmente aceptada de la responsabilidad social de la empresa, la propia cci la ha definido en la siguiente forma: “La responsabilidad social de la empresa corresponde al compromiso, sobre una base voluntaria dentro del mundo de los negocios, de realizar sus actividades de manera responsable”, y, por lo mismo, ha quedado configurada como una de las exigencias de la actividad económica en un mundo globalizado. Así lo expresó en su ya citado documento de 2002.

Sobre este mismo punto, en el ámbito europeo existe la llamada *etiqueta ecológica*, que se adhiere a los productos destinados al uso o consumo humano e incluso animal, que es también un reconocimiento de que el productor ha implantado también los necesarios esquemas preventivos de la contaminación.

No es fácil opinar sobre el grado en que estos reconocimientos influyan en los consumidores, por cuanto los mecanismos de que se trata suponen un alto nivel de civilidad en ellos, como para rechazar los productos cuyos fabricantes menosprecian la protección del ambiente.

Como corolario de todo lo expuesto, fatalmente se impone aquí la necesidad de mencionar la generalizada inconformidad con la actividad de las empresas mercantiles, un tanto alejada de la ética, en grave perjuicio de los intereses de la comunidad consumidora de sus bienes o servicios. Considérense, a continuación, algunos casos graves demostrativos de tal estado de cosas.

- a) A principios de 2011 la prensa nacional informó sobre la multa que, por 300 millones de dólares, impuso el jurado de la Corte del Circuito Broward, de Florida, a la empresa cigarrera Phillip Morris USA, en concepto de indemnización a una ex fumadora de nombre Cindy Naugle, quien a la sazón se encontraba en una silla de ruedas, víctima de un enfisema pulmonar ocasionado por el consumo de los cigarrillos. Se dijo que es la mayor condena dictada contra una cigarrera y que pasó a figurar dentro de los ocho mil casos presentados a continuación de un fallo de la Corte Suprema de Florida, en 2006, que desechó una enorme demanda colectiva contra las empresas tabacaleras.
- b) Al parecer en relación con la crisis financiera global iniciada a mediados de 2009, la Escuela de Negocios de Harvard impuso el deber, por parte de quienes concluyan los estudios de Maestría en Administración de Empresas, de prestar un juramento que los compromete a ejercer su carrera de

una “manera ética”, a “esforzarse por crear una prosperidad mundial que sea económica, social y ambientalmente sostenible”, y a administrar las empresas “actuando de buena fe, procurando que la toma de decisiones y la conducta no se basen en un interés personal miope, que pueda dañar a la empresa y a la sociedad a la que sirven”. Téngase presente que dicha Escuela de Negocios es la más famosa del mundo, y que las cláusulas comprendidas en el juramento transmiten una noción de ética profesional que requiere de los gerentes “una transformación tanto de mí mismo como de los que están bajo mi supervisión para que la profesión siga avanzando y contribuyendo al bienestar de la sociedad”. Aquí el comentario es obvio: si un número suficiente de personas dedicadas a las actividades empresariales conciben sus intereses en ese sentido, entonces podremos ver el surgimiento de una profesión empresarial basada en la ética.

- c) Mas la burocracia gubernativa también desempeña un importante papel en la ineficacia empresarial. En México, según estudios del Banco Mundial, las actividades de orden administrativo y burocrático toman el 20.5 % del tiempo de las empresas, con lo cual nuestro país se ubica en el cuarto lugar mundial en orden al tiempo que se dedica a estos fines, tan sólo por debajo de Venezuela, Argelia y Madagascar. Según informan los especialistas, el inicio de una empresa requiere de nueve procedimientos, que toman un mínimo de 28 días para registrar la propiedad y de 74 días para iniciar sus operaciones. Todo ello, como es igualmente sabido, influye en la calidad del servicio y es causa de que el país caiga continuamente en los índices de competitividad, pues implica más costos y más impedimentos para que las empresas desarrollen sus actividades en forma ordenada.
- d) Ahora bien, estas empresas son también víctimas de fraudes. La prensa nacional dio cuenta, en junio de 2009, de que el 77 % de las empresas que operan en México sufrió, cuando menos, un fraude durante 2008, que les significaron pérdidas de aproximadamente 900 millones de dólares, todo ello según reveló un estudio de la consultora internacional KPMG, resultante de la encuesta “Fraude y Corrupción en México 2008”, realizada por dicha entidad. Se hizo saber que el 46 % de los fraudes fue cometido por personal de las propias empresas y que entre los robos más comunes figuran el de los inventarios y de la asociación fraudulenta con proveedores y clientes.
- e) Mas también algunas empresas despliegan conductas nobles, desinteresadas y hasta costosas para ellas. Así, la farmacéutica alemana Boehringer Ingelheim erogó a fines de 2009, dos millones de pesos para financiar

proyectos de organizaciones civiles que estén dirigidos a impulsar la nutrición en niños menores de cinco años, a los que se les ponen estímulos que les convengan de tomar leche, comer frutas, verduras, carne y tomar mucha agua; además, dicho laboratorio hizo donación, durante 2009, de 5 pesos por cada medicamento multivitamínico Kiddi Pharmaton que se vendió en el país, para apoyar su iniciativa.

UNIDAD 5 *bis*

Derecho de la competencia mercantil

5 *bis.1* Concepto de competencia mercantil

En su mensaje al Congreso Constituyente de 1917, **Francisco J. Múgica** afirmaba que: “La libre concurrencia... no es otra cosa que la competencia; debe ser libre”.

En efecto, como tantas veces se ha dicho, el art. 28 de la *CPEUM* otorga, como una de las garantías individuales, la del libre ejercicio del comercio, ya antes proclamada por el art. 5o., en cuanto prohíbe que se limite el ejercicio de una profesión, *industria*, *comercio* o trabajo, cuando tal ejercicio sea lícito. Así pues, como competencia mercantil debe entenderse el ejercicio de cualquier actividad comercial en relación con la de otros sujetos dedicados al mismo o parecido giro; a ello se refiere, indudablemente, el vocablo *competencia*, que en la práctica encuentra una gran variedad de proyecciones, tantas como las que ofrecen las actividades productivas, de distribución y de comercialización de toda clase de tangibles e intangibles.

Ahora bien, como igualmente es bien sabido, la absoluta libertad de comercio nunca operó en país alguno. Además, prontamente apreciaron los

Estados que el dejar hacer y dejar pasar en materia de comercio se mostró por demás perjudicial, y no sólo a los intereses de los consumidores, por lo que, desde fines del siglo XIX, se dieron a la tarea de poner obstáculos a la libertad concurrencial, punto éste que se abordará más adelante (*infra*, 5 bis.4, 5 bis.5, 5 bis.10 y 5 bis.13).

Aquí es necesario hacer un alto para subrayar la importancia que representa, tanto para los proveedores como para los consumidores, el llamado *marketing*, esto es, el empleo y difusión de las marcas comerciales, que ocupan un lugar preferente en la publicidad comercial. En efecto, incluso quienes podrían poner en práctica el intento de pasar de largo frente a la publicidad marcaria, deben admitir la atracción de las marcas, cuyo poder de penetración o influencia es evidente, y por ello no cabe dudar de que sea, tal vez, el motor de la competencia mercantil, a tal grado que en la actualidad puede válidamente hablarse de una *cultura comercial* en la que todos participamos, incluso quienes, por su profesión, podría suponerse que son meros observadores. Tal vez con base en tal consideración ha surgido la afirmación de la que no es fácil dudar: dime qué compras y te diré quién eres.¹

Por su parte, el filósofo francés **Gilles Lipovetsky**² apunta que en la era de la publicidad y las compras por internet se consume a toda hora y en todas partes, así en el metro, la estación de autobuses o en los trenes y que por tal razón la actual sociedad de hiperconsumo es muy difícil, porque los pobres o los que no tienen mucho dinero viven una frustración antes desconocida. El consumismo es irreversible, pero el error es dejar que el consumo se erija en absoluto, pues el peligro en nuestra sociedad es el lugar excesivo que ocupa el consumo. Sin embargo, el riesgo no es el consumo mismo ni la superficialidad que pueda ocupar. Lo malo es el exceso y lo criticable es que el consumo se haya convertido para mucha gente en objetivo de vida. De cara al consumismo excesivo es necesario oponer otros valores, pues una sociedad de consumo, que sólo vive en función de marcas, no puede disfrutar sanamente y no puede ser buena: merced a la publicidad, se consume a toda hora y en todas partes.

¹ Algunas de tales expresiones han sido tomadas del libro *Buying in*, del autor estadounidense **Rob Walker**.

² Según transcripciones publicadas por el periódico *Reforma* del 5 de octubre de 2008, en la sección El Ángel.

5 bis.2 Economías dirigidas y economías de mercado

El industrialismo inglés, que a mediados del siglo XIX ya era conocido en todos los países europeos, hizo surgir encontradas opiniones socioeconómicas, a las que no fueron ajenos los Estados, que, como antes se enunció, intentaron regular las nuevas actividades, que de agrícolas se estaban convirtiendo en industriales, en formas que hoy nos parecen rudimentarias.

Así, las primeras legislaciones inglesas y francesas proclamaron la llamada “economía de mercado”, que, a lo menos en teoría, dejaba al libre juego de los industriales sus relaciones con los trabajadores y con los consumidores, pues todo ello resultaba de la secular tradición sobre la libertad contractual.

Postura tal, por lo demás, había sido propiciada por algunos ideólogos de la sociología, y un poco más adelante de la economía, quienes sostuvieron que el Estado debería limitarse a desempeñar su primordial papel como mantenedor de la paz y armonía entre los individuos, sin mediar en las relaciones laborales y económicas, por estimar que ello corresponde a las leyes civiles y mercantiles, puesto que todavía no hacían su aparición las leyes laborales.

Ante tal estado de cosas, no tardaron en hacer su aparición, primeramente, algunas muestras de inconformidad con el desigual trato del que se estaba haciendo objeto a los trabajadores en cuanto a jornadas laborales, salarios, desmedida explotación de las mujeres y de los menores de edad, con su pronta consecuencia de manifiestos, levantamientos populares y parecidos signos de peligro para la estabilidad de los Estados.

A pesar de ello, las medidas tutelares tardaron en hacer su aparición, sin contar con la benignidad de algunas de ellas, pero también hicieron sus primeras apariciones las disconformidades de los consumidores, al darse cuenta de que la proclamada libertad de contratación era sólo una quimera, y de que estaba resultando ilusorio el milenar principio sobre que la voluntad de las partes y la igualdad de las mismas debe prevalecer en los contratos.

Ante todo ello, como se examinará con mayor detalle un poco más adelante, comenzaron a hacer su aparición las llamadas *economías dirigidas*, en las que los Estados se reservan un mayor o menor grado de intervención en la vida del comercio, sin que falten casos en los que dichos Estados se reservan el exclusivo ejercicio de ciertas actividades industriales o comerciales, consideradas como estratégicas.

5 bis.3 Orígenes del industrialismo, del capitalismo y del mercantilismo

Bien pronto comenzaron a manifestarse las consecuencias del industrialismo, con tintes que no es exagerado calificar de dramáticos:

- La emigración del campo a la ciudad dio lugar a la *proletarización* del trabajador campesino, que de pronto se vio confinado a los misérrimos campamentos y alojamientos provisionales de las nuevas ciudades industriales, en las que hubo de vivir en la estrechez, la inquietud, el ruido y el aire asfixiante de las fábricas.
- Empero, también cambió el tipo de vida campesino, pues prontamente la técnica llegó a las granjas, si bien ello marcó, para siempre, la sustitución de la mano de obra por el desempeño de las máquinas.
- Pero tal vez, según noticias históricas fidedignas, el sector artesano que más resintió la invención de las máquinas fue el de los tejedores, que en varias ciudades alemanas asaltaron, víctimas de la frustración y la angustia de que fueron presa, las fábricas textiles y destruyeron todo lo que encontraron a su paso, principalmente los telares mecánicos.
- Los Estados, por su parte, no estaban en aptitud de ofrecer esperanzadoras soluciones a los miles de desocupados, salvo, en algunos casos, obligarlos a enfrentarse a las bayonetas militares. En la propia Inglaterra, como era natural, hubo también alzamientos contra las máquinas, algunos de los cuales con resultados sangrientos, lo que dio lugar a que el Parlamento dictara una ley (1811) con la que se amenazaba con la pena de muerte a quien destruyera las máquinas u otras instalaciones industriales.
- Tan desolador panorama se vio amenazado ante la inhumana conducta de los patrones, pues se iniciaba, a la sazón, la etapa del franco capitalismo. Tal estado de cosas fue la génesis de la primera ley inglesa reguladora del trabajo en las fábricas, dictada en 1802, adicionada posteriormente con la de 1819, que prohibió el trabajo de los niños menores de 9 años en la industria textil algodónera, si bien ambas tuvieron muy modestos alcances, y tal vez por ello se promulgó, en 1833, la nueva ley del trabajo en las fábricas; posteriormente aparecieron, en la misma Gran Bretaña, las leyes de 1844, en materia de accidentes y de protección de la mujer, y de 1847, sobre limitación a diez horas de la jornada de trabajo para las mujeres y los jóvenes.³

³ Diether Stolze, *Capitalismo. De Manchester a Wall Street*, Luis de Caralt Editor, Barcelona, 1971, págs. 122 y siguientes.

Así pues, si fuera necesario expresar, en forma resumida, las citadas etapas económicas, habría necesidad de decir que, a la fisiocracia o economía agrícola, siguió el industrialismo, que trajo aparejado consigo el mercantilismo, en cuanto teoría económica cuyo expositor más ilustre fue **Adam Smith** en su conocido libro *La riqueza de las naciones*, publicado en 1776; finalmente, aparece el capitalismo, que, como hoy es bien sabido, proclama que los medios de producción, distribución e intercambio se entreguen a los particulares, si bien esta corriente económica nunca operó en forma rigurosa, pues prontamente surgieron las llamadas *economías mixtas*, en las que el Estado tiene un cierto grado de participación en las referidas etapas económicas.

Ahora bien, todas estas actividades económicas, iniciadas con un fin político, acarrearón la consecuencia menos esperada, que fue la ruptura del primer tratado de comercio de la historia, celebrado entre Francia e Inglaterra. A la sazón, y con apoyo en las teorías de Adam Smith, se había conseguido disminuir o desaparecer muchos derechos aduanales. El economista inglés Couden, con apoyo en las teorías de Adam Smith, había conseguido desaparecer, o por lo menos disminuir, muchos derechos de aduanas, convencido de que el comercio exterior, desarrollado sin trabas, se regularía por la ley natural de la oferta y la demanda. Dicho aparato doctrinal encontró eco en el francés Frédéric Bastiat.

Todo ello produjo un resultado que todavía hoy es objeto de admiración, y que fue el tratado de comercio de 1860 entre Francia e Inglaterra. Dicho tratado tendría una vigencia de diez años y eliminaba totalmente las trabas aduanales, a la vez que reducía considerablemente los impuestos ad valorem.

Con dicho tratado comenzó a tejerse la red de convenios aduanales que ha acercado a los países más que las predicaciones de paz y amistad de los filósofos.⁴

Un sencillo y claro ejemplo de lo anterior es el suministrado por nuestro país, que, según informes periodísticos, adquiere de otros países, año con año, y ello sólo por lo que se refiere a alimentos, el 72% del arroz que se consume, el 55% del trigo y el 33 del maíz, lo que en términos monetarios significa un pago a países extranjeros de aproximadamente 20,000 millones de dólares al año.

Por supuesto, menudean los comentarios desfavorables, pues se dice que la escasez de alimentos o sus altos precios pueden ser la semilla de grandes disturbios sociales y políticos, ya que, por una u otra razón, los gobernantes no han atendido la recomendación que hace varios años formuló el Fondo de la Organización de las Naciones Unidas para la Alimentación y la Agricultura (FAO), en el sentido de que los países en desarrollo deben constituir reservas estratégicas de alimentos para un periodo mínimo de seis meses.

continúa

⁴ Información tomada de la *Historia universal*, t. 11, de **José Pijoan**, Salvat Mexicana de Ediciones, 1980, págs. 56 y 57.

continuación

Ahora bien, dentro del mismo orden de ideas, resulta interesante dar cuenta de la amplia nota periodística publicada por *The Economist*, en el número del 29 de agosto de 2009, en el sentido de que los gigantes corporativos tienden a perder importancia a medida que surgen crisis económico-financieras como la que se presentó en 2009, precedida por la fractura de otras importantes empresas mercantiles internacionales, como fue el caso de Pan-Am, que optó por desaparecer; IBM, por su parte, despidió a 122,000 empleados, la cuarta parte de su fuerza de trabajo, entre 1990 y 1995.

Por su parte AT&T fue declarada en quiebra y muchas otras fueron absorbidas por empresas de nueva creación, no todas de grandes proporciones. Se reconoce, sin embargo, que prontamente volverán a imperar las grandes empresas corporativas, tal vez como reacción frente al empuje de los mercados emergentes, como viene ocurriendo con los de países otrora integrantes del mundo subdesarrollado, como lo son Brasil, Indonesia e India, pero principalmente China, quizá por razón de que configuran zonas sobrepobladas, como ocurrió en Japón a partir de 1950.⁵

5 bis.4 Aspectos históricos de la libre competencia

Muchas veces se ha dicho que la libre competencia en el mercado prontamente ofreció inconvenientes y fue la génesis de serios problemas económicos y aun sociales, a tal punto que los gobiernos debieron intervenir para ponerle coto, paradójicamente con empleo de medidas que, por una parte, proclaman la necesidad de protegerla, a cambio de lo cual consignan disposiciones que la restringen seriamente, de modo especial cuando se propicie la configuración de monopolios.

En efecto, estas concentraciones económicas generan, por una parte, la creación de poderosos grupos industriales o comerciales que, contra los primeros optimistas augurios, ocasionan, prontamente, la desaparición de los pequeños y aun de los medianos comerciantes; en segundo lugar, la consecuente supresión de empleos y, por último, el encarecimiento de los productos o servicios.

De este modo, el panorama legislativo actual en materia de competencia mercantil es un tanto confuso y aparentemente contradictorio, pues so

⁵ Información tomada de *The Economist*, del 17 de abril de 2010, conforme al reporte especial publicado en dicha Revista, que consigna, además, interesante información a propósito del papel que vienen desempeñando los países del llamado *mundo emergente*.

pretexto de proteger y auspiciar la libre competencia, se restringe en alto grado la celebración de arreglos, cualquiera que sea el nombre que se les asigne, que propendan a evitar el libre acceso al mercado de otros productores o comerciantes.

Las principales disposiciones que sobre este particular se consignan en la ley mexicana, se examinarán *infra* 5 bis.10.

Por lo que se refiere a los regímenes económicos de otros países, este aspecto presenta, al igual que otros con él conectados, panoramas también un tanto confusos, sin duda por razón de que los esquemas legislativos son fruto, con frecuencia, de la situación económica en la que se desenvuelven los países, sus conocimientos tecnológicos, la mayor o menor disponibilidad de recursos naturales y también la postura ideológica de sus gobernantes en lo político y en lo social.

A mediados de 2011 se difundió la noticia en el sentido de que la cadena comercial Soriana se propone abrir, durante el mismo año, 17 nuevas unidades, con lo cual llegarán a 75 las tiendas de Soriana Express, con una inversión de 300 millones de dólares, todo lo cual dará lugar a la creación de 5,000 nuevos empleos.

Como es sabido, se trata de la empresa que, a lo menos en México, ocupa el segundo lugar en importancia dentro de las empresas de autoservicio, todo lo cual es el resultado del poderoso empuje que, en materia de competencia mercantil, viene desplegando la citada empresa, sólo superada por la cadena estadounidense Wal-Mart, a pesar de lo cual sus directivos informaron que al concluir 2010 las ventas se habían efectuado por 93,700 millones de pesos, lo que arrojó una utilidad neta de 3,318 millones de pesos.

Por lo que se refiere a la competencia en materia de refrescos embotellados, se informó también que PepsiCo se disponía a operar con una botella totalmente fabricada con materia prima vegetal, lo que, según expresó, mejora la tecnología de su eterno competidor, Coca-Cola, y reduce su consumo de hidrocarburos.

Hizo saber que el nuevo envase está hecho de césped, corteza de pino, mazorcas y otros materiales, pero también se propone emplear cáscara de naranja, corteza de roble, restos de papas y otros residuos de su negocio de alimentos.

Se informó, de paso, que Coca-Cola emplea una botella que usa 30% de materia vegetal y auguró que tardaría varios años antes de conseguir una botella 100% vegetal y comercialmente viable.

Pero además, es revelador el hecho de que PepsiCo Alimentos México, Centro América y el Caribe opera en 33 países con 46,000 empleados, 26 plantas y 6,500 marcas locales, pero además, PepsiCo es la empresa líder de alimentos y bebidas en América del Norte y la segunda a nivel mundial, con 19 líneas de productos que generan más de mil millones de dólares en ventas anuales cada una.

5 bis.5 Restricciones a la libre competencia: la *Ley Sherman* de los Estados Unidos de América

Antes se ha dicho que el desarrollo económico de un país se erige en factor decisivo del tratamiento que otorga a la competencia mercantil. Pues bien, lo anterior resulta plenamente corroborado por el ejemplo estadounidense de su ley antimonopolios, conocida como *Ley Sherman*, por el nombre del senador que la redactó y presentó al Congreso. Este ordenamiento, expedido a fines del siglo XIX, obedeció, en efecto, al importante desarrollo económico que ya se vivía en el país, y que estaba propiciando numerosas concertaciones de carácter francamente monopolístico. Como se sabe, esta Ley marcó un hito en la actividad económica del vecino país, pues a partir de ella se han suscitado numerosos conflictos entre la autoridad comercial y los sectores económicos, conflictos que al parecer seguirán presentándose, atento al poderío económico de ese país. Pero además, tal estatuto antimonopolístico se ha hecho sentir en otros países, que lo han tenido como modelo de sus leyes nacionales, entre ellos el nuestro, con la *Ley Federal de Competencia Económica*, que se examinará un poco más adelante (*infra*, 5 bis.10).

Antes de ello, resulta ilustrativo el hacer aquí una referencia, al llamado crack de 1929, y principalmente, sus efectos.

Como es sabido, el 20 de octubre de 1929 (viernes negro) se desplomó la Bolsa de Valores de Nueva York, con lo que se inició la llamada Gran Depresión, causada, principalmente, por la sobreproducción de la industria estadounidense: en 1929, tan sólo en Detroit, se fabricaron cinco millones de automóviles.

Como era natural, los precios de los diversos satisfactores se redujeron y tras de ello se desató una ola de venta de acciones que no encontró compradores, lo que originó el pánico de muchos sectores económicos, principalmente de los accionistas, a tal grado que se optó por cerrar las Bolsas de Valores de Chicago, de Wall Street y de Buffalo. La quiebra de más de dos mil bancos no se hizo esperar y tras de todo ello la cuarta parte de la población económicamente activa, aproximadamente trece millones de personas, quedó desempleada.

Ahora bien, por lo que hace a nuestro país, a fines del segundo decenio del siglo XX ya estaban organizados social, económica y políticamente la burguesía y los industriales de México, que habían surgido en el porfiriato. Aunque las estadísticas de la época no son absolutamente confiables, se habló de 350,000 desempleados, o sea el 6% de la población económicamente activa, lo cual, empero, no provocó una tragedia nacional, pues el pilar económico del país seguía siendo la producción agrícola, no así la industrial y tampoco la actividad financiera.

continúa

continuación

Por su parte, el Gobierno intentó aliviar la situación de los desocupados con la creación de colonias agrícolas y la distribución de tarjetas de comida gratis para los cesantes. En verdad, según se dice, los mayores intentos se canalizaron a una campaña nacionalista de impulso al consumo de productos del país. Finalmente, para 1933 la economía entró en una franca recuperación, por lo que en 1934, al asumir Lázaro Cárdenas la Presidencia, la Gran Depresión había sido superada.⁶

5 bis.6 El Convenio de París para la Protección de la Propiedad Industrial (1884)

Sin duda la primera de las manifestaciones internacionales en materia de combate a la competencia desleal, en este caso únicamente relacionada con las expresiones de la propiedad industrial —marcas, patentes, secretos de fabricación, nombres comerciales, avisos comerciales y denominaciones de origen—, es el Convenio de París para la Protección de la Propiedad Industrial, de 1884, cuya última versión se adoptó en Estocolmo, en 1967. Por haber ratificado su adhesión al mismo, surte todos sus efectos en nuestro país, además, como sabemos, con jerarquía superior a las leyes domésticas sobre el mismo tema.

Desde luego, mucho se ha escrito en torno de este Convenio, si no fuera por otras razones, por la de su trascendencia en el comercio internacional, no menos que como fuente de inspiración de numerosas leyes domésticas.

Aquí sólo se dará cuenta de algunas de sus disposiciones más importantes en materia de competencia mercantil. Otros de los importantes temas que en él se abordan, se examinaron antes (*supra*, 5.5.3) al mencionarse los elementos incorpóreos de toda empresa:

- Al protegerse la propiedad industrial deben entenderse comprendidos en esta última las patentes de invención, los modelos de utilidad, los dibujos o modelos industriales, las marcas de fábrica o de comercio, las marcas de servicio, el nombre comercial, las denominaciones de origen y la represión de la competencia desleal (art. 1o., párr. 2).
- Los nacionales de los países de la Unión gozarán, en todos los demás, de la misma protección de la propiedad industrial que las leyes respec-

⁶ Datos tomados del libro *Capítulos olvidados de la historia de México*, Reader's Digest México, 1924, págs. 302 y 303.

tivas concedan a sus nacionales, sin perjuicio de los derechos especiales previstos por el Convenio (art. 2, párr. 1).

- Los países de la Unión están obligados a otorgar a los nacionales de los demás países miembros de la misma, una protección eficaz contra la competencia desleal, entendida como todo acto de competencia contrario a los usos honrados en materia industrial o comercial. Particularmente quedan prohibidos:
 - a) Cualquier acto capaz de producir confusión, por cualquier medio, entre el establecimiento, los productos o la actividad industrial y los de un competidor.
 - b) Las aseveraciones falsas, en el ejercicio del comercio, capaces de desacreditar el establecimiento, los productos o la actividad industrial o comercial de un competidor.
 - c) Las indicaciones o aseveraciones cuyo empleo, en el ejercicio del comercio, pueda inducir al público a error sobre la naturaleza, el modo de fabricación, las características, la aptitud en el empleo o la cantidad de los productos (art. 10 *bis*).

Por lo demás, los países de la Unión están facultados para concertar entre sí arreglos particulares encaminados a la protección de la propiedad industrial, siempre que con ello no se contravengan las disposiciones del Convenio (art. 19).

Por lo que se refiere a nuestro país, es bien sabido que en cumplimiento de su compromiso, ha expedido, en el curso de los años, leyes nacionales en materia de propiedad industrial, la última de las cuales, *LPI*, se publicó en el *DOF* del 27 de junio de 1991, abrogatoria de la anterior *Ley de Inventiones y Marcas* y de la *Ley Sobre el Control y Registro de la Transferencia de Tecnología y el Uso y Explotación de Patentes y Marcas*, misma suerte que corrió el Reglamento de esta última.

5 *bis.7* La publicidad mercantil y su regulación

Mucho es lo que abarca el tema de que se trata, a la vista de la necesidad de proteger los diversos intereses en juego mediante la publicidad mercantil, algunos de los cuales se examinarán más adelante (*infra*, 5 *bis.12*).

Según informan algunos historiadores, las primeras formas de publicidad aparecieron en el año 3000 a. C., en Babilonia, mediante la utilización de letreros que los comer-

cientes colgaban en el exterior de su establecimiento, con empleo de dibujos de sus mercaderías, en razón de que poco se había divulgado la lectura.

Más adelante aparecieron los pregoneros, que anunciaban la llegada de los barcos con cargamentos de vinos, especias, telas y metales. Este mecanismo alcanzó gran difusión y prontamente se adoptó en numerosos conglomerados de Europa. Posteriormente apareció el papel en China, según se dice, aproximadamente en el año 105 de nuestra era.

Pero el verdadero eslabón de contacto entre esta precaria publicidad y la actual, aparece en Grecia y Roma; en varias ciudades de la primera y en la segunda existían soportes en madera, piedra u otros materiales colocados en lugares de tránsito intenso, destinados a informar a los ciudadanos de actividades de interés público, acontecimientos sociales, juegos y espectáculos.

Con la aparición de la era industrial se intensificaron estos mecanismos publicitarios, por lo que no sería un desatino el considerar que el antecedente directo de los actuales medios de difusión comercial está conformado por la publicidad empleada a fines del siglo XVIII y principios del XIX, de modo especial si se recuerda que la litografía apareció en 1796 y la impresora en 1874; por el cinematógrafo y la fotografía a fines del siglo XIX, época en la que numerosas empresas estadounidenses comenzaron a vender sus productos con empleo de envases que llevaban impresa la marca, circunstancia que, por supuesto, marcó un parteaguas en la historia de la publicidad, dado que con anterioridad numerosos productos de uso o de consumo doméstico, como el azúcar, el jabón, el arroz, la mantequilla, la leche, la manteca y los caramelos se vendían sueltos o a granel, luego los consumidores ignoraban la procedencia de tales mercaderías.

Los primeros productos que ostentaron la marca en sus envases fueron los jabones y los detergentes, prontamente imitados por los vendedores de cereales, bolígrafos, gomas de mascar y refrescos.

Naturalmente, mención especial merece aquí la aparición de la radio, en la década de 1920; posteriormente, de la televisión y, de modo más reciente, de la electrónica. Con toda la razón del mundo se ha afirmado que, desde sus orígenes hasta hoy, la publicidad ha demostrado ser un medio camaleónico, capaz de adaptarse a los mecanismos más complejos, de los que ha sacado siempre un considerable provecho. De todo ello podemos dar fe los habitantes del mundo actual.

Aspecto por demás diverso es el de las ventajas e inconvenientes, en ambos casos preñados de peligros, de la publicidad excesiva, engañosa, taimada, falaz e insinuante.

Breves comentarios sobre todo esto se formularán más adelante, en esta misma unidad, si bien por ahora es necesario anticipar la inexistencia de una ley mexicana en la que, de modo general, se regule esta publicidad mercantil.

En efecto, disposiciones aisladas, generalmente restrictivas de algunas manifestaciones publicitarias, se encuentran en la *LFPC* (arts. 32 al 45), así como en la *Ley General de Salud* (arts. 300 al 312), por supuesto en la *Ley de la Propiedad Industrial* y aun en el propio *Código de Comercio*, todas las cuales se examinarán más adelante.

No hay duda sobre que la publicidad, en todas sus formas y expresiones, es el principal medio al que desde siempre han acudido los comerciantes para informar sobre sus productos o servicios, abonar las cualidades de los mismos y con ello atraer a la clientela.

Por tanto, especial interés ofrece la fijación de límites a la publicidad, pues el péndulo se mueve entre la absoluta libertad publicitaria y, en el otro extremo, las más o menos graves restricciones a la misma, ante la necesidad de evitar que la publicidad se haga en forma exagerada o engañosa, con el consiguiente peligro y perjuicio para la salud, la vida, la estabilidad emocional de los consumidores e incluso simplemente su patrimonio.

Así pues, los modernos Estados vienen mostrando un justificado interés en regular estas diversas manifestaciones publicitarias, a cuyo efecto se expiden regulaciones atinentes a la publicidad impresa, radiodifundida, televisiva e incluso difundida por medios electrónicos, con empleo de anuncios en las vías públicas y otras.

También es frecuente que las empresas mismas se autolimiten, con el principal propósito de configurar adecuados sectores de aprovisionamiento y de colocación de sus productos o servicios, conscientes de que la publicidad engañosa o excesiva puede redundar en perjuicio de ellas mismas, ante el generalizado descrédito al que puede llevarse a los consumidores.

En este punto también interesa hacer referencia a la responsabilidad del Estado por acción o por omisión. Se surte esta última cuando las entidades gubernativas son omisas en la regulación de la publicidad, lo que aprovechan los comerciantes para hacer uso de publicidad excesiva o engañosa. En efecto, parece que actualmente ya nadie duda de que la población vive, en todos los países, inmersa en la publicidad, lo que acarrea, fatalmente, una serie de distorsiones mentales y físicas, por cuanto, como igualmente es sabido, desde la más tierna infancia se graba, en la mente humana, la utilidad, después transformada en conveniencia y por último elevada a necesidad, de ciertos productos o servicios, y todo este escenario influye, no siempre en forma positiva, en la conducta de los individuos.

De esta suerte, las regulaciones de la publicidad varían en cuanto a sectores destinatarios de las mismas, grado de restricciones, sanciones administrativas por inobservancia y responsabilidades, tanto civiles como penales, por incumplimiento.

Por supuesto, un importante papel en esta materia lo vienen desempeñando, de modo especial a partir de la segunda mitad del siglo xx, las regulaciones protectoras del consumidor, contentivas de una amplia gama de limitaciones en materia publicitaria, incluso para el caso de la que podría calificarse como omisión perjudicial, vale decir, el silencio sobre las negativas propiedades de un producto o los peligros en el empleo de un servicio. En ambos casos resulta importante, pues se mantiene como tema de actualidad, no resuelto satisfactoriamente, el relativo a las consecuencias que debe acarrear la puesta en el mercado de productos o servicios dañinos con conocimiento o no de tal característica por parte del proveedor. Un tercer supuesto,

tal vez más frecuente que los anteriores, es el de productos que, sin ser precisamente nocivos, carecen de las benéficas propiedades que les atribuye la publicidad. Este supuesto, en consecuencia, sólo acarrea perjuicios patrimoniales, pues no se supone provecho alguno para el consumidor. He aquí, pues, un sucinto escenario de estas manifestaciones de la publicidad:

- a) Si dicho proveedor conoce las propiedades dañinas, es evidente que incurre en responsabilidades civiles e incluso penales.
- b) En cambio, si la característica nociva es desconocida por el comerciante, e incluso por el llamado “estado del arte”, o sea por la ciencia misma, se discute si aquí sería justo o no imputar responsabilidad al fabricante o proveedor o, por el contrario, fincarle tal responsabilidad por aplicación de la teoría del riesgo creado o de responsabilidad objetiva, ante el empleo de productos, sustancias o elementos peligrosos.
- c) Por último, en cuanto a los productos inanes, es válido sostener que el fabricante conoce tal calidad, luego al atribuirles públicamente propiedades benéficas —publicitariamente mencionadas como “milagrosas”, tiene plena conciencia de que está induciendo a error a los consumidores. En este caso las autoridades suelen limitarse a prohibir la publicidad y, en ocasiones, a ordenar el retiro de los productos del mercado. Es lógico que, además de ello, deberían establecerse mecanismos que faciliten a los consumidores la recuperación de las cantidades pagadas.

Un ejemplo, entre muchos otros posibles, es el de las facultades conferidas en México a la Comisión Federal para la Protección contra Riesgos Sanitarios (COFEPRIS), en su calidad de órgano desconcentrado de la Secretaría de Salud, con autonomía administrativa, técnica y operativa, creada con fundamento en lo dispuesto por el art. 17 bis de la *Ley General de Salud*. Para los efectos de estas líneas, conviene tener presente que, entre las facultades de dicho organismo figura, primordialmente, el control sanitario de la publicidad que se haga a todo tipo de actividades, productos y servicios relacionados con la salud humana: alimentos, equipos médicos, establecimientos dedicados al proceso de productos de toda índole, control sanitario de la disposición de órganos, tejidos y sus componentes, etcétera.

Como muestra de ello considérese, a continuación, el texto recientemente adoptado, del art. 414 bis de la ya citada *Ley General de Salud*, en cuanto prescribe el aseguramiento, como medida de seguridad, “... para el caso de que se comercialicen remedios herbolarios, suplementos alimenticios o productos de perfumería y belleza que indebidamente hubieren sido publicitados o promovidos como medicamentos o a los cuales se les hubieren atribuido cualidades o efectos terapéuticos, presentándolos como una solución definitiva en el tratamiento preventivo o rehabilitatorio de un determinado padecimiento, no siendo medicamentos y sin que los mismos cuenten con registro sanitario para ser considerados como tales....”, en la inteligencia, además, de que el ase-

guramiento se aplicará a los productos que tenga almacenados el fabricante, pero también a los que se encuentren en poder de distribuidores, comercializadores o comerciantes para su venta al público. La misma Ley dispone, además, la imposición de multas para los mismos supuestos.

En uso de sus facultades, dicha COFEPRIS ha venido tomando medidas tendientes a regular la publicidad de ciertos productos, de modo especial medicinales, que incurrir en los insinuantes o engañosos efectos a los que antes se hizo referencia.

En algunos países se han dictado leyes genéricas en materia de publicidad, pero también sobre lealtad comercial. Tal es el caso de la Ley argentina número 22,802, sobre lealtad comercial, que faculta al Ministerio de Economía para abrir procedimientos e imponer sanciones a las empresas que de cualquier modo desplieguen conductas engañosas frente a los consumidores; entre ellas se mencionan la incorrecta exhibición de precios, la realización de promociones y sorteos con obligación de compra, la publicidad engañosa y algunas otras. Las multas son apelables ante la Cámara Nacional en lo penal y económico.

La publicidad taimada igualmente debe calificarse de infractora de las disposiciones legales respectivas. Es el caso de un desplegado aparecido en algunos órganos publicitarios de la ciudad de México, según el cual cierta afamada marca cigarrera inglesa felicita al organismo aduanero de un gobierno extranjero, por haber impedido el contrabando, hacia nuestro país, de una gran cantidad de cigarrillos falsificados. Al menos avisado entendimiento no escapa el verdadero carácter publicitario del desplegado, en el que, además, se empleó el nombre y signo marcario de la cigarrera, todo ello por virtud de la prohibición legal en materia de publicidad de cigarrillos.

También resulta conveniente el abordar aquí las consecuencias de la mención, en la publicidad y en los envases o envolturas de los productos, de las propiedades dañinas de los mismos: ¿deben considerarse libres de responsabilidad las empresas que adviertan sobre los peligros que encierra el uso o consumo de sus productos? Tal vez los casos más frecuentes sean los del consumo del tabaco y de las bebidas alcohólicas.

Estos dos últimos ejemplos, y tal vez algunos otros, plantean una nueva interrogante: ¿la advertencia publicitaria, y en la presentación misma de los productos, sobre los dañinos efectos de su consumo, libera de responsabilidad a los fabricantes, distribuidores y demás?

La respuesta no es del todo fácil, y cualquiera que sea su sentido, encontrará partidarios y detractores, incluso con argumentos de orden jurídico. Los fabricantes y distribuidores podrían alegar que los consumidores tienen pleno conocimiento de las dañinas consecuencias del consumo, luego se configura el supuesto legal de culpa o negligencia inexcusable de la víctima.

Por contra, los consumidores, y llegado el caso sus herederos, podrían buscar un sustento legal en la omisión publicitaria de un importante aspecto, característico de la tabacomanía y del alcoholismo, cual es la de que ambos producen adicción, lo que agrava más aún su uso o consumo, pues fácilmente se propende al abuso. Se podría replicar, claro es, que otros productos destinados al consumo humano también producen adicción, como se dice de ciertas bebidas elaboradas a base de cola o de la coca, pero de ellos no se predicen los peligros mortales que sí, en cambio, se mencionan a propósito del tabaco y de las bebidas alcohólicas.

Finalmente, en otro aspecto vienen interviniendo los gobiernos de los Estados para poner coto al consumo de estos dos productos. Tal vez la primera de las medidas consistió en restringir la publicidad masiva de los mismos; posteriormente, también la publicidad privada o particular y, por último, la prohibición absoluta de la misma. Pero es el caso que en algunos países, a semejanza de lo ocurrido en los Estados Unidos de América, los gobiernos han venido haciendo intentos por obtener de las empresas productoras de ambas expresiones de la propensión humana a ciertos hábitos, el pago de elevadas sumas en vía de compensación por las erogaciones que a los propios Estados plantea la prestación de servicios médicos e incluso funerarios, a las víctimas del consumo del tabaco o de las bebidas alcohólicas. Tal vez el caso más famoso es el del gobierno de dicho país, que ha entablado una demanda en contra de las empresas tabacaleras por doscientos ochenta mil millones de dólares, para lo cual las acusa de violar la *Ley Federal sobre Crimen Organizado*, por cuanto durante medio siglo engañaron al público, mediante una publicidad insinuante de la satisfacción que produce la aspiración del humo, pero omisa sobre los peligros de fumar; busca, con ello, recuperar los fondos que los sistemas de salud han destinado al tratamiento de fumadores enfermos. El caso está por resolverse, si bien cualquiera que sea la decisión, con seguridad la última palabra correrá a cargo de la Suprema Corte de Justicia de dicho país.

Todo parece indicar que el ejemplo estadounidense será imitado por las autoridades administrativas y jurisdiccionales de otros países. En efecto, recientemente (invierno 2004-2005), un tribunal de apelación de Roma condenó a una tabacalera italiana a pagar 200,000 euros (aprox. 266 mil dólares) en concepto de indemnización a los familiares de un fumador que falleció de cáncer. El fallo se basó en que la tabacalera no advirtió, con suficiente claridad, sobre los peligros de fumar cigarrillos. Sin embargo, un tribunal de primera instancia había rechazado la demanda con el argumento de que el hábito de fumar es una decisión libre y, en principio, informada, criterio que no compartió el tribunal de segunda instancia.

Ahora bien, esta decisión es la primera que sobre el particular se emite en la Unión Europea, que, según antes se apuntó, tal vez siga el camino marcado por ciertas cortes estadounidenses: un tribunal de apelaciones del estado de California condenó a la tabacalera Phillip-Morris, en el año 2004, a pagar cincuenta millones de dólares a los herederos de un fumador que en 1999 murió de cáncer.

Tal vez un buen ejemplo de la publicidad engañosa ha venido siendo dado, en nuestro país, por la que durante muchos meses han desplegado algunas líneas aéreas, que de modo profuso hacen creer al público que el precio de ciertos vuelos es el que se menciona en la publicidad, sin aclarar, o bien con aclaraciones insertas en letra por demás menuda, que tales precios no incluyen otros conceptos, como los derechos e impuestos derivados de los precios, que de tal manera se mencionan como netos, pero muy alejados del verdadero importe. Aunque parezca increíble, la autoridad competente admitió que vino tolerando tal publicidad, como forma de propiciar el uso de las líneas aéreas por parte de los viajeros, a efecto de que las primeras pudieran recuperarse de las supuestas pérdidas que les causó la retracción de viajeros a partir del 11 de septiembre de 2001. Se anunció, sin embargo, que a partir del segundo semestre de 2005 se

tomarían medidas para corregir tal estado de cosas y exigir que la publicidad se haga en forma completa y veraz.

Aunque no es la intención del autor el extenderse demasiado sobre este punto, le ha parecido que la importancia del tema justifica el dejar consignadas algunas importantes opiniones ajenas, en la medida en que resulta indudable que prácticamente todos los habitantes de este planeta vivimos inmersos, tal vez mejor sería decir que somos víctimas, en la publicidad de todo tipo, y no sólo la comercial, que ha llegado a extremos francamente intolerables, sino también la de contenido político, ambas seguidas muy de cerca por la profesional.

En nuestro país, lamentablemente, el consumidor es el eslabón más débil de la cadena del mercado. Si bien la legislación del consumidor y la Procuraduría Federal del Consumidor son ya añejas, no han logrado conformar a un consumidor que sea un contrapoder al de las empresas. Se carece de una cultura del consumo y de organizaciones poderosas de consumidores. Los instrumentos de actuación directa son todavía débiles. Se carece de instrumentos como la acción colectiva que ha mostrado virtudes en otros países.⁷

... la protección al consumidor actúa en segmentos del mercado donde es común encontrar situaciones de asimetría informativa que éste no puede corregir de manera adecuada... La solución de los problemas de asimetría informativa implica identificar, dentro de las dos categorías de sujetos intervinientes en las relaciones comerciales, a la parte que se encuentra en mejor posición para conocer la información relevante... Esto comprende los casos de: (i) ocultamiento o distorsión de información conocida o conocible por el proveedor que no es suministrada adecuadamente al consumidor; (ii) de productos o servicios defectuosos en los que el consumidor no se encuentra en posibilidad de conocer y menos evitar que se presenten los defectos; y (iii) de incumplimiento o inejecución de obligaciones asumidas por no haber previsto mecanismos adecuados, con base en la información disponible para el proveedor, para evitar dicho incumplimiento.⁸

A la vista de todo ello, resulta ilustrativo el evocar lo que sobre este punto se dispone en la *LFPC* (art. 32):

La información o publicidad relativa a bienes, productos o servicios que se difunden por cualquier medio o forma, deberán ser veraces, comprobables y exentos de textos, diálogos, sonidos, imágenes, marcas, denominaciones de

⁷ José Roldán Xopa, en el prólogo al libro *Derecho de los consumidores a la información. Una aproximación a la publicidad engañosa en México*, de Fernando García Sais, Editorial Porrúa-ITAM, México, 2007, pág. XIII.

⁸ Fernando García Sais, *ob. cit.*, pág. 14.

origen y otras descripciones que induzcan o puedan inducir a error o confusión por engañosas o abusivas.⁹

Un importante papel en todo ello desempeña la llamada *seducción subliminal* de cierta publicidad, que en ocasiones bordea o de plano rebasa los límites de la legalidad, pues, según concepción generalizada, se trata de mensajes insinuantes de ciertos efectos o consecuencias dotados de un alcance insospechado.

De esta suerte, **Wilson Bryan Key**¹⁰ se expresa como sigue:

Los lenguajes subliminales no se enseñan en las escuelas: la base de la eficacia de los medios de comunicación modernos es un lenguaje dentro de un lenguaje, uno que nos comunica a cada uno de nosotros a un nivel inferior de nuestro conocimiento consciente, que llega al mecanismo desconocido de la inconsciencia humana. Éste es un lenguaje basado en la capacidad humana de recibir información subliminal, subconsciente o inconscientemente. Este lenguaje ha producido de manera verdadera la base de ganancia de los medios de comunicación masiva norteamericanos... Este estudio parte de la premisa de que existe algo en el cerebro humano y en el sistema nervioso... que responde a las etiquetas de inconsciente o subconsciente.

Se trata, en otras palabras, y con referencia a todo lo antes expuesto, de publicidad comercial, mediante empleo de palabras o ilustraciones, que insinúa ciertas consecuencias de resultados deseables para el público: obtención de atractivos físicos, de energía física, vigor sexual, éxito y ascendiente social, salud óptima, etc., con la circunstancia de que en todo ello opera, por regla general, un mayor o menor grado de falsedad, que se escuda en una aparentemente inofensiva publicidad.

Ahora bien, ciertas campañas contra la publicidad engañosa no han dado los resultados apetecidos, a pesar de que con cierta frecuencia se invita a los consumidores a reportar cualquier tipo de publicidad engañosa. El organismo Consumers International, según se anunció recientemente, ha extendido una invitación a las entidades protectoras del consumidor, así públicas como privadas, para que contribuyan a integrar un expediente mundial que, según se afirma, sería presentado en 2009 a la Organización Mundial de la Salud en un intento de que la misma adopte un código de ética internacional en materia de publicidad de alimentos y bebidas, dirigida a los menores de edad.

El organismo mexicano, constituido como asociación civil, El Poder del Consumidor, trata de documentar los trucos que emplean las empresas productoras de alimentos y bebidas para conseguir, en distintos países, que el público consuma productos con

⁹ Véase un amplio e interesante análisis de este precepto en el ya citado libro de **Fernando García Sais**, págs. 18 y siguientes.

¹⁰ *Seducción subliminal*, Editorial Diana, segunda impresión, México, 1979, págs. 39-41.

alto contenido de azúcar, grasa o sal. Así, se dice que dichas empresas emplean estrategias de la más diversa índole para manipular al público infantil, como la de estimular a los menores de edad para que insistan a sus padres el otorgamiento de recursos destinados al consumo de los indicados alimentos y bebidas *chatarras*, para inducir sus preferencias mediante el empleo de colores de marcas, empaques o personajes populares, instalación en las cercanías e incluso en el interior de las escuelas, etcétera.

Y por encima de todo ello, parece conveniente mencionar aquí el carácter agobiante de la publicidad comercial de todo tipo y por todos los medios posibles de difusión, sin excluir la *internet*, el llamado *marketing* o empleo de llamadas telefónicas intrusas, el humo y el sonido de aeronaves y otros más.

Y sin embargo, resulta lamentablemente cierto el carácter agobiante de la publicidad, que no sólo se viene centrando en la de carácter comercial, sino también en la de naturaleza política, la profesional, la de actividades gubernativas y otras.

En lo que concierne a la publicidad comparativa, que ha sido objeto de alabanzas, pero también de censuras, **David Kahan Cimet**¹¹ la ha examinado, con gran detenimiento, por lo que merece aquí una especial referencia.

Escribe este autor que la publicidad comparativa es consecuencia del modernamente elevado número de productos o servicios destinados a satisfacer una misma necesidad, por lo que los empresarios intentan hacerse notar entre la multitud de competidores, y ello justifica el que esta publicidad comparativa sea legal, pero su regulación jurídica no es adecuada para proteger los intereses de los anunciantes, sus competidores y consumidores. Una adecuada regulación sería favorable a los intereses de los diversos sectores: los empresarios anunciantes se verían beneficiados mediante criterios precisos que propenderían a disminuir el peligroso criterio discrecional de las autoridades; las agencias publicitarias disfrutarían de un marco adecuado a sus obligaciones y facultades; los medios de comunicación actuarían con certidumbre en cuanto al contenido de sus programas en materia de publicidad; los consumidores dispondrían de un correcto esquema publicitario, que facilitaría su derecho de elección, pues dispondrían de información real, orientadora e informativa.

En otro orden de ideas, se facilitarían el combate a la publicidad engañosa, que tal vez sea la más dañina para el público, el que, para bien o para mal, suele tomar sus decisiones de compra mayoritariamente basado sólo en la publicidad de los productos o servicios, con lo cual dicha publicidad engañosa también es nociva para los competidores, en cuanto desviadora de clientela.

A mediados de 2009 el Gobierno mexicano dio a conocer una propuesta en el sentido de ordenar a las entidades tabacaleras que den a conocer, en la parte superior frontal de las cajetillas de cigarros, los daños que causa el tabaco en la salud. La in-

continúa

¹¹ *La publicidad comparativa en México. Consideraciones jurídicas*, 1a. ed., Editorial Porrúa, México, 2007, págs. XI-XXXI y 87-269.

continuación

conformidad de las empresas interesadas no se hizo esperar, a la vez que otro importante sector hizo notar que los pictogramas resultarían pequeños frente a los obligatoriamente empleados en otros países, en los que tal indicación ocupa el cincuenta o hasta el cien por ciento de la parte frontal de las cajetillas, con lo cual, según se dijo, el impacto negativo sería mínimo.

El mismo escenario se ha presentado en los Estados Unidos de América, país en el que las firmas tabacaleras vienen reclamando el derecho a participar en los esfuerzos de los Estados por limitar las letales consecuencias de la adicción a la nicotina. Según reporte dado a conocer en la Revista *The Economist*,¹² tal pretensión fue rotundamente rechazada por los funcionarios de 160 países, representados en la reunión celebrada el 22 de noviembre de 2008 en África del Sur, que concluyó con la siguiente rotunda información: “hay un fundamental e irreconciliable conflicto” entre los intereses de la industria tabacalera y el propósito de la salud pública.

En suma: no parece un despropósito la afirmación sobre que el mundo moderno nace, vive y muere inmerso en la publicidad.

5 bis.8 El derecho de la competencia en México. Antecedentes

A pesar de los vaivenes políticos, militares y sociales en los que se vio envuelto nuestro país durante el siglo XIX y principios del XX, ya el legislador constitucional de 1857, sin duda influido por el estadounidense, dejó sentada, en el art. 28 del cuerpo legislativo emitido en ese año, la prohibición de monopolios, estancos y prohibiciones a título de protección a la industria, preceptiva que, como es bien sabido, se mantuvo en la vigente *CPEUM* de 1917.

En verdad, estas disposiciones tuvieron, durante muchos años, muy escasa aplicación, pero a partir de la segunda mitad del siglo XX, ante el importante desarrollo de algunos aspectos industriales y comerciales, se hicieron sentir ciertas actividades monopólicas, sin que existiera legislación específica alguna que permitiera la efectiva aplicación del precepto constitucional. Téngase presente, por otra parte, el confinamiento estatal de las llamadas *actividades estratégicas*, como la extracción y venta de primera mano de los hidrocarburos, así como la generación y venta de la energía eléctrica, no menos que de algunas actividades en verdad importantes, como el correo y el transporte público masivo.

¹² 29 de noviembre de 2008, pág. 63.

El nuevo panorama configuró el ambiente propicio para la expedición (DOF, 24 de diciembre de 1992) con vigencia a fines de junio de 1993, de la *Ley Federal de Competencia Económica*, reglamentaria del multicitado art. 28 constitucional en materia de competencia económica, monopolios y libre concurrencia, según dispone su art. 1o. Algunos aspectos importantes de esta regulación se mencionarán más adelante (*infra*, 5 bis.10).

La CFC, creada por dicha Ley se expresó, al hacer su aparición, de la siguiente manera: “La competencia económica significa rivalidad entre empresas que participan en un mercado aplicando sus mejores estrategias, de manera que pueden minimizar sus costos, maximizar sus ganancias y así mantenerse activas e innovadoras frente a otras empresas rivales. La política de competencia tiene como propósito promover al máximo la rivalidad entre empresas. Con ello busca que los agentes económicos se esfuercen por mejorar el uso de recursos para producir bienes y servicios, y por perfeccionar e innovar la calidad y variedad de éstos, con la finalidad de que reditúe en mejoras en competitividad y más beneficios para los consumidores. Todo esto para lograr un mayor crecimiento económico y bienestar para la sociedad”.

Así pues, sin duda la función más importante de la CFC es la de prevenir e impedir la formación de monopolios y sancionar las prácticas monopólicas utilizadas para eliminar competidores y unificar planes de venta que eviten la libre competencia que, como es bien sabido, se manifiestan en una multitud de formas, políticas férreas para bajar temporalmente precios de productos o servicios, de modo que un competidor no pueda mantener tales precios y eventualmente se salga del mercado; concertación para no vender productos de una marca; amenazas a los vendedores en caso de ser sorprendidos vendiendo productos de la competencia, etcétera.

Una manifestación más de la forma en que se viene manifestando la competencia mercantil es la consistente en la llamada bancarización del comercio o bien comercialización de la banca, fenómeno que se expondrá más adelante con mayor detalle (párrafo 5 bis.19) y que consiste en la asociación entre empresas bancarias y comerciales de la más diversa índole, por virtud de la cual estas últimas asumen el papel de verdaderas sucursales de las primeras y, por tanto, el público puede acudir a ellas para realizar prácticamente todas las operaciones autorizadas a los bancos otorgantes de los contratos respectivos, incluso, en algunos casos, la expedición de tarjetas de crédito.

Tales son los casos, en nuestro país, de las conocidas empresas de autoservicio Wal-Mart, Soriana, Chedraui y algunas otras, incluso automovilísticas, como Volkswagen.

continúa

continuación

Todo ello es muestra, una más, del ingenio que despliegan los comerciantes para extender sus operaciones y, por tanto, sus ingresos, a lo menos en estos casos, con la plena autorización de las entidades competentes.

5 bis.9 La regulación mexicana de la propiedad industrial

Antes se expresó (*supra*, 5 bis.6) que la llamada *propiedad industrial* abarca un amplísimo e importante aspecto de la actividad industrial y comercial en todo el mundo, pues en ella se comprenden la mayoría de las manifestaciones intangibles o inmateriales de los comerciantes, sus productos o servicios.

Por cuanto no es éste el lugar para detenerse en consideraciones sobre la naturaleza jurídica de los derechos que las leyes confieren a los inventores sobre los productos de su ingenio, pero también a los comerciantes sobre sus marcas, avisos, nombres comerciales, denominaciones de origen y tampoco sobre el deber de que los competidores desplieguen honrada y lealmente sus actividades, como forma de evitar la competencia desleal, pues algunos de estos pormenores se examinaron *supra*, 5.5.3, aquí se hará sólo una breve reseña de la regulación mexicana sobre este importante aspecto jurídico del comercio, principalmente contenida en la *Ley de la Propiedad Industrial* (DOF, 27 de junio de 1991), vigente a partir del 28 de junio de 1991, si bien importantes disposiciones se consignan, igualmente, en su Reglamento (DOF, 23 de noviembre de 1994, en vigor quince días después):

- Se trata de una ley de orden público, si bien de rango inferior a los tratados internacionales sobre la materia (art. 1o.).
- Una de sus principales finalidades es la de crear y mantener un ambiente propicio a la protección de "... la propiedad industrial mediante la regulación y otorgamiento de patentes de invención; registros de modelos de utilidad, diseños industriales, marcas y avisos comerciales; publicación de nombres comerciales; declaración de protección de denominaciones de origen... regulación de secretos industriales..." y prevención de "... los actos... que constituyan competencia desleal..." (art. 2o.-V y VI).
- El IMPI es la máxima autoridad administrativa en materia de propiedad industrial, con el carácter de organismo descentralizado de la Secretaría de Economía, con personalidad jurídica y patrimonio propio; por tanto,

ante él se tramitan y resuelven las solicitudes de registro y protección de los antes mencionados elementos de la propiedad industrial, y también las solicitudes de declaración administrativa que procedan, incluidas las de competencia desleal (arts. 6o. y 187).

5 bis.10 Restricciones a la libre competencia: el Código de Comercio, la Ley Federal de Competencia Económica y su Reglamento

Otra más dentro de la amplia preceptiva sobre la materia hizo su aparición recientemente en el mismo *Código de Comercio*, al que se añadió el art. 6 bis, que reza como sigue:

“Los comerciantes deberán realizar su actividad de acuerdo a (sic) los usos honestos en materia industrial o comercial, por lo que se abstendrán de realizar actos de competencia desleal que:

- I. Creen confusión, por cualquier medio que sea, respecto del establecimiento, los productos o la actividad industrial o comercial de otro comerciante;*
- II. Desacrediten, mediante aseveraciones falsas, el establecimiento, los productos o la actividad industrial o comercial de cualquier otro comerciante;*
- III. Induzcan al público a error sobre la naturaleza, el modo de fabricación, las características, la aptitud en el empleo o la cantidad de los productos; o*
- IV. Se encuentren previstos en otras leyes.- Las acciones civiles producto de actos de competencia desleal, sólo podrán iniciarse cuando se haya obtenido un pronunciamiento firme en la vía administrativa, si ésta es aplicable.”*

Como fácilmente se puede apreciar, dentro de la generalidad de tal precepto, que por cierto está tomado del antes referido art. 10 bis del Convenio de París, quedan incluidas las manifestaciones publicitarias en todas sus expresiones, por cuanto cualquiera de ellas puede incurrir en los reprobados actos de competencia desleal.

También por su importancia y trascendencia en la salud y la vida humanas, no deben pasarse por alto las disposiciones de la ya citada *Ley General de Salud*, cuyo art. 300 atribuye a la Secretaría de Salud, como forma de proteger la salud pública, la facultad de autorizar la publicidad sobre la materia, el tratamiento de las enfermedades, la rehabilitación de los inválidos, el ejercicio de las disciplinas para la salud y los productos y servicios a que se refiere la propia Ley, al paso que el Reglamento de la misma en materia de publicidad proclama, sin ambages, que su objetivo es el de regular

el control sanitario de la publicidad de los productos, servicios y actividades a que se refiere la mencionada *LGS*.

Antes se dijo que la *Ley Sherman*¹³ sirvió de modelo a nuestro legislador, que finalmente optó por unificar y codificar algunas disposiciones aisladas, restrictivas de la competencia desleal, como forma de proteger la leal competencia mercantil.

Importa tener presente que, con disposiciones de esta índole, se protege a varios sectores que se desenvuelven en estratos diferentes, sin que sea fácil determinar cuál de ellos es el más importante:

- Por una parte, la población consumidora, a la que se pretende poner a cubierto de engaños, confusiones y abusos en los precios.
- De otro lado, los comerciantes mismos, que encuentran un esquema legal propiciatorio de la supresión de conductas ilícitas en su perjuicio: imitaciones, conductas denigrantes, falsas afirmaciones, conductas monopólicas que crean un ambiente de muy difícil competencia, y algunas otras.
- El Estado mismo, por lo que se refiere a su misión tutelar del pacífico desempeño de los comerciantes y de los industriales, para propiciar el combate a las conductas abusivas, el artificial encarecimiento de los productos y servicios, etc., todo ello en beneficio de la economía de la población.

También se apuntó que la *LFCE* (que estará vigente hasta el 7 de julio de 2014, toda vez que será abrogada) tiene, como propósito fundamental, el de evitar la configuración de monopolios y propiciar la libre concurrencia en materia económica (art. 2o.). En consecuencia, quedan sujetos a la misma todos los agentes económicos, ya se trate de personas físicas o morales, dependencias, entidades de la administración pública federal, estatal o municipal, asociaciones, agrupaciones de profesionistas, fideicomisos y de cualquier otra forma de participación en la actividad económica (art. 3o.).

Sin adoptar una clara definición de lo que debe entenderse por monopolio, la misma resulta de las actividades prohibidas como tales: las prácticas que, conforme a la misma ley, disminuyan, dañen o impidan la libre competencia y la libre concurrencia en la producción, procesamiento, distribución y comercialización de bienes o servicios (art. 8o.), si bien tales prácticas monopólicas pueden ser absolutas o relativas, de las cuales se consigna un amplio elenco y se aclara que las conductas monopólicas absolutas no

¹³ Un extracto de la cual podrá consultarse en el libro *Derecho de la competencia económica*, de **Leonel Pereznieto Castro** y **Renato Roberto Guerrero Serreau**, Oxford University Press, México, 2002, págs. 305-312.

producirán efectos jurídicos y darán lugar a la aplicación de las sanciones previstas en la misma ley, al paso que las relativas están constituidas por actos, contratos, convenios o combinaciones cuyo objeto o efecto sea, o pueda ser, el de desplazar indebidamente del mercado a otros agentes, impedirles sustancialmente su acceso o establecer ventajas exclusivas a favor de una o varias personas, cuando el presunto responsable tenga poder sustancial sobre el mercado relevante y las prácticas se realicen respecto de bienes o servicios que correspondan a dicho mercado relevante (arts. 9o., 10 y 11).

Atención especial dedica la *LFCE* a las concentraciones empresariales, sin duda porque constituyen un camino propicio a la configuración de monopolios, sobre las siguientes bases:

- Se entiende por concentración "... la fusión, adquisición del control o cualquier acto por virtud del cual se concentren sociedades, asociaciones, acciones, partes sociales, fideicomisos o activos en general, que se realice entre competidores, proveedores, clientes o cualesquiera otros agentes económicos".
- Además, tales concentraciones serán ilícitas cuando su "... objeto o efecto sea disminuir, dañar o impedir la competencia y la libre concurrencia respecto de bienes o servicios iguales, similares o sustancialmente relacionados" (art. 16).

Naturalmente de menor rango es el Reglamento de la propia Ley (*DOF*, 4 de marzo de 1998, en vigor al día siguiente), en el que se regulan importantes aspectos de la materia, algunos de los cuales, incluso, merecerían figurar en la *LFCE*, como los relativos a la presunción y ejemplificación de prácticas monopólicas absolutas y relativas (arts. 5o. y 7o.).

Empero, a semejanza de su modelo, la *Ley Sherman*, nuestra *LFCE* consigna también la llamada *regla de razón*, que no es otra cosa que la facultad, por parte de la *CFC*, de moderar cualquier posible aplicación rigorista de la multicitada *LFCE*. Así, con referencia a las prácticas monopólicas relativas, el art. 10 exige la comprobación de que el presunto responsable tiene poder sustancial sobre el mercado relevante, así como de que tales prácticas se realicen respecto de bienes o servicios que correspondan al mercado relevante de que se trate.

Pero además, esta regla de razón supone la aplicación de los criterios previstos por los arts. 12 y 13 de la Ley:

- a) Las posibilidades de sustituir el bien o servicio de que se trate por otro de origen nacional o extranjero, habida cuenta de que, considerados los aspectos tecnológicos, los consumidores pueden allegarse sustitutos en tiempo oportuno.

- b) Los costos de distribución del bien, de sus insumos relevantes, de sus complementos y sustitutos desde otras regiones y del extranjero, en consideración de los fletes, seguros, aranceles y restricciones no arancelarias, así como las impuestas por los agentes económicos o por sus asociaciones.
- c) Los costos y las probabilidades que tienen los usuarios o consumidores de acudir a otros mercados.
- d) Las restricciones normativas de carácter federal, local o internacional, que limiten el acceso de usuarios o consumidores a fuentes de abasto alternativas.
- e) La participación del agente económico en el mercado relevante, si puede fijar precios unilateralmente o restringir el abasto en dicho mercado, sin que los demás puedan, actual o potencialmente, contrarrestar dicho poder.
- f) La existencia de obstáculos a la entrada y los elementos que previsiblemente puedan alterar dichos obstáculos, así como la existencia y poder de los competidores.¹⁴

5 bis.11 La Comisión Federal de Competencia

Ahora bien, la autoridad a la que compete el conocimiento y decisión de consultas, denuncias o controversias derivadas de la infracción de la ley, es la Comisión Federal de Competencia (CFC), en cuanto órgano administrativo desconcentrado de la Secretaría de Economía, dotado de autonomía técnica y operativa (art. 23) y facultado para imponer sanciones de la más variada índole: suspensión de la práctica reprochable, desconcentración de lo que indebidamente se haya concentrado y multas (art. 35).

Por virtud de lo expuesto, conviene tener presentes las principales atribuciones de la mencionada CFC, en los términos del art. 24 de la tantas veces mencionada *LFCE*:

- a) Investigar la existencia de monopolios, prácticas monopólicas y demás conductas semejantes, contrarias a la propia Ley, a cuyo efecto puede requerir de los particulares, y de los agentes económicos, toda la información que estime relevante.

¹⁴ Otras interesantes consideraciones en torno de la *Ley Sherman* y de esta regla de razón, en **Leonel Pereznieta Castro**, *ob. cit.*, págs. 91 y 156.

A propósito de lo anterior, a fines de abril de 2010 la prensa nacional dio cuenta del estudio Evaluación de los Regímenes de Sanciones, elaborado por la *Office of Fair Trading*, del Reino Unido, en el que se consigna una comparación de los regímenes de competencia en cuanto al combate de las prácticas anticompetitivas y se calificaron los elementos legales de los que disponen algunos países para reprimir las prácticas monopolísticas. En escala del 1 al 4, este último indicativo de un nivel de alto impacto, México mereció la calificación de 1, ante la consideración de que la CFC ha venido reconociendo que Telmex y Telcel disfrutan de poder para desplazar a sus competidores, pero no ha tomado medida alguna para evitarlo, ante el argumento de que ello le corresponde a la Comisión Federal de Telecomunicaciones.

- b) Resolver los casos de su competencia e imponer sanciones administrativas, a la vez que denunciar ante el Ministerio Público las probables conductas delictivas de las que tenga conocimiento.
- c) Resolver sobre cuestiones de competencia, existencia de poder sustancial en el mercado relevante y demás cuestiones relativas al proceso de competencia o de libre concurrencia.
- d) Emitir de oficio, o a petición de parte, opiniones vinculatorias en materia de competencia económica a las dependencias y entidades de la administración pública federal, si bien el titular del Ejecutivo Federal podrá objetar tales opiniones, en la inteligencia de que ambos documentos deberán publicarse para conocimiento general.
- e) Emitir, cuando lo considere pertinente, opinión en materia de competencia y libre concurrencia respecto de leyes, reglamentos y toda clase de disposiciones administrativas, sin que sus opiniones tengan efectos jurídicos.
- f) Promover la aplicación de los principios de competencia y libre concurrencia.

La Comisión está formada por cinco comisionados, incluido su Presidente, todos ellos designados por el Ejecutivo Federal, siempre que se trate de ciudadanos mexicanos por nacimiento, estar en pleno goce de sus derechos civiles y políticos, sean profesionales en materias afines al objeto de la ley, mayores de treinta y cinco y menores de setenta y cinco años de edad y se hayan desempeñado en forma destacada en cuestiones profesionales de servicio público o académicas; además, no deberán desempeñar cualquier otro empleo, trabajo o comisión pública o privada, salvo cargos docentes; por último, se desempeñarán por períodos de diez años renovables y sólo podrán ser removidos por causa grave, debidamente justificada (arts. 25, 26 y 27).

Pero además, el Manual de Organización de la CFC se publicó en el DOF del 11 de julio de 2007.

En efecto, la LFCE, remotamente inspirada, como es bien sabido, en la Ley Sherman publicada el 2 de julio de 1890, ha venido a constituir una poderosa fuerza en contra de los monopolios comerciales, con lo cual, se intenta mejorar el lugar que ocupa nuestro país en esta materia, dado que, según reciente informe del Foro Económico Mundial en materia de competitividad, México ocupa el lugar 60 dentro de los 132 países analizados, por debajo de otros también considerados como de economías emergentes: Chile, Puerto Rico, Costa Rica, Brasil y Panamá. De paso, más grave aún es dar cuenta de que en el informe sobre eficiencia de instituciones públicas nuestro país ocupa el lugar 101, el 115 en cuanto a eficiencia laboral, y el 104 por lo que hace a la educación superior.

Igualmente se ha expresado, al parecer no sin razón, que la ineficacia de nuestro país en el combate a los monopolios se debe a una deficiente legislación y un peor diseño institucional para combatir las prácticas monopólicas.

Durante febrero de 2011 la famosa cadena de tiendas de autoservicio Wal-Mart dio a conocer un descenso en sus ventas, y principalmente en sus tiendas de descuento, todas ellas operantes en los Estados Unidos de América, por razón de la fuerte competencia que le hacen las tiendas de precios rebajados “todo por un dólar”, frente a lo cual se encuentra sin defensa alguna y, por tanto, sin armas para neutralizar tal competencia.

5 bis.12 La competencia desleal: formas e intereses protegidos. Las pymes

Existen tantas formas de competencia como amplia suele ser la inventiva de los comerciantes; por lo mismo, sus manifestaciones abarcan numerosos campos de la más amplia y variada índole, no sólo comercial, sino también técnica, científica, económica y hasta de orden político.

Entre las más lamentables e importantes manifestaciones de competencia desleal pueden mencionarse: la denigración, el boicot, la desviación de clientela, la venta fuera de establecimiento, y la concentración de empresas en forma de monopolios.

Con especial referencia al boicot, parece conveniente dejar claro que como tal, una parte de la doctrina¹⁵ lo define como el comportamiento dirigido a obstaculizar las relaciones económico-sociales de otros, mediante la exclusión del sujeto pasivo de

continúa

¹⁵ Giuseppe Sena, *El boicottaggio. Un aspetto della disciplina della concorrenza*, Dott. Giuffrè Editore, Milano, 1970, págs. 6 y 8.

determinadas relaciones; en cuanto al boicot comercial, se ejercita en contra de un determinado productor o de un comerciante y está dirigido a obstaculizar sus relaciones de negocios.

Por su parte, el *Diccionario de Derecho Privado*¹⁶ define el boicot como “Medio de lucha económica por el cual se excluye de toda relación comercial o social a un individuo, comercio o industria, para perjudicar sus intereses y obligarle a ceder a las pretensiones de quien impone tal pena o castigo”.

Otra forma por demás difundida es la que podría mencionarse como su-plantación de marca, a la que vienen acudiendo las tiendas de autoservicio como Soriana, Wal-Mart, Chedraui, Comercial Mexicana y otras que, mediante el empleo de los mismos envases, sobres, cajas y botellas que emplean los fabricantes directos, dichas tiendas de autoservicio hacen insertar su nombre comercial en calidad de marca, con lo cual crean un marco de evidente confusión por parte del público.

Ahora bien, se sabe que en los últimos tres años se han promovido diez litigios por parte de dichos proveedores, hasta ahora sin resultado positivo alguno, muy a pesar de lo dispuesto por los arts. 6o bis del C.Com. y 91 de la LPI, el primero de los cuales reza lo siguiente: “Los comerciantes deberán realizar su actividad de acuerdo a los usos honestos en materia industrial o comercial, por lo que se abstendrán de realizar actos de competencia desleal que: I. Creen confusión, por cualquier medio que sea, respecto del establecimiento, los productos o la actividad industrial o comercial, de otro comerciante;...”. El segundo, por su parte, dispone lo siguiente: “No podrá usarse ni formar parte del nombre comercial, denominación o razón social de ningún establecimiento o persona moral, una marca registrada o una semejanza en grado de confusión a otra marca previamente registrada, cuando: I. Se trate de establecimientos o personas morales cuya actividad sea la producción, importación o comercialización de bienes o servicios iguales o similares a los que se aplica la marca registrada...”.

Se trata, indudablemente, de la imitación de marcas mediante el empleo de un envase e imagen semejantes y, por tanto, de una competencia absolutamente desleal, en la inteligencia de que la dualidad viene manifestándose en líquidos limpiadores, galletas, cereales, aceites para automóviles, cajetas, jugos, artículos de belleza y mayonesas.

Otra lamentable manifestación de competencia desleal es la que se conoció en febrero de 2010 y que dio lugar a la imposición de fuertes sanciones por parte de la CFC, que sancionó por más de 150 millones de pesos a empresas farmacéuticas por haberse coludido entre 2003 y 2006 para eliminar la competencia en licitaciones de medicamentos efectuadas por el IMSS. Se trata de los famosos laboratorios

¹⁶ Editorial Labor, Barcelona-Madrid, 1954.

continuación

Eli Lilly, Cryopharma, Probiomed, Pisa, Fresenius y Baxter, que conspiraron para beneficiarse en las licitaciones de insulina humana.

Según se supo, la empresa que ganaba lo hacía con una cotización artificialmente alta, pero con la seguridad de que sus competidores presentarían precios más elevados.

De esa forma operaron varios años, con lo cual lograron encarecer artificialmente medicamentos de primera necesidad y por tal razón la CFC aplicó las multas máximas, en la inteligencia de que la CFC decidió sancionar también a los directivos de las empresas, ante la suposición de que en lo sucesivo pensarán dos veces antes de involucrarse en prácticas anticompetitivas.

Así pues, si se admite, como tantas veces ha sido objeto de comentarios, que la competencia mercantil exige, como en la profesional y en la deportiva, que cada uno de los competidores se desenvuelva en su propio carril y con absoluto respeto de las reglas del juego, al Estado asiste una en verdad extensa, variada y agotadora labor legislativa, pues no parece aventurado el afirmar que la sempiternamente desbordada imaginación de los comerciantes marchará siempre por delante de la actividad legislativa.

En efecto, es amplísimo el elenco de posibles conductas contrarias a la lealtad. En forma breve pero rotunda, **Barrera Graf**¹⁷ afirma que: “La libertad irrestricta de comercio conduce a su abuso” e ilustra, como ejemplos, los actos que provoquen confusión en la clientela, las falsas afirmaciones, el descrédito del competidor, los actos delictivos o contrarios al derecho de exclusividad, el “sonsacamiento” del personal, el boicot, el *dumping* y otras conductas parecidas, como lo son la denigración, la desviación de clientela mediante conductas apartadas de la ética, la concentración de empresas como forma de socavar la actividad de los competidores, etcétera.

Ahora bien, dentro de las medidas reguladoras de la competencia suelen los Estados hacer frente a situaciones por demás complejas, en las que, por ejemplo, pueden enfrentarse los intereses de los proveedores y los que asisten a los consumidores. Considérese, a continuación, un par de ejemplos:

1. Como forma de propiciar la creación de fuentes de trabajo, el Estado decide otorgar subsidios a ciertas actividades de producción o de distribución. Hasta ahí podría considerarse normal y quizá loable tal conducta gubernativa, pero es posible que entidades industriales o comerciales competidoras reclamen tal conducta del ente gubernativo, por conside-

¹⁷ *Instituciones de derecho mercantil*, 3a. reimp., Editorial Porrúa, México, 1999, págs. 146-150.

rarla ilegalmente discriminatoria, con la circunstancia, además, de que los subsidios, o cualesquiera otros tratamientos favorables, posiblemente propicien el que los industriales o comerciantes favorecidos ofrezcan mejores precios que sus competidores no beneficiados. Desde luego, la situación así creada no siempre será de fácil solución, pues el Estado, a su vez, podría sustentar su conducta con argumentos de cierta validez, como el de la creación de fuentes de trabajo, frecuente y angustiosamente requerida en algunos países, y también el de orden económico, consistente en la reducción de precios en beneficio de la clase consumidora.

2. Los grupos industriales o comerciales poderosos están en aptitud de exigir a sus proveedores el suministro de bienes o de servicios a precios inferiores respecto de los que ofrecen a otros núcleos industriales o comerciales, generalmente configurados por las hoy conocidas como pequeñas y medianas empresas (*pymes*), que no están en posibilidad de exigir los mismos precios reducidos. Se trata, para decirlo en pocas palabras, de la situación en la que frecuentemente se ven colocados los proveedores originarios, que ante sí tienen a clientes mucho más importantes que otros, y que, validos de su papel, exigen el suministro a precios inferiores que los ofrecidos a las *pymes*. Es fácil concluir que los núcleos más poderosos están en posibilidad de ofrecer a los consumidores precios inferiores, con todas las consecuencias fáciles de concebir.

Tal es el caso, según se sabe, de la poderosa empresa de venta de auto-servicio al menudeo, Wal-Mart, la que, según es bien sabido, y la propia empresa lo acepta, está en aptitud de suministrar la mercancía que vende, a precios inferiores a los fijados por sus competidores, merced a que, por ser también la más poderosa adquirente de insumos muebles de toda especie (abarrotes, vestuario, electrodomésticos, aditamentos cibernéticos y demás), exige a sus proveedores el otorgamiento de precios también inferiores a los que se ofrecen a los demás proveedores.

Aquí, una vez más, cabe formularse la inquietante pregunta, de nada fácil respuesta: ¿se trata de una forma de competencia desleal, que corresponde al Estado reprimir e incluso sancionar, sabedor como lo es de que con los precios así rebajados se beneficia a una gran parte de los consumidores? A la vista de tan incómoda postura del Estado, en los últimos tiempos las demás empresas comerciales de la misma índole constituyeron una entidad con visos de alianza estratégica o *joint venture* que, en representación de todas ellas efectúa las compras a los proveedores directos, con la exigencia de que en este caso se fijen los mismos precios reducidos con los que venden a Wal-Mart.

Según informes extraoficialmente recabados, este cometido ha venido logrando halagüeños resultados, en indudable beneficio de la masa consumidora y, tal vez, para alivio de preocupaciones a la CFC y a la PROFECO.

Un claro y bien conocido ejemplo de competencia desleal, en este caso con franca tendencia monopólica, es el desplegado por ciertas empresas que operan en el mercado de refrescos, consistente en la celebración de contratos con distribuidores de tales bebidas, por virtud de los cuales se obliga a estos últimos a no distribuir refrescos de otras marcas.

Pues bien, sólo en fecha reciente, la CFC tomó la decisión de investigar estas prácticas monopólicas, por considerarlas violatorias de las disposiciones contenidas en el art. 10 de la LFCE, fracciones IV, V, VIII y XI, todo ello según publicación aparecida en el DOF del 31 de agosto de 2009, en la cual se invita a quienquiera que pueda coadyuvar en tal investigación, para que comparezca a informar lo que estime conducente.

Y más aún, a todo lo anterior añádase el hecho de que las grandes empresas comerciales e industriales, con la autorización de los Estados, vienen extendiendo su operación al campo de la banca, con el obvio propósito de discurrir igualmente en las actividades crediticias como forma, una más, de atraer a la clientela, que de ese modo asume el papel de consumidor y acreditado. Por supuesto, no ha escapado a estos comerciantes-banqueros la operación a través de la cada vez más difundida tarjeta de crédito, que constituye, como es bien sabido, una poderosa y no menos peligrosa arma en poder de los consumidores, a pesar de que, tanto ellos como los proveedores-banqueros, están conscientes de la propensión al abuso, ante la tentadora facilidad de adquirir bienes de toda especie a crédito y con intereses supuestamente reducidos, que sin embargo adquieren caracteres excesivos cuando, como es frecuente, los consumidores-acreditados no cubren puntualmente las exhibiciones a su cargo.

En México existen ya varios casos de importantes empresas comerciales e industriales que operan con el atuendo bancario, como son los casos de la ya mencionada Wal-Mart, Soriana, Coppel, Comercial Mexicana y otras, en la inteligencia de que algunos de tales casos, como en el de ciertas líneas aéreas, suponen más bien contratos de asociación crediticia entre dichas entidades y los bancos. Caso ilustrativo es el del Volkswagen Bank que, según noticias periodísticas, comenzó a operar a mediados de 2008, con el indudable propósito, entre otros, de apoyar las actividades y operaciones de la arrendadora financiera con la que ya operaba esta afamada empresa automotriz.

En efecto, sobre este punto escribe **Diether Stolze**¹⁸ lo siguiente: “Por otra parte, las grandes empresas disponen de un poder económico infinitamente mayor que sus competidores de la empresa pequeña, aun cuando éstos se organicen en uniones empresariales o grupos de intereses. La gran empresa da trabajo a miles y miles de obreros y empleados que dependen de ella y también sus familias. Los grandes grupos empresariales dominan, en ocasiones, muchas pequeñas empresas suministradoras y, debido a la fuerza de su capital, obligan a los pequeños empresarios a que sigan un determinado comportamiento en el mercado”. En otras palabras, se está aquí frente al fenómeno conocido como *boicott*.

El mismo tratadista apunta más adelante¹⁹ que, tras de ponerse un freno a la creación, en los Estados Unidos de América, de los llamados *cárteles*, mediante la *Ley sobre el Comercio Interestatal*, los empresarios estadounidenses maquinaron otra forma de agrupación empresarial, todavía hoy conocida como *trust*, mediante la cual los accionistas encomiendan la custodia y administración de sus títulos a una entidad controladora de una o más de las empresas interesadas, pero de ese modo se crea un monopolio, mecanismo que, a su vez, vino a ser prohibido por la *Ley Antitrust*, más comúnmente conocida como *Ley Sherman*.

Con todo, es bien sabido que los industriales de dicho país, no menos que los de otros en los que aparentemente se han emitido también leyes antimonopolio, siguen elaborando mecanismos que les permiten controlar ciclos de producción, transporte y distribución de satisfactores.

Y aquí, una vez más, el Estado se coloca en una difícil disyuntiva: ¿debe intervenir para imponer una igualdad de trato, a riesgo de que con ello se encarezcan los precios de los productos o servicios?; por el contrario, ¿le corresponde el deber de permitir tal estado de cosas, con el consecuente peligro de poner en riesgo la existencia de las *pymes*, imposibilitadas de exigir a los proveedores originarios los mismos precios que los competidores más poderosos?

En verdad, el Estado mexicano viene mostrando cierto grado de interés en apoyar la creación y funcionamiento de estas *pymes*, a lo menos mediante dos mecanismos:

- Se creó un programa de financiamiento con recursos de un fondo especial, destinado, entre otras cosas, a otorgarles créditos que les permitan adquirir franquicias. El presupuesto de tal fondo era, en sus principios, de veinte millones de pesos, (aproximadamente dos millones de dólares US), suma absurdamente reducida.
- Las franquicias serán exclusivamente mexicanas.
- Se estimó que en el curso de los primeros meses se beneficiarían ciento cincuenta *pymes* como adquirentes de franquicias mexicanas.

¹⁸ *Capitalismo...*, cit., pág. 276.

¹⁹ *Ibidem*, pág. 280.

- La Secretaría de Economía, que encabeza todos estos programas, ha venido firmando convenios con intermediarios financieros, a fin de ampliar las posibilidades de crédito a estas pymes, que les permitan adquirir, además, equipos y maquinaria.
- Recientemente (DOF, 28 de julio de 2006) se dio a conocer el Convenio de Concercación, celebrado por el Ejecutivo Federal, a través de la Secretaría de Economía, con numerosas empresas y organizaciones de la cadena productiva y comercial del país, en el entendido de que se abre la puerta a futuras adhesiones de otras empresas que aspiran a la mejora continua de prácticas comerciales competitivas y de fomento a la micro, pequeña y mediana empresa.
- Igualmente se han expedido la *Ley para el Desarrollo de la Competitividad de la Micro, Pequeña y Mediana Empresa*, así como su Reglamento.

Mas en otras formas se ha venido mostrando el propósito, por parte del Gobierno mexicano, de impulsar la creación y funcionamiento de estas pymes:

- La Asociación Mexicana de Estándares para el Comercio Electrónico les ha venido ofreciendo asesoría jurídica en la configuración de facturas electrónicas.
- A principios de 2007, Nacional Financiera anunció la implementación de un programa por virtud del cual el Gobierno federal quedaría obligado a adquirir de las pymes ciertos insumos, consistentes en productos o en servicios. Se dijo, además, que tal mecanismo tendría, en calidad de modelo, el programa instaurado por el Gobierno de los Estados Unidos de América, que canaliza el 23% de sus compras a las pequeñas y medianas empresas.
- En manifestación de lo anterior, durante marzo de 2011 se supo que la SE, a través de cierto Programa Nacional de Franquicias, se propone destinar, sólo en 2011, 350 millones de pesos para apoyar nuevos modelos de negocio mediante franquicias a las PYMES, e igualmente se supo que por lo menos 200 actividades comerciales serían apoyadas a través de dicho PNF y que cada franquicia supondría una inversión de entre 150,000 y 1,000,000 de pesos.

Tal vez ello obedezca a que en nuestro país las PYMES representan el 52% del Producto Interno Bruto y generan casi un 75% de los empleos, lo cual da una idea de su importancia dentro de una economía como la mexicana que, de hecho, debería apoyarse en este tipo de negocios.²⁰

Del todo diverso es el ámbito en el que se desenvuelven las pymes en los Estados Unidos de América. Así, se sabe que para el mismo año de 2005, el Gobierno federal aprobó un presupuesto de apoyo a las mismas de aproximadamente 678 millones de dólares, frente al del gobierno mexicano, que será de 1,640 millones de pesos. Además, en el año de 2004 las pymes estadounidenses fueron apoyadas con poco más de 12,300 millones de dólares como préstamos destinados a incrementar su productividad. En otro

²⁰ Datos tomados de la revista *Más por más*, del 13 de abril de 2010, pág. 4.

orden de ideas, las *pymes* no pagan impuestos dentro de los dos primeros años de operación, lo que les permite constituirse en importantes fuentes de trabajo.

Ahora bien, una vez más, con referencia a las *pymes* mexicanas, y muy a pesar de las alentadoras expresiones a favor de ellas, arriba vertidas, es necesario reproducir también noticias desalentadoras:

- Entre 2002 y 2004 desaparecieron, en los registros del Instituto Mexicano del Seguro Social, 10,176 microempresas formales, pero en cambio surgieron 260 mil al ámbito de la informalidad.
- Al concluir el citado año de 2004, las *pymes* formales registradas eran 698 mil; en verdad, al desaparecer, muchas de ellas pasaron a la informalidad.
- Se aducen, como razones de tal estado de cosas: la generalizada difícil situación económica de las grandes masas, agravada durante los dos últimos años, así como la carencia de políticas fiscales adecuadas, no menos que la falta de fuentes de financiamiento y de mecanismos de capacitación, sin que falte la actuación abusiva de ciertas autoridades laborales, fiscales y sanitarias.

Todo ello es tanto más lamentable cuanto que estas microempresas son grandes generadoras de empleo: mientras en 2002 otorgaron empleo a más de dos y medio millones de personas, en 2004 la cifra se redujo en poco más de treinta y ocho mil plazas.

Mas siempre fiel a su propósito de estimular la creación y funcionamiento de estas *pymes*, el Poder Ejecutivo, por conducto de la Secretaría de Economía, ha venido celebrando los llamados *convenios de coordinación para el desarrollo de la competitividad* de las propias *pymes*, con los Gobiernos de las entidades federativas. Como finalidades primordiales de tales convenios, se consignan las siguientes: establecer las bases y procedimientos de coordinación y cooperación entre ambas expresiones gubernativas, para promover el desarrollo económico de las entidades federativas, a través del otorgamiento de apoyos temporales a proyectos que fomenten la creación, productividad y sustentabilidad de las *pymes*, con el propósito de generar más y mejores empleos, más y mejores *pymes*.

En un escenario diferente se movieron las posturas del conocido industrial estadounidense **Henry Ford** y del economista británico **John Maynard Keynes**. El primero de ellos anunció, en 1914, que pagaría a sus trabajadores un salario muy superior a los que se venían cubriendo a trabajadores que realizaban las mismas o parecidas actividades en otras empresas; frente a las críticas de sus colegas, algunos de los cuales proclamaron su aparente locura, el industrial sostuvo que los industriales deben incrementar los jornales y bajar los precios como forma de mantener e incrementar el número de clientes, pues los propios empleados y trabajadores pueden y deben ser los mejores compradores.

Keynes, por su parte, también provocó la repulsa de sus colegas economistas, al proclamar ideas semejantes a la del industrial estadounidense y, además, la total eliminación del principio *laissez faire*.²¹

²¹ *Ibidem*, págs. 271 y 272.

Dentro del mismo orden de ideas, es necesario dejar constancia de las consecuencias de una competencia rayana en la deslealtad, que frecuentemente conduce a la configuración de monopolios, cuyos productos, según se ha dicho varias veces, tienden a ser caros y malos, en razón de que el consumidor se ve obligado a adquirirlos, ante la falta de otras opciones.

Es lógico que toda empresa comercial busque, por todos los medios a su alcance, mejorar sus ingresos, frecuentemente con la mejoría de la calidad de sus productos. Los monopolios, en cambio, no necesitan acudir a tales incentivos y, consecuentemente, sus productos o servicios tienden a ser caros y malos, tal como ocurrió en los Estados Unidos de América, a fines del siglo XIX, en los negocios del acero, el petróleo y los ferrocarriles; en nuestro país, actualmente, con la electricidad, el petróleo, la televisión, los servicios telefónicos y algunos otros.

Ahora bien, según expresa un conocido y experimentado especialista mexicano, “si al mercado se le deja actuar libremente, la lucha puede resultar tan feroz que sólo acaban sobreviviendo los empresarios insaciables, dispuestos a todo, incluso a actos ilegales”. Frente a tal panorama, reaccionó una buena parte de la comunidad empresarial, a tal punto que el movimiento social llegó a Washington, lo que dio lugar a que aparecieran políticos dispuestos a legislar para evitar las prácticas monopólicas, entre ellos el famoso **John Sherman**, senador por Ohio, autor, en gran parte, de la ley federal que lleva su nombre y que fue la primera en impedir la formación de carteles y monopolios. Así se expresó **Sherman**: “si aquí no aguantamos a un rey como el poder político, tampoco debemos aguantar a un rey en la producción, transporte y venta de cualquiera de las necesidades de la vida”, con lo cual quedó claramente establecido que la competencia económica, al igual que la política, es un valor social.

Por lo demás, como es bien sabido, nuestra *Ley Federal de Competencia Económica*, en su texto actual, está inspirada, en gran parte, por la *Ley Sherman*.

Con todo, no han faltado críticas a dicha LFCE:

“Si hay una ley mal elaborada en México es, sin duda, la *Ley Federal de Competencia Económica*. Por donde se le mire, está plagada de disposiciones que hasta el más torpe de los abogados podría denunciar por inconstitucionales. De aquí que muchos despachos cuyos clientes son los grandes monopolios de México estén tan interesados en que no se toque esta ley ni con el pétalo de una rosa... De acuerdo con **Bernard Phillips**, Jefe de la División de Competencia de la... OCDE, para las empresas mexicanas resulta muy cómodo violar la *Ley Federal de Competencia Económica*... pues los beneficios que se obtienen ignorando la Ley son superiores a las ridículas multas a que se pudieran hacer acreedores quienes pasan por alto la legislación.²²

²² **Antonio Silva Oropeza**, “¿A quién beneficia la Ley de Concursos Mercantiles?”, en *El Mundo del Abogado*, año 12, núm. 132, abril, 2010, México, pág. 9.

5 bis.13 Modernas regulaciones en materia de competencia mercantil

Llevado el tema de la competencia mercantil al terreno internacional, el problema adquiere caracteres de extrema complejidad, pues aquí se ventilan no sólo intereses domésticos, sino también de alto nivel gubernativo, ante la importancia que para los países reviste la balanza de pagos, esto es, la conveniencia de que las exportaciones superen a las importaciones, lo que necesariamente arroja un saldo favorable a los países exportadores.

Ante este escenario, es por demás frecuente que los gobiernos de estos últimos países diseñen programas fiscales, e incluso financieros, que de modo más o menos ostensible crean un panorama de tal manera favorable a sus nacionales, fabricantes, productores y exportadores, que frente a los de otros países plantea un desequilibrio insostenible para los fabricantes, productores y exportadores de estos últimos, incapaces de hacer frente a los subsidiados precios de los productos o servicios importados. A estos mecanismos, de desleal competencia internacional, pretenden hacer frente numerosos tratados internacionales, que hasta ahora no se han mostrado por demás eficaces, puesto que, como es fácil entender, en su redacción intervienen, de manera más o menos decisiva, los gobiernos de los países industrial y comercialmente poderosos. Todo ello resulta, como es fácil de entender, que los gobiernos de los países económicamente menos poderosos no están en posibilidad de dispensar los apuntados tratos de preferencia a sus nacionales.

Otro sector de la competencia mercantil, que las autoridades en materia de protección del consumidor han venido considerando sin apreciables resultados hasta ahora, es el consistente en la engañosa y exagerada información que suele suministrarse a los consumidores, sin contar con la realización de prácticas comerciales fraudulentas. Uno de los mecanismos más frecuentes consiste, sobre el particular, en la aparentemente seria y retardora información sobre que determinada empresa es la que ofrece los precios más bajos y la mejor calidad, para lo cual se invita a los consumidores a aprovecharse de tales cualidades, mediante la demostración de que, en cambio, otros proveedores expenden los mismos productos en un precio mayor o sin las cualidades necesarias.

Es evidente que, con frecuencia, el público no tiene a su alcance los necesarios elementos informativos que le permitan optar por el proveedor más adecuado, luego aquí, una vez más, corresponde al Estado hacer uso de sus atribuciones en calidad de protector de los intereses, en este caso económicos, de las grandes masas de consumidores.

Ahora bien, tal vez la más moderna regulación de las prácticas comerciales desleales es la Directiva 2005/29CE del Parlamento Europeo y del Consejo, del 11 de mayo de 2005, relativa a las prácticas comerciales desleales de las empresas en sus relaciones con sus consumidores en el mercado interior, que en la actualidad ya cobró vigencia en los países que conforman la Unión Europea y cuyo proclamado objetivo "... es que los consumidores no sean víctimas de engaños en la compra de productos y contar con una normativa común a todos los países integrantes de la Unión Europea".

He aquí algunos de los más interesantes aspectos de esta ley, que prohíbe:

- Como forma de seducir a los consumidores, proclamar que el producto o servicio sólo estará disponible durante un tiempo determinado, o que está en liquidación, cuando no es así.
- No advertir sobre los riesgos que acarrea el uso del bien o del servicio, o bien atribuirle propiedades curativas no demostradas.
- Operar la llamada "venta por señuelo" cuando el objetivo es vender otra cosa.
- Anunciar supuestos descuentos mediante la real fijación de un precio de referencia artificialmente alto, como medio para dar la idea al consumidor de que está ante un precio ventajoso.
- Anunciar un producto como "regalo" o "gratuito", si en el último momento debe efectuarse un pago.
- Como forma de proteger indirectamente a las empresas que operan lícitamente, toda conducta de sus competidores que no cumpla lo dispuesto en la propia Directiva.
- El empleo de publicidad engañosa, que impide al consumidor elegir con el debido conocimiento de causa, que se manifiesta en acciones u omisiones engañosas.
- Toda práctica comercial que limite, de manera apreciable, la capacidad del consumidor de adoptar una decisión con pleno conocimiento de causa.
- El empleo de cualquier práctica comercial agresiva, entendida como tal la que, atentas sus características y circunstancias, limite de manera importante, mediante el acoso, la coacción, incluido el uso de la fuerza, o la influencia indebida, la libertad de elección o conducta del consumidor medio.

En cuanto a la publicidad comparativa, está permitida cuando cumpla las siguientes condiciones:

- a) Que no sea engañosa.
- b) Que compare bienes o servicios que satisfagan las mismas necesidades o tengan la misma finalidad.

- c) Que compare de modo objetivo una o más características esenciales, pertinentes, verificables y representativas de los bienes o servicios.
- d) Que no desacredite ni denigre las marcas, nombres comerciales y demás signos distintivos, los bienes, servicios, actividades o circunstancias de algún competidor.
- e) Que se refiera en cada caso, cuando se trate de productos con denominación de origen, sólo a productos con la misma denominación.
- f) Que no obtenga indebidamente ventaja de la reputación de una marca, nombre comercial u otro signo distintivo de algún competidor.
- g) Que no presente un bien o un servicio como imitación o réplica de otros que existan con una marca o nombre comercial protegido.
- h) Que no dé lugar a confusión entre los comerciantes, entre el comerciante y un competidor o entre las marcas, los nombres comerciales, otros signos distintivos o los bienes y servicios de algún competidor.

Finalmente, y una vez más con referencia al ámbito nacional, no carece de interés el hacer referencia al trabajo redactado por **Walter Frisch Philipp**,²³ quien incluso llega a proponer la expedición de una Ley general contra la competencia desleal, que a su juicio debería configurar "...una ley especial y distinta a los ordenamientos vigentes, sin pretender la incorporación de sus disposiciones en otras leyes o códigos existentes, ya que si bien consideramos importante evitar una desmembración del sistema jurídico, por la creación innecesaria de leyes aisladas..., tal postulado no puede observarse con respecto a la ley propuesta, por referirse a campos que, como el del ejercicio profesional, no tienen cabida en el *Código de Comercio*".

Ahora bien, la en verdad feroz competencia mercantil ha llevado a los comerciantes a ampliar en forma desmesurada sus giros, frecuentemente en combinación con las instituciones bancarias, de tal manera que cada vez con más frecuencia los comerciantes al menudeo, tanto de autoservicio como departamentales, incursionan en giros a los que hasta hace poco eran ajenos. Así, han abierto actividades farmacéuticas y aun hospitalarias, alimenticias, automovilísticas y otras, pero además igualmente en actividades parabancarias, mediante la emisión de tarjetas de crédito y vales de despensa, con instalación de las llamadas *terminales punto de venta*, que en cierto modo actúan como sucursales bancarias, a tal grado que agrupaciones de pequeños comerciantes han creado microfinancieras, con el propósito de convertirse en productores-comerciantes.

Por su importancia en la actividad comercial europea, ha parecido al autor de este libro que ofrece especial interés el conocer algunos de los aspectos

²³ *Competencia desleal*, 2a. ed., Oxford University Press, México, 1999, págs. 145-154.

más importantes de la Directiva 2005/29/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, del 11 de mayo de 2005, relativa a las prácticas comerciales desleales de las empresas en sus relaciones con los consumidores en el mercado interior.

Tras de un amplio e ilustrativo exordio, he aquí, expresados en forma necesariamente breve, algunos de sus preceptos:

- La Directiva tiene por objeto contribuir al buen funcionamiento del mercado interior y alcanzar un elevado nivel de protección de los consumidores, mediante la aproximación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros sobre las prácticas comerciales desleales que perjudican a los intereses económicos de los consumidores (art. 1).
- “Distorsionar de manera sustancial el comportamiento económico de los consumidores” significa utilizar una práctica comercial para mermar de manera apreciable la capacidad del consumidor de adoptar una decisión con pleno conocimiento de causa haciendo así que éste tome una decisión sobre una transacción que de otro modo no hubiera tomado (art. 2, e).
- La “diligencia profesional” es el nivel de competencia y cuidado especiales que cabe razonablemente esperar del comerciante en sus relaciones con los consumidores, acorde con las prácticas honradas del mercado o con el principio general de buena fe en el ámbito de actividad del comerciante (art. 2, h).
- “Influencia indebida” es la utilización de una posición de poder en relación con el consumidor para ejercer presión, incluso sin usar fuerza física ni amenazar con su uso, de una forma que limite de manera significativa la capacidad del consumidor de tomar una decisión con el debido conocimiento de causa (art. 2, j)
- La Directiva debe entenderse sin perjuicio del derecho contractual, y en particular de las normas relativas a la validez, la formación o el efecto de los contratos y también sin perjuicio de las normas nacionales o comunitarias relativas a los aspectos de salud y seguridad de los productos (art. 3, 2 y 3).
- Quedan prohibidas las prácticas comerciales desleales, por ser contrarias a los requisitos de la diligencia profesional y porque distorsionan o pueden distorsionar de manera sustancial, con respecto al producto de que se trate, el comportamiento económico del consumidor medio al que afecta o al que se dirige la práctica o al miembro medio del grupo, si se trata de una práctica comercial dirigida a un grupo de consumidores (art. 5, 1, 2 a y b).

- Quedan también prohibidas las prácticas comerciales engañosas, entendidas como tales las que contengan información falsa y por tal motivo carezcan de veracidad o información que, en la forma que sea, incluida su presentación general, induzcan o puedan inducir a error al consumidor medio, aun cuando la información sea correcta en cuanto a los hechos, sobre uno o más de los siguientes elementos, y que en cualquiera de estos dos casos le haga o pueda hacerle tomar una decisión sobre una transacción que de otro modo no hubiera tomado: *a)* la existencia o la naturaleza del producto; *b)* las características principales del producto, tales como su disponibilidad, sus beneficios, sus riesgos, su ejecución, su composición, sus accesorios, la asistencia posventa al cliente y el tratamiento de las reclamaciones, el procedimiento y la fecha de su fabricación o suministro, su entrega, su carácter apropiado, su utilización, su cantidad, sus especificaciones, su origen geográfico o comercial o los resultados que pueden esperarse de su utilización, o los resultados y características esenciales de las pruebas o controles efectuados al producto; *c)* el alcance de los compromisos del comerciante, los motivos de la práctica comercial y la naturaleza del proceso de venta, así como cualquier afirmación o símbolo que indique que el comerciante o el producto son objeto de un patrocinio o una aprobación directos o indirectos; *d)* el precio o su modo de fijación, o la existencia de una ventaja específica con respecto al precio; *e)* la necesidad de un servicio o de una pieza, sustitución o reparación; *f)* la naturaleza, las características y los derechos del comerciante o su agente, tales como su identidad y su patrimonio, sus cualificaciones, su situación, su aprobación, su afiliación o sus conexiones y sus derechos de propiedad industrial, comercial o intelectual, o los premios y distinciones que haya recibido; *g)* los derechos del consumidor, incluidos los derechos de sustitución o reembolso previstos por la Directiva 1999/44/CE del Parlamento Europeo y del Consejo (art. 6).
- También quedan prohibidas las omisiones engañosas, entendidas como tales las prácticas comerciales que, en su contexto fáctico, omitan información sustancial que necesite el consumidor medio, según el contexto, para tomar una decisión sobre una transacción con el debido conocimiento de causa y que, en consecuencia, haga o pueda hacer que el consumidor medio tome una decisión sobre una transacción que de otro modo no hubiera tomado (art. 7, 1).
- Igualmente quedan prohibidas las prácticas comerciales agresivas, consideradas como tales las que, en su contexto fáctico, habida cuenta de todas sus características y circunstancias, mermen o puedan mermar de

forma importante, mediante el acoso, la coacción, incluido el uso de la fuerza, o la influencia indebida, la libertad de elección o conducta del consumidor medio, con respecto al producto y, por consiguiente, le haga o pueda hacerle tomar una decisión sobre una transacción que de otra forma no hubiera tomado (art. 8).

- También queda prohibida la utilización del acoso, la coacción y la influencia indebida, para determinar cuáles deben tenerse en cuenta: *a)* el momento y el lugar en que se producen, su naturaleza o su pertinencia; *b)* el empleo de un lenguaje o un comportamiento amenazador o insultante; *c)* la explotación, por parte del comerciante, de cualquier infortunio o circunstancia específicos lo suficientemente graves como para mermar la capacidad de discernimiento del consumidor, de los que el comerciante tenga conocimiento, para influir en la decisión del consumidor con respecto al producto; *d)* cualesquiera obstáculos no contractuales, onerosos o desproporcionados, impuestos por el comerciante cuando un consumidor desee ejercitar derechos previstos en el contrato, incluidos el derecho de poner fin al contrato o el cambiar de producto o de comerciante; *e)* a amenaza de ejercer cualquier acción que, legalmente, no sea ejercitable (art. 9).

5 bis.14 Los códigos de ética empresarial. La confidencialidad empresarial

Si por ética, como rama de la filosofía, debe entenderse el estudio y práctica "... de las cuestiones morales, esto es, de los conceptos implicados en todo discurso acerca de la conducta de los seres humanos", y por tanto "... el núcleo de la ética podría reducirse, tanto desde una perspectiva sistemática como histórica a las siguientes cuestiones: el conocimiento del bien y su relación con las decisiones humanas, las condiciones bajo las que es posible una conducta propiamente moral, el origen y finalidad de los valores, la forma y significado del lenguaje moral y los vínculos entre ética y política...",²⁴ no puede caber duda sobre que, en los aspectos que se examinan en este libro, la ética es el género y la lealtad comercial, la especie.

En efecto, si es cierto, como se verá a continuación, que todo comerciante debe desplegar su conducta dentro de un plano de lealtad concurrencial, esto es, frente a sus competidores, también lo es que su conducta debe elevarse a superiores planos de ética, vale decir, ha de actuar, en todos

²⁴ Aristóteles, *Gran ética*, libro primero, capítulo I.

los órdenes de su actividad empresarial, con arreglo a normas morales en bien de todos aquellos que de cualquier manera se relacionan con dicha actividad: clientes, deudores, acreedores y socios.

Pues bien, y a lo menos en el medio comercial mexicano, parece que se opera en un plano muy alejado a la ética comercial, según lo delatan con frecuencia algunas publicaciones periódicas y mensajes televisados. En cuanto a las primeras, el periódico diario *Excélsior* publicó, en su edición del 24 de marzo de 2011, a doble plana, una serie de amplios reportajes sobre la forma por demás ilícita en la que despliegan su actividad numerosos comerciantes.

Ahí se afirmó que el comercio subterráneo es el principal generador de “empleo” e ingreso en México, según cifras proporcionadas por la Confederación de Cámaras Nacionales de Comercio, Servicios y Turismo, y como prueba de ello afirmó que el valor del comercio *pirata* es de 75,000 millones de dólares anuales, suma tres veces superior a los ingresos provenientes del petróleo, cuatro veces mayor al importe de las remesas y siete veces más grande que las divisas políticas.

El mismo órgano expresó que la *piratería* y el contrabando son ya fenómenos muy ligados al crimen organizado, a tal punto que en varios lugares del país los artículos pirateados o contrabandeados tienen precios fijados por las organizaciones criminales: igualmente existen más empleadores en la economía informal que los registrados ante el IMSS.

El autor de la citada nota informó, además, que dispone de informes fidedignos en el sentido de que de cada diez mercancías o productos de servicio general vendidos en tiendas o mercados del país, en promedio seis son ilegales.

Por su parte, la misma nota periodística consignó un reporte del Subprocurador de Delitos Federales de la Procuraduría General de la República, en el sentido de que el número de averiguaciones previas sobre el tema de que se trata se incrementó en 2010, sobre el operado en 2009, en un 179%, y principalmente, lo que es más grave, en lo que se refiere a la comercialización de medicamentos falsos, bebidas alcohólicas adulteradas, fabricación de ropa pirata y contrabando de ropa usada.

Parece que hace muchos años un famoso personaje no estuvo muy convencido de lo anterior:

“Entró Jesús en el templo y echó fuera a todos los que vendían y compraban en el Templo; volcó las mesas de los cambistas y los puestos de los vendedores de palomas. Y les dijo: está escrito: Mi Casa será llamada Casa de oración. ¡Pero vosotros estáis haciendo de ella una cueva de bandidos!”

No faltarán voces que califiquen lo anterior de postura idealista, apartada del real y verdadero propósito de todo empresario, que es el de obtener

ganancias por el ejercicio de su actividad, sin detenerse en minucias moralistas, en la medida en que, por otra parte, se desenvuelva en acatamiento de las leyes reguladoras de la competencia.

Y sin embargo, modernamente tal conclusión no es del todo cierta, pues cada vez con mayor incidencia y frecuencia surgen voces, corrientes y tendencias que claman por una actuación más humana por parte de las empresas, ante la consideración de que sus ganancias han de resultar, en gran medida, de su desenvolvimiento económico dentro de las sociedades, a cuyos integrantes, por tanto, han de responder de manera que no necesariamente debe tener un correlato económico: es imperativo, por tanto, que actúen con lealtad frente a sus clientes, sin engaños y sin ocultamientos; la misma conducta deben desplegar frente a sus colaboradores y auxiliares de todo tipo, independientemente, como se viene apuntando, de la lealtad con la que deben desempeñarse en cuanto competidores, ésta sí objeto de regulación, según se ha apuntado antes y a poco se verá con más amplitud.

Ahora bien, los modernos Estados vienen mostrándose cada vez más sensibles sobre este punto, y ya aparecen aquí y allá mecanismos legales que propenden a la observancia por parte de las empresas, de conductas moralmente plausibles, en algunos casos con la promesa de estímulos incluso de orden fiscal.

Por todo ello, no resulta vano o fuera de lugar el evocar aquí algunas expresiones de **Aristóteles**:²⁵

“... la ciencia o tratado de las costumbres es una parte y un principio de toda la ciencia sociológica, hasta el punto de que a mí me parece que este tratado o discusión de las costumbres no debería llamarse Ética, sino más bien Sociología o Política... Ahora bien: la facultad de la vida política o social es la mejor de todas, y en consecuencia, su fin será el mejor de los bienes... Hemos de hablar, pues, del bien social o político...”

Antes de examinar los aspectos éticos que deben influir en las actividades empresariales, parece conveniente hacer una referencia, necesariamente breve, a las responsabilidades en las que vienen incurriendo empresas que realizan actividades peligrosas, dañinas, contaminantes, y sin embargo lo hacen con real o aparente apego a las disposiciones legales y administrativas que rigen sus actividades.

Se trata, en muchos casos, de actividades fatalmente dañinas, como lo son las relacionadas con la producción, explotación y aprovechamiento de

²⁵ *Ídem*.

hidrocarburos que, en mayor o menor grado, producen emisiones necesariamente dañinas al entorno humano, esto es, a la salud e incluso a la vida de los seres vivos y de la flora, no menos que a la tierra, al agua en sus diversas manifestaciones y a la atmósfera.

No es el presente el lugar indicado para detenerse en consideraciones técnicas y ni siquiera jurídicas sobre este amplio mundo de las responsabilidades empresariales por contaminación, pues el examen de todo ello es propio de otros estudios especializados. Pero sí, en cambio, es necesario dejar expresado aquí que en este aspecto, así como en los previstos por la *LFCE*, a la autoridad compete dictar medidas que necesariamente acoten la libertad empresarial, en defensa de la salud y de la vida humanas, como derechos garantizados por las modernas constituciones políticas.

A un lado de tales actividades figuran las de empresas que, sin ser contaminantes, elaboran productos o prestan servicios que, aparentemente inofensivos y aun generadores de satisfacciones humanas, llevan dentro de sí un germen maligno para la salud mental o para la física. A guisa de ejemplo, en los últimos tiempos han llamado la atención pública las originalmente desconocidas, y más adelante manifestadas, propiedades nocivas de ciertos productos, incluso de carácter medicinal, en la inteligencia de que no han faltado reportes autorizados en el sentido de que los fabricantes de tales productos conocían o debían conocer las propiedades negativas de los mismos, a pesar de lo cual las ocultaron en un innoble afán de obtener utilidades.

Dos casos que guardan paralelismo con los anteriores, son los de productos cuyas propiedades negativas e incluso dañinas son bien conocidas, a pesar de lo cual se producen y expenden, e incluso se anuncian profusamente, a ciencia y paciencia de los Gobiernos. Se trata, efectivamente, del tabaco y de las bebidas alcohólicas.

La justificación que los Estados han venido admitiendo encuentra sustento en las crecientes exigencias a los fabricantes y comerciantes de estos bienes, en el sentido de que adviertan a los consumidores sobre los posiblemente devastadores efectos del uso o consumo de los productos, lo cual, suele decirse, debería liberar de responsabilidades a los fabricantes, puesto que se configura la culpa o negligencia inexcusable de las víctimas.

El ya mencionado caso de las empresas tabacaleras es por demás ilustrativo, pues ha sido objeto de una serie de escaramuzas entre el Gobierno, las cortes y las tabacaleras estadounidenses.

Como se sabe, treinta y nueve Estados demandaron a las tabacaleras, a mediados de los años noventa, en razón de las erogaciones que les viene significando la atención médica, e incluso funeraria, de los millones de enfermos víctimas del consumo del tabaco. Las compañías tabacaleras aceptaron ciertas restricciones publicitarias, así como otorgar financiamiento a

una fundación que promovería la necesidad de prevenir los daños que causa el fumar y el pago de aproximadamente doscientos mil millones de dólares en veinticinco años; posteriormente se sumaron a la demanda otros siete Estados.

Sin embargo, pronto se encontró que tal compromiso de las empresas encubría un nuevo impuesto, pues, a partir de 1999, cada compañía debía efectuar un pago a dichos Estados de más o menos cuatro dólares por cada paquete de diez cajetillas, lo cual, como era de esperarse, repercutió en el precio de los cigarrillos.

Pero además, los resultados han sido un tanto desalentadores, no sólo por el incremento en el precio de los cigarrillos, sino porque en realidad se constituyó un monopolio que permitió a las empresas firmantes del convenio el aumento en los precios sin temor a la competencia.

Naturalmente, nadie sabe la suerte que finalmente correrán estos aspectos de la responsabilidad empresarial, pues por otra parte no ha dejado de plantearse la exigencia de responsabilidades, a lo menos en los casos del tabaco y de las bebidas alcohólicas, por una razón más, que, como igualmente se expresó, las empresas fabricantes no han mencionado hasta ahora en los envases de sus productos: la circunstancia de que ambos crean hábito en los consumidores, mismo que, como es bien sabido, resulta muy difícil de combatir, e igualmente costoso para el Estado, a través de los mecanismos de seguridad social.

Ya para concluir las anteriores reflexiones, a lo expuesto añádase que los seguros de gastos médicos, de salud y de enfermedades, operados por las entidades aseguradoras, contienen una amplia gama de limitantes a la cobertura de las enfermedades y de los gastos derivados de estos hábitos.

En otro orden de ideas, modernamente se viene proclamando la conveniencia, rayana en necesidad, de que las empresas mercantiles se preocupen por desempeñar un papel de responsabilidad social en diversos órdenes: sanitario, ambiental, educativo y humanitario. Conscientes de ello, algunos Gobiernos y entidades del sector privado vienen estableciendo programas y mecanismos de estímulo y premiación a estas empresas, que extienden sus actividades más allá de las puramente comerciales y lucrativas.

Así, en México existe, desde hace algunos años, el Centro Mexicano para la Filantropía (CEMEFI), que otorga el llamado distintivo de Empresa Socialmente Responsable (ESR) a las que vinculan sus actividades mercantiles con causas sociales; de ese modo, para recibir tal distintivo, las empresas deben contribuir a la calidad de vida, tanto al interior como más allá de su organización, cuidar y preservar el medio ambiente, adoptar códigos de ética y establecer relaciones con la comunidad mediante sus actividades comerciales.

Esta responsabilidad social de las empresas ha sido definida por la Comisión Europea como sigue: "Integración voluntaria de las preocupaciones sociales y ecológicas de

las empresas a sus actividades comerciales y sus relaciones con sus contrapartes”. Sin embargo, semejante mecanismo, así como los códigos de conducta igualmente elaborados por los organismos comerciales, tanto domésticos como internacionales, no parecen tener la suficiente fuerza de convicción en cuanto a las desprendidas o humanitarias intenciones de tales empresas; una tratadista francesa de la especialidad ha mostrado su escepticismo de la siguiente manera: “Actualmente una nueva forma de seducir al cliente consiste en demostrarle que la empresa tiene valores sociales prioritarios, reflejo, sin duda alguna, de los que corresponden a los clientes, mismos que ella ha inscrito en los códigos de conducta, a efecto de subrayar su importancia en un plan ético... ¿Cuál es el contenido de tales códigos, cartas, emblemas, cuál es su legitimidad, cuáles son los medios que permitan garantizar su eficacia?”.²⁶

Una vez más con referencia a la publicidad, en nuestro país el Consejo de Autorregulación y Ética Publicitaria, formado por anunciantes, agencias de publicidad y medios de comunicación, creado en enero de 1997, elaboró el llamado *Código de Ética Publicitaria*, naturalmente con el carácter de mera recomendación, formado por ocho enunciados, a saber: legalidad, honestidad, decencia, veracidad, dignidad, respeto, justa competencia, bienestar y salud.

Dentro de la misma línea publicitaria, es revelador el hecho de que, según se dio a conocer a fines de 2009, las empresas de comida rápida tan importantes como McDonald's, Kentucky Fried Chicken y Pizza Hut, se han venido resistiendo a firmar el *Código de Autorregulación de la Publicidad de Alimentos y Bebidas Dirigidas al Público Infantil* (PABI), en la inteligencia de que dichas empresas representan el 13% de participación en el universo de mensajes publicitarios analizados, habida cuenta de que, como es bien sabido, y así lo ha venido admitiendo la PROFECO, la publicidad que generan dichas empresas de comida rápida tiene un impacto significativo en los niños por una amplia y fácil disposición de sus productos en el mercado.

Se informó también que, a un año de la expedición del citado Código, se le han introducido 59 modificaciones en anuncios que se transmitían a través de medios electrónicos y 29 comerciales de marcas como Bimbo, Kellogg's y Nestlé se retiraron por considerar que violaban las cláusulas de dicho Código.

Y ya en el mismo contexto, es ilustrativo el hecho de que incluso un organismo paraestatal, como lo es el Instituto del Fondo Nacional de la Vivienda para los Trabajadores, más conocido por las siglas INFONAVIT, haya adoptado su propio *Código de Ética*, que se dio a conocer en el *DOF* del 30 de marzo de 2007.

En otros países se observa la misma tendencia. Así, en Italia está vigente, desde hace muchos años, un código en materia de ética por parte de las entidades aseguradoras, similar al *Código de Ética* adoptado en Brasil por la Federación Nacional de Empresas de Seguros Privados y de Capitalización.

²⁶ Sylvie Avignon, “Les codes de conduite sont-ils devenus des outils du management international? Le regard du jurist”, en *RDAI*, núm. 3, mayo, 2007, pág. 336.

Durante marzo de 2011 la productora mexicana de bebidas Jumex anunció que, como forma de hacer frente a la competencia, próximamente pondrá en venta su línea de jugos light, ahora en un envase calificado de latabotella, con la cual, según dijo, se respondería "... a las necesidades específicas de un mercado cambiante que se interesa más por el cuidado de la salud".

Se trata, pues, de un hito en la reñida competencia que desde hace muchos años se viene observando en el sector refresquero.

5 bis.15 Las responsabilidades por infracción de las disposiciones en materia de competencia mercantil

Todo lo expuesto configura, como fácilmente ha podido apreciarse, un por demás complejo panorama jurídico, económico y social, en el que lógicamente corresponde al Estado un papel de decisiva importancia, en su triple carácter de legislador, regulador en la esfera administrativa y juzgador, en verdad de no fácil desempeño, dados los poderosos y dignos de protección intereses en juego, a los que tantas veces se ha hecho referencia.

Consecuentemente, amplia explicación tiene el que las infracciones a tan complejo mundo legislativo sean objeto de sanciones de la más diversa índole y grado, como a continuación se verá, que van desde las más leves de orden puramente administrativo, las de carácter pecuniario, de mayor o menor gravedad, hasta llegar a las de naturaleza penal, comprendidas en diversos cuerpos legislativos.

Antes se dijo (*supra*, 5 bis.9, 5 bis.10 y 5 bis.12) que los conflictos en materia de publicidad y de competencia se han venido sustrayendo al conocimiento de los jueces ordinarios, por razones de fácil entendimiento: se trata de materias especializadas, que suponen, por parte de quien haya de dirimir los conflictos, conocimientos y en ocasiones experiencia no fácilmente exigibles de los jueces ordinarios.

De esta suerte, como también se dejó apuntado, las cuestiones de competencia mercantil en sus proyecciones monopolísticas, quedan sometidas a la Comisión Federal de Competencia (CFC), mientras que las atinentes a las manifestaciones de la propiedad industrial han venido a ser del conocimiento del IMPI, en cada caso por aplicación de las leyes respectivas.

Naturalmente, no debe pasarse por alto la regulación protectora de los consumidores, si bien, como es perfectamente sabido, se trata aquí de una serie de disposiciones orientadas, exclusivamente, a la tutela de los intereses económicos y sanitarios de la masa consumidora, pues, en efecto, algu-

nos aspectos de la desleal competencia, como la publicidad excesiva o engañosa, inciden en el ámbito de los intereses y derechos del consumidor.

Atento lo anterior, conviene recordar que, por su parte, la *LPI* (art. 213) consigna un amplio elenco de infracciones administrativas, incluidas las sanciones correspondientes (art. 214), pero también de los delitos (art. 223), con indicación también de las penas respectivas (art. 223 *bis* y 224) sin olvidar que independientemente de la acción penal, el perjudicado tiene a su alcance la acción civil de daños y perjuicios (arts. 221 y 226).

Un lamentable ejemplo de infracción de las disposiciones en materia de competencia mercantil es el consistente en el silencio que, durante más de un siglo, ha mantenido la empresa embotelladora de la Coca-Cola en cuanto a la fórmula de tal bebida, por lo demás de amplísimo consumo en todo el mundo.

En efecto, muy a pesar de las disposiciones en contrario de numerosas leyes que en todo el mundo, como una de las formas de protección y tutela de los intereses y la salud de los consumidores, la empresa de que se trata ha mantenido en absoluto secreto los ingredientes de la famosa bebida, merced a la inexplicable pasividad de las autoridades competentes, que en este caso, por razones desconocidas, han tolerado tan grave omisión.

Por lo que hace a nuestro país, parece necesario evocar el texto de la NOM-051-SCFI/SSA1-2010, Especificaciones Generales de Etiquetado para Alimentos y Bebidas no Alcohólicas Preenvasados-Información comercial y sanitaria, publicada en el *DOF* del 5 de abril de 2010, pues como se verá a continuación, su texto es por demás claro en cuanto a su obligación de informar al público sobre los ingredientes de los mencionados satisfactores.

- a) Es ilustrativo dar cuenta de que en la elaboración de dicha NOM participó la entidad refresquera que constituye la principal rival de la Coca-Cola, como lo es PepsiCo México.
- b) Como objetivo y campo de aplicación de dicha NOM se mencionan los siguientes: “1. Objetivo y campo de aplicación.- 1.1 Objetivo.- Esta Norma Oficial Mexicana tiene por objeto establecer la información comercial y sanitaria que debe contener el etiquetado de los alimentos y bebidas no alcohólicas preenvasados de fabricación nacional o extranjera, así como determinar las características de dicha información.- 1.2 Campo de aplicación.- Esta Norma Oficial Mexicana es aplicable a todos los alimentos y bebidas no alcohólicas preenvasados de fabricación nacional y extranjera destinados al consumidor en territorio nacional”.
- c) “3.25 Ingrediente. Cualquier sustancia o producto, incluidos los aditivos, que se emplee en la fabricación, elaboración, preparación o tratamiento de un alimento o bebida no alcohólica y esté presente en el producto final, transformado o no”.

continúa

continuación

- d) “4. Especificaciones.- Requisitos generales del etiquetado.- 4.1.1 La información contenida en las etiquetas de los alimentos y bebidas no alcohólicas preenvasados debe ser veraz y describirse y presentarse de forma tal que no induzca a error al consumidor con respecto a la naturaleza y características del producto”.
- e) “4.2 Salvo lo indicado en el siguiente párrafo, son requisitos obligatorios de información comercial y sanitaria los siguientes...- 4.2.2 Lista de ingredientes.- 4.2.2.1 En la etiqueta de los productos preenvasados cuya comercialización se haga en forma individual, debe figurar una lista de ingredientes, la cual puede eximirse cuando se trate de productos de un solo ingrediente.- 4.2.2.1.1 La lista de ingredientes debe ir encabezada o precedida por el término ingredientes.- 4.2.2.1.2 Los ingredientes del alimento o bebida no alcohólica preenvasado deben enumerarse por orden cuantitativo decreciente (m/m)”.
- f) “4.2.2.3 Se deben declarar todos aquellos ingredientes o aditivos que causen hipersensibilidad, intolerancia o alergia, de conformidad con los ordenamientos jurídicos correspondientes”.

Pues bien, a principios de marzo de 2011 la prensa mexicana transmitió un mensaje procedente de Atlanta, Estados Unidos de América, que en cierto programa radiofónico el conductor, un tal Ira Glass informó que había encontrado la fórmula original de la Coca-Cola, sepultada en una serie de documentos del *diario Atlanta Journal-Constitution*, noticia que, por supuesto, rápidamente dio la vuelta al mundo.

Pues bien, de inmediato la empresa titular de la marca hizo saber que la receta así difundida es imprecisa y que la fórmula auténtica de la Coca-Cola permanece en una bóveda bancaria ubicada en Atlanta y que sólo un puñado de ejecutivos conoce el secreto de los ingredientes.

El reportaje puso de manifiesto que, si bien al común de la gente le fascina enterarse de secretos, también le encanta que existan. Por tanto, mientras Coca-Cola desestime las imitaciones, muchos consumidores aún creerán que sólo hay una real Coca-Cola, que nunca les habrá sabido tan bien.

Mas todo ello no explica ni justifica la conducta de las autoridades sanitarias que toleran la venta de una bebida, nada menos que la de mayor consumo en todo el mundo, Coca-Cola, sin que se conozcan sus ingredientes.

Ahora bien, al escribirse estas notas, apareció, en algunas publicaciones mexicanas, un amplio desplegado en el que, con grandes titulares, dicha empresa afirma que no tiene “nada que ocultar”, pues en calidad de pionera en la industria de bebidas, informa, mediante un etiquetado inserto en los envases, en gráficas, el contenido de calorías, azúcares, grasas totales y sodio de sus productos, lo cual es cierto, pero en cambio nada se informa sobre los “concentrados coca-cola”, pues no se expresa en qué consisten los mismos, merced a lo cual se mantiene en secreto la verdadera fórmula del citado refresco.

continúa

continuación

Pero además, y dentro del mismo tema, a principios de abril de 2011 se publicó una noticia en el sentido de que, con una inversión de 31.7 millones de pesos, PepsiCo inauguró su Centro de Servicios Financieros, con el cual se propone celebrar más de 1.6 millones de operaciones al mes.

Así pues, de esta forma se mantiene la hoy llamada “guerra de las colas”.

Pero además, la ineficacia de las leyes en materia de competencia ha trascendido las fronteras mexicanas, a tal punto que la OCDE emitió, durante febrero de 2010, un boletín en el que se pronunció, literalmente, en esta forma: “La legislación en México en materia de competencia tiene sanciones bajas y no hay razón para que las compañías las obedezcan. Vale más la pena violar la ley porque los costos serán menores que los beneficios obtenidos”. El propio organismo mencionó algunos aspectos obvios en esta materia, e incluso formuló algunas sugerencias, de las que no se han hecho eco nuestras autoridades: nadie debe obtener beneficios financieros por violar la ley, luego deben elevarse las sanciones económicas e imponer penas carcelarias por prácticas anticompetitivas, tal como ocurre ya en Italia, Japón, Polonia, Rumania, Inglaterra, Holanda y los Estados Unidos de América, en los que la pena máxima para estos supuestos es de 10 años.

Y un buen ejemplo de lo apuntado por la OCDE es el dado a conocer a fines de marzo de 2011. Una diaria publicación periodística informó sobre la existencia de, por lo menos, siete empresas que desde hace 10 años venían operando seguros de responsabilidad profesional en materia de salud sin la autorización requerida por las leyes mexicanas, con la circunstancia, además, de que mediante empleo de pólizas falsas, ofrecían ventajas superiores a los beneficios con los que se operan legalmente los referidos seguros. Se informó, además, que algunas de estas empresas utilizaban pólizas de entidades aseguradoras obtenidas también indebidamente.

Como es lógico, cuando los asegurados reclamaban el pago de ciertos siniestros, no recibían respuesta alguna.

5 bis.16 La protección del consumidor

Ante la irrefrenable circunstancia de que el éxito de las empresas comerciales depende de la confianza del consumidor en los productos o servicios de las mismas, resultan por demás importantes y reveladores los reportes que periódicamente rinde el Instituto Nacional de Estadística y Geografía (INEGI), bajo la denominación Índice de Confianza del Consumidor (ICC). Así, en mayo de 2009 dicho INEGI reportó que tal ICC se situó, durante dicho mes, en

continúa

continuación

su nivel mínimo histórico desde abril de 2001, en que se inició la medición de tal indicador.

Apenas si hace falta comentar tal reporte, en cuanto revelador de cierto índice de generalizada desconfianza por parte de los consumidores.

Pues bien, antes de llevar adelante el examen de la legislación mexicana en materia de protección al consumidor, me ha parecido conveniente pasar revista a algunos aspectos doctrinales sobre la materia, a cuyo efecto echaré mano de lo que exponen dos preclaros tratadistas argentinos, **Ramón Daniel Pizarro** y **Carlos Gustavo Vallespinos**,²⁷ quienes se expresan de la siguiente manera:

A fines del siglo XVIII las sociedades más avanzadas experimentaron una constante aceleración industrial y tecnológica, que se constituyó en un importante factor de cambio, lo que se complementó con la creciente concentración de riquezas en manos de unos pocos, que a su vez operó un cambio en la visión del proceso económico, que tuvo incidencia en múltiples aspectos y contribuyó a delinear la figura del consumidor. El nuevo ámbito económico se apoyó en la capacidad potencial ilimitada de producción seriada y en la nueva concepción de empresa.

A su vez, el advenimiento de la sociedad de masas resultó ser la consecuencia lógica de dos fenómenos claros de nuestro tiempo: la explosión demográfica de principios de siglo y la concentración en torno a las grandes urbes. Todo ello trajo consigo el aumento de las expectativas de alcanzar un mejor nivel de vida y acceder a bienes y servicios por parte de sectores que hasta entonces habían permanecido marginados; finalmente, el fenómeno del consumismo.

Desde el punto de vista jurídico, la concepción de consumidor puede ser utilizada en dos sentidos: uno abstracto y el otro concreto y legal. La noción abstracta incluye como consumidores a todos los ciudadanos en cuanto aspiran a tener una adecuada calidad de vida, ello conduce a que todos seamos consumidores en potencia, aun cuando no realicemos un acto de consumo en sentido estricto.

La noción legal de consumidor es mucho más concreta y procura determinar, con un criterio normativo específico, quién debe merecer la tutela específica que se dispensa. El derecho comparado ofrece distintos criterios comparados.

Con arreglo a una concepción amplia, consumidor es toda persona que contrata, como cliente, con un empresario o profesional. Empero, tan amplia concepción puede conducir a una indebida asimilación de la tutela jurídica que se dispensa a los consumidores y a quienes no asumen tal carácter, como lo son los empresarios dentro del ámbito de su actividad específica.

²⁷ *Instituciones de derecho privado. Obligaciones*, t. 1, Editorial Hammurabi, 1a. ed., marzo de 1999, 2a reimp., abril de 2006, págs. 97 y siguientes.

En otra línea de pensamiento, propiamente restrictiva, el consumidor es una persona física que adquiere bienes o servicios para un uso privado, familiar o doméstico, con lo cual quedan descartadas las personas jurídicas como posibles consumidores y también las personas físicas que realizan una operación dentro del ámbito de la empresa, versión esta última que es la más difundida en el derecho comparado.

Pues bien, con todo lo anterior ha hecho su aparición una nueva rama del derecho, calificada como derecho del consumo, que comprende el conjunto de normas y principios que regulan las relaciones jurídicas de consumo entre los consumidores y los proveedores profesionales de bienes y servicios. A estas alturas, el derecho del consumo adopta las siguientes características: es interdisciplinario, ha alcanzado autonomía, pues constituye una nueva disciplina jurídica; abarca la comprensión de intereses de consumo, que pueden ser individuales y supraindividuales, vale decir, colectivos y difusos; es esencialmente dinámico, flexible y mutable; tiene una confesada tendencia a la protección del consumidor o usuario, que frecuentemente se plasma en disposiciones por lo general imperativas, estatutarias y de orden público; por último, contribuye de manera específica a alcanzar un equilibrio de mercado más avanzado, pues no sólo favorece los intereses de los consumidores sino también de los proveedores de bienes y servicios, que igualmente dispone de reglas claras y transparentes para competir. En cuanto al consumidor, participa de dos derechos primarios fundamentales: el de acceso a consumo y a la libertad de elección, así como el de libertad de expresión para el consumo. Pero también disfrutan de derechos sustanciales, como son el de protección de la salud, a la seguridad y a la prevención y reparación de daños, a una información adecuada y veraz, así como a la protección de sus legítimos intereses económicos, e igualmente a un trato digno y equitativo.

Hasta aquí las expresiones de **Pizarro y Vallespinos**.

A la vista de las anteriores consideraciones, daré cuenta, a continuación y con brevedad, del régimen legal mexicano en materia de protección del consumidor, por ahora sólo a la vista de la *LFPC*.

La PROFECO, salvo que se trate de la competencia de otras autoridades, tendrá como misión la vigilancia y verificación necesarias en los lugares donde se administren, almacenen, transporten, distribuyan o expendan productos o mercancías o en los que se presten servicios, incluyendo el tránsito.

A tal efecto, actuará de oficio conforme a lo dispuesto en la misma *LFPC* y con arreglo al procedimiento previsto por la *Ley Federal de Procedimiento Administrativo*. Si se trata del cumplimiento de NOM's con arreglo a la *Ley Federal sobre Metrología y Normalización* (art. 96).

La PROFECO está procesalmente legitimada para ejercer, ante los tribunales competentes, las llamadas acciones de grupo o colectivas en representación de los consumidores, a fin de que dichos órganos dicten, si procede, sentencia que declare, si es el caso, que una o varias personas han realizado una conducta que ocasionó daños o perjuicios a los consumidores y, en con-

secuencia, proceda la reparación por la vía incidental a los interesados que acrediten su calidad de perjudicados, en la inteligencia de que los daños y perjuicios, en su caso, no podrán ser inferiores al 20 % de los daños y perjuicios. También está facultada para expedir mandamiento de impedir, suspender o modificar la realización de conductas que ocasionen daños o perjuicios a los consumidores o que previsiblemente puedan ocasionarlos (art. 26)

Cuando dicha PROFECO detecte violaciones a la Ley de que se trata y demás disposiciones aplicables, podrá informar que se ordene a los consumidores, individual o colectivamente, incluso a través de medios de comunicación masiva, sobre las acciones u omisiones de los proveedores que afecten sus intereses o derechos, así como la forma en que los proveedores los bonificarán, a cuyo efecto éstos deberán acreditar el cumplimiento de dicha orden, pues, de no hacerlo, se aplicarán las sanciones que correspondan (art. 98 *bis*).

Dentro del mismo escenario, a principios de abril de 2011 se supo que la Cámara de Senadores de nuestro país comenzó a operar un expediente de discusión en contra de los llamados monopsonios, que son las figuras comerciales por virtud de las cuales se concentra la existencia de un solo comprador de ciertos productos o servicios, a su vez facultado para revenderlos con arreglo a sus intereses. Se trata, en otras palabras, de un monopolio de compra, lo que facilita al comprador la fijación de precios por ambos lados, pero a la vez impide la existencia de otros compradores respecto del mismo productor o distribuidor.

También se anunció que el Senado estaba planeando una serie de reformas a la *LFCE*, con arreglo a las cuales se facultaría a la *CFC* para actuar en contra de las grandes cadenas comerciales, varias de ellas transnacionales, o con los intermediarios en el sector agropecuario, cuya forma de operar afecta negativamente la competencia económica, en particular de los pequeños y medianos empresarios.

Un rostro más de la competencia desleal, hasta ahora carente de sanción por parte de la PROFECO, es el consistente en la operación de los llamados contratos de adhesión, con arreglo a los cuales los consumidores se ven obligados a conformarse con lo que ofrecen los proveedores de bienes y servicios, pues sólo tienen a su alcance dos opciones: aceptar las condiciones o prescindir del bien o del servicio respectivo, lo cual es por demás grave en la telefonía, la televisión por cable y algunas otras actividades de las que no es fácil prescindir.

Así pues, con frecuencia se hace notar que son precisas reformas a las leyes respectivas y al ejercicio de sus facultades por parte de la PROFECO en

la lucha contra las prácticas monopólicas que tanto dañan el patrimonio de los consumidores.

5 bis.17 Las nuevas proyecciones del pequeño comercio

A mediados de marzo de 2011 los cuatro grupos de autoservicio más grandes del país, Wal-Mart, Soriana, Chedraui y Comercial Mexicana, anunciaron su propósito de operar con tiendas pequeñas en poblados de escasos habitantes, habida cuenta de que más del sesenta por ciento de las nuevas tiendas serán del tipo bodega, mini bodega y express.

Tal decisión se explica por varias razones: *a)* falta de disponibilidad de terrenos amplios en las ciudades de mediana o gran importancia; *b)* incursionar en medianos o pequeños poblados a los que no han llegado las grandes tiendas de supermercados, y *c)* austeridad en la operación de pequeñas tiendas, con un surtido mucho más reducido que el de las actuales. Por el contrario, como es bien sabido, mercados como los de Monterrey, Guadalajara, Ciudad de México, Puebla y Querétaro ya muestran saturación y escasez o grave carestía de predios.

5 bis.18 Responsabilidades e insolvencia de la empresa: concurso y quiebra

En cuanto entidades inmersas en la vida del comercio, las empresas mercantiles viven expuestas a incurrir en responsabilidades de la más diversa índole, que conviene mencionar aquí, por virtud de las repercusiones del tema en el patrimonio de las propias empresas, pero también en la vida, la salud y el patrimonio de los terceros con quienes contratan, sin olvidar la importante función que en todo ello desempeñan las instituciones aseguradoras, facultadas para cubrir gran parte de dichas responsabilidades.

Por todo ello, es ilustrativo dar cuenta de que en 2008 las empresas mercantiles destinaron una suma cercana a 142,000 millones de dólares para el pago de las primas de dichos seguros de responsabilidad civil. Estados Unidos de América que es, con creces, el mercado más grande en éste como en tantos otros aspectos comerciales, genera el 54 % de las primas de estos seguros a escala mundial, lo que se explica a la vista de las dimensiones que ha alcanzado la economía en dicho país y el ingente volumen de pleitos que en el mismo se entablan permanentemente.

Ahora bien, con el seguro de responsabilidad civil pueden cubrirse riesgos desconocidos e inesperados, que pueden desembocar en pérdidas considerables, resultantes de la interacción entre las innovaciones tecnológicas y los cambios en el entorno social y jurídico.

De esta suerte, una empresa comercial de escasas dimensiones puede incurrir en crecidas responsabilidades, como lo fue el caso de un fallo técnico en el control de calidad de un productor de alimentos para lactantes, que tuvo como consecuencia un producto defectuoso que se suministró a miles de bebés. El efecto desencadenó graves problemas de salud en cierto número de estos suministros e incluso provocó algunas muertes. Declarada culpable la empresa, tuvo que pagar 16 millones de dólares por daños y perjuicios, suma equivalente a una cuarta parte de los fondos propios de la empresa o cuatro veces sus beneficios anuales.

Véanse, a continuación, las responsabilidades civiles en que pueden incurrir las empresas comerciales:

- Daños medioambientales.
- Daños causados por productos defectuosos en la concepción, el diseño, la fabricación, el almacenamiento, el transporte del producto o por uso incorrecto de parte del consumidor.
- Retiro de productos del mercado por defectos en su fabricación o por disposición de autoridad.
- Responsabilidad profesional, errores u omisiones de empresas que ofrecen servicios profesionales de la más diversa índole: contabilidad, auditoría, consultoría, servicios jurídicos, arquitectos, médicos, transportes, etcétera.
- Errores o excesos de altos funcionarios.
- Accidentes laborales.
- Discriminación, acoso sexual y conductas similares.

Ahora respecto de los estados de insolvencia económica de las empresas, que, como es bien sabido, puede conducir al concurso e incluso a la quiebra, parece necesario repetir aquí las palabras del entonces presidente de la SCJN, **Guillermo I. Ortiz Mayagoitia**, quien ha expresado²⁸ que el siglo XXI enfrenta un empobrecimiento en el significado del concepto “empresa, pues más que una unidad con proyección social y con unidad colectiva parece definirse como unidad que genera rentas de calidad y que compite con los sistemas bancarios y financieros en operaciones de corto plazo; pero

²⁸ Prólogo al libro *Los grupos de empresas*, de **Judith Saldaña Espinoza**, Editorial Porrúa, 2009, págs. I-XIII.

además, toda empresa, sin importar la naturaleza de sus actividades, debe tener sólo un propósito: ampliar sus márgenes de utilidad, en lo cual compiten todas, luego parece que se lucha por inversionistas más que por clientes”.

Hasta aquí las expresiones de **Ortiz Mayagoitia**, pero ahora con referencia a lo expresado por **Judith Saldaña Espinoza** en el mismo libro, a continuación se transcribirán algunas ideas de dicha autora, que enfoca su atención en los consorcios de empresas, que fueron desde el siglo xx la forma mercantil dominante, pues la capacidad organizativa de los grupos de empresas contribuye al crecimiento económico en las economías avanzadas.

Ahora bien, el concurso mercantil configura una opción judicial para tratar de resolver la problemática de las empresas ante la falta de liquidez, que incumplen de manera generalizada, el pago de sus obligaciones, fenómeno económico-jurídico que interesa a los particulares afectados, pero también al Estado, que tiene un explicable interés en conservar las empresas. Los órganos del concurso mercantil son de dos tipos, pero mediante su actuación la LCM se propone poner en práctica el enfoque multidisciplinario que requiere la solución de los problemas financieros de las empresas. Tales son los especialistas y los interventores.

La práctica muestra la tendencia creciente hacia el funcionamiento de las sociedades mercantiles en grupos con distintas formas de integración y de organización económica, con una identidad societaria única y la frecuente titularidad de las acciones de una por otra, con lo cual opera el control directo o indirecto de las empresas del grupo y tal fenómeno es tan generalizado que en la actualidad sólo las empresas privadas pequeñas de propiedad individual o familiar operan de manera independiente, pues la gran mayoría está constituida por grupos en ocasiones incluso transnacionales, que proyectan la imagen de una entidad empresarial única, pero en el fondo se mantiene la personalidad jurídica de cada uno de los integrantes del grupo.

5 bis.19 Comercialización de la banca; bancarización del comercio

Es fácilmente notable la forma en que las entidades puramente comerciales, principalmente las minoristas, vienen incursionando en actividades bancarias, si bien no debe excluirse la posibilidad de que sea la banca la que está incursionando en el comercio, *lato sensu*.

En efecto, los centros comerciales minoristas se están convirtiendo en sucursales bancarias, sin objeción alguna por parte de la SHCP y de la CNBV,

las que incluso ven con simpatía esta forma de operar, por estimar que de ese modo se aprovechan los puntos de venta de las entidades minoristas para brindar servicios bancarios a la población de menores recursos, la que al principio realizó únicamente cuatro tipos de operaciones bancarias, mientras que en la actualidad ya se pueden efectuar muchas otras. Así, hasta ahora los usuarios sólo vienen aprovechando las operaciones de depósito o retiro de efectivo, consulta de saldos y pago de servicios, si bien se espera que prontamente la CNBV autorice la realización de otra amplia gama de operaciones hasta ahora puramente bancarias.

Pero además, en algunos casos los accionistas de las tiendas comerciales de autoservicio han optado por constituir instituciones de crédito que operan como bancos y que actúan dentro de los locales de dichas entidades puramente comerciales. Son los casos del Banco Wal-Mart y del Volkswagen Bank.

Por cierto, la prensa mexicana del 16 de marzo de 2011 dio cuenta de que dicho Banco Wal-Mart multiplicaría por diez su cartera de crédito, la cual en 2010 había sido de 178 millones de pesos; se informó también que instalará 65 nuevos puntos de venta en varias entidades del país, incluidas algunas donde no tiene presencia, con todo lo cual se procederá a la apertura de 65 nuevas sucursales, en todas las cuales mantendrá un portafolio básico, integrado por cuentas de inversión, chequeras, tarjetas de crédito, de débito, en unión de algunas especiales mediante las cuales se otorgará crédito a los proveedores.

Así, durante abril de 2010 se hizo pública la alianza entre el Banco del Ahorro Nacional y Servicios Financieros (BANSEFI) y la empresa estatal Distribuidora Conasupo, S.A. (DICONSA); en razón de ello, los puntos de venta asumieron también la función de sucursales bancarias, con lo cual se aprovecharon los 23,000 puntos de venta que ya tenía DICONSA, de los cuales 4,800 implantaron los mecanismos técnicos necesarios para leer huellas digitales, lo que ha permitido llevar adelante las operaciones de retiro de dinero. En cambio, se viene logrando superar las dificultades técnicas que plantea la formalización de las cajas de ahorro, si bien algunas de ellas ya se encontraban operando al darse a conocer lo anterior.

Con parecido esquema vienen operando cadenas comerciales minoristas como Mix Up, Oxxo, 7 Eleven, Farmacias del Ahorro, Farmacias Benavides, Farmacias Guadalajara, Waldo's, Office Max y algunas otras, no menos que centros comerciales tan famosos como Sears, Sanborn's, Coppel, Comercial Mexicana, Chedraui, Soriana, Wal-Mart y hasta Telecom Telégrafos.

También empresas gasolineras se han venido incorporando a las operaciones bancarias y comerciales de que se trata. En efecto, se ha llegado a saber que el sector gasolinero tiende a recomponerse por virtud de que la mayoría de las 9,106 estaciones de servicio que operan en el país son pequeñas empresas y de que alrededor del 60% son de sociedades familiares, de tal manera que la mayoría de ellas venden por debajo de 500,000 litros de combustible al mes, lo que les arroja una utilidad francamente reducida. Tal estado de cosas ha sido aprovechado por los propietarios de algunas de las llamadas tiendas de conveniencia, que vienen ofreciendo en renta a los franquiciatarios de Pemex espacio para instalar empresas gasolineras, lo que dicho organismo estatal viene propiciando, en razón de que dichas tiendas ofrecen una entrada adicional que les ha permitido sobrellevar el negocio de la venta de combustibles. El caso más conocido es el de las tiendas Oxxo, que mediante el pago de cantidades que fluctúan entre 8,000 y 20,000 pesos mensuales tiene, entre propias y franquiciadas, más de 900 tiendas dentro de las gasolineras. Por su parte, la entidad franquiciataria de 7 Eleven adquirió, durante 2010, las 104 tiendas de conveniencia de la cadena am/pm.

Importa dejar claramente asentado que estas corresponsalías bancarias quedaron plenamente reconocidas mediante una amplia serie de reformas a las Disposiciones de Carácter General Aplicables a las Instituciones de Crédito, publicadas en el *DOF* del 15 de abril de 2010.

Ahora bien, la bancarización de los centros comerciales ha dado lugar a la expedición de una muy amplia serie de disposiciones por parte de las autoridades competentes, principalmente por razón de que en algunos casos no se trata de entidades sujetas a la CNBV, sino a la PROFECO, por lo cual resulta necesario dejar aquí mencionadas una serie de disposiciones, puramente bancarias algunas y otras no reguladas por la referida autoridad, sino por la PROFECO.

Por su parte, la Asociación de Bancos de México (ABM) informó que esta figura de los corresponsales bancarios cerró 2010 con 5302 establecimientos como hoteles, comercios y tiendas tipo *Duty Free*, en los que se pueden comprar y vender dólares.

Ahora bien, esta figura de corresponsales bancarios surgió después de que la SHCP limitó la compraventa de dólares en efectivo en los bancos del país, durante junio de 2010. Así las cosas, el 10 de septiembre del mismo año entró en vigor la figura del corresponsal bancario, mediante la cual se facultó a determinados negocios, que fueron autorizados por la CNBV para realizar operaciones bancarias por cuenta de los bancos.

1. A mediados de julio de 2008 se obligó a las cadenas comerciales que otorgan créditos sin intermediación bancaria, como son los casos de El

Palacio de Hierro, Liverpool, Sears, Sanborn's y otras, a transparentar la publicidad de los contratos de adhesión que celebran con sus clientes, así como los estados de cuenta que emiten, por estimar que en este sector no operan las reglas en materia de secreto bancario.

2. Las entidades comerciales deben informar a los consumidores cuál es el costo anual total (CAT) del crédito otorgado, los plazos y pasos para cancelarlo y explicarles claramente cuáles son los riesgos de acceder a un crédito comercial en cuanto a pagos y morosidad. Pero además, los contratos de adhesión deben contener no más de doce puntos y ocho cláusulas, con tipografía superior a los ocho puntos.
3. Siempre con arreglo a las disposiciones de carácter general consignadas en la *Ley para la Transparencia y Ordenamiento de los Servicios Financieros*, la PROFECO está facultada para sancionar a las entidades que incurran en incumplimiento de lo anterior, con multas equivalentes que van de 2,000 a 5,000 salarios mínimos y, en caso de incumplimiento sobre información del CAT, la sanción puede ir de doscientos diez mil hasta un millón ciento cincuenta y un mil pesos.
4. Merced a lo anterior, el crédito al consumo abarca más de ocho millones de tarjetahabientes de tiendas comerciales.
5. En cuanto a las instituciones de ahorro y crédito popular, que vienen captando ilegalmente recursos del público, merced a que no actúan bajo la vigilancia de la CNBV, se ha venido opinando que sus indebidas operaciones sólo serían sancionables cuando cometan un delito, todo ello más allá de las disposiciones consignadas en la *Ley de Ahorro y Crédito Popular*, en cuyos términos deben registrarse en una de las federaciones respectivas, que son entidades encargadas de supervisar las operaciones de tales intermediarias.
6. Por lo que se refiere al secreto bancario suizo, está siendo objeto de graves censuras, principalmente por parte del Departamento de Justicia de los Estados Unidos de América, que recientemente planteó una demanda en contra de dichos bancos suizos para que se le permita el acceso a las cuentas de 52,000 clientes, por presunta evasión de impuestos y, en algunos casos, ilegales transacciones ocultas para las autoridades de los Estados Unidos de América. Se sabe que en algunos casos la entidad supervisora de los bancos suizos ha accedido a la revelación de los informes requeridos por la autoridad estadounidense. Frente a ello, tanto las autoridades bancarias como el gobierno suizo, han hecho saber que el principio de secrecía se mantendrá incólume.

En cambio, a principios de junio de 2009, los gobiernos suizo y mexicano firmaron una convención para evitar la doble imposición fiscal y,

lo que es más importante, para levantar el secreto bancario en los intercambios de informaciones fiscales.

Por su parte, la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OCDE) ha requerido al gobierno suizo que facilite la búsqueda internacional de evasores fiscales, por estimar como demasiado restrictivos sus actuales requerimientos para la asistencia legal en estos casos.

7. En lo que hace a la dualidad de tratamiento de las operaciones crediticias, algunas de las cuales, como tantas veces se ha dicho, son practicadas por entidades no sujetas al control y vigilancia de la CNBV, el legislador nacional se vio obligado a adicionar y reformar las diversas leyes reguladoras de estas operaciones crediticias, como la *Ley de Instituciones de Crédito*, la *Ley para la Transparencia y Ordenamiento de los Servicios Financieros* y la *Ley de Protección y Defensa al Usuario de Servicios Financieros*.
8. A continuación se hará una sucinta referencia a las principales disposiciones reformadas, adicionadas y derogadas a dichas leyes, según decreto publicado en el DOF del 25 de junio de 2009:

Ley de Instituciones de Crédito:

- a) Las instituciones de crédito deben tomar las medidas necesarias para que sus clientes puedan dar por terminados los contratos de adhesión celebrados entre ambas partes, tanto en operaciones activas como pasivas, mediante un escrito en el que manifiesten su voluntad de dar por terminada la relación jurídica, en la inteligencia de que los clientes pueden, en cualquier momento, celebrar las mismas operaciones con otra institución de crédito. La CONDUSEF emitirá disposiciones de carácter general sobre los requisitos y procedimientos para que surta efectos la terminación de tales operaciones, a cuyo efecto la propia CONDUSEF atenderá las reclamaciones que deriven del precepto de que se trata (art. 48 *bis* 5);
- b) Las instituciones de crédito deberán tomar las medidas necesarias para identificar y conocer a sus clientes, así como para determinar sus objetivos de inversión respecto de las operaciones con valores y las derivadas que realicen en cumplimiento de fideicomisos, mandatos, comisiones y contratos de administración. Para ello, las instituciones de crédito deberán suministrar a su clientela la información necesaria para la toma de decisiones de inversión, con arreglo a las disposiciones de carácter general que expida la CNBV. Al celebrar tales operaciones, las instituciones de crédito deberán ajustarse al perfil que corresponda a cada uno de sus

clientes, pues, de no ser así, deberán recabar el consentimiento expreso del mismo (art. 81 *bis*);

- c) La CONDUSEF podrá emitir disposiciones de carácter general en las que se definan las actividades que se aparten de las sanas prácticas y usos relativos al ofrecimiento y comercialización de las operaciones y servicios financieros a fin de ajustarse, en todo momento, a la protección de los intereses del público (art. 94 *bis*);
- d) Tanto las instituciones de crédito como las demás personas morales reguladas por la Ley de que se trata, deberán ajustarse a las disposiciones de carácter prudencial que emita la CNBV, así como a la demás normativa que, en el ámbito de su competencia, emita el Banco de México, orientadas a preservar la solvencia, liquidez y estabilidad de las instituciones y las personas morales reguladas por la Ley de que se trata, las que, a su vez, deberán cumplir las disposiciones generales que emita la CONDUSEF, en el ámbito de su competencia (art. 96 *bis*);
- e) La CNBV y la CONDUSEF deberán publicar en el *DOF* las disposiciones y reglas generales que emitan en ejercicio de sus facultades, así como los actos administrativos que deban publicarse en el mismo medio (art. 98 *bis*);
- f) Las instituciones de crédito deberán abstenerse de proporcionar, para cualquier fin, incluso la comercialización de productos o servicios, la información que obtengan con motivo de la celebración de operaciones con sus clientes, salvo que cuenten con el consentimiento expreso de los mismos, el cual deberá constar en una sección especial dentro de los contratos respectivos, y siempre que tal consentimiento se refiera, especial y adicionalmente, al requerido para la celebración de la operación o servicio solicitado (art. 106-XX);
- g) La CNBV y la CONDUSEF, en el ámbito de sus respectivas competencias y para determinar si la infracción administrativa cometida se considera grave, deberán tomar en cuenta, además de las circunstancias previstas por el art. 107 *bis*, las demás circunstancias que ambas Comisiones consideren aplicables para tales efectos (art. 107 *bis*-IV-f);
- h) La sanción de multa prevista por el art. 108-IV y el nuevo art. 108 *bis* 2 vino a determinar que las infracciones a la misma Ley o a las disposiciones que sobre el mismo tema emita la CONDUSEF, se sancionarán con multa administrativa que impondrá la propia Comisión, en razón de días de salario mínimo vigente para el Distrito Federal, por las cantidades que se indican en tal precepto. Sin embargo, la CONDUSEF podrá abstenerse de imponer las referidas sanciones cuando la infracción se refiera a hechos, actos u omisiones que no revistan gravedad ni constituyan delito o pongan en peligro los intereses de terceros.

Ley para la Transparencia y Ordenamiento de los Servicios Financieros:

- a) Son autoridades, para efectos de esta Ley, la CONDUSEF, el Banco de México y la PROFECO, esta última respecto de las entidades puramente comerciales (arts. 2 *bis* y 3);
- b) Contrato de adhesión es el documento elaborado unilateralmente por las entidades financieras para establecer, en formatos uniformes, los términos y condiciones aplicables a la celebración de las operaciones que realicen con sus clientes. Si se trata de entidades puramente financieras, se considerarán las operaciones pasivas, activas o de servicio y, respecto de entidades comerciales, las operaciones de crédito, así como los préstamos o financiamientos (art. 3-V);
- c) Los créditos al consumo podrán otorgarse en moneda nacional, extranjera o en UDIS, siempre que el monto no exceda el equivalente a tres millones de UDIS, o bien se trate de créditos para la adquisición de bienes de consumo duradero o de operaciones de arrendamiento financiero celebradas con personas físicas (art. 3-V *bis*);
- d) El Banco de México compartirá con la CONDUSEF la información de las comisiones registradas en términos del art. 6 de la Ley de que se trata, a través de los medios que se pacten para tales efectos, a fin de que la propia CONDUSEF las dé a conocer en su página electrónica;
- e) Las entidades financieras deberán contar en sus sucursales o establecimientos con información actualizada sobre montos, conceptos y periodicidad de las comisiones en carteles, listas y folletos visibles de forma ostensible a efecto de permitir que tal información se obtenga a través de un medio electrónico ubicado en las sucursales o establecimientos. La CONDUSEF, mediante disposiciones de carácter general, especificará lineamientos estandarizados para que la información sea accesible a los clientes (art. 7);
- f) Los contratos de adhesión que utilicen las entidades financieras para documentar operaciones masivas deberán cumplir con los requisitos que, mediante disposiciones de carácter general, establezca la CONDUSEF, y en ellas se indicarán los tipos específicos de contratos de adhesión a los que sean aplicables tales disposiciones y lo que debe entenderse por operaciones masivas (art. 11);
- g) La utilización de una carátula para los contratos de adhesión que se definan en las disposiciones citadas, para que faciliten su lectura, comprensión y comparación, deberá contener las siguientes menciones: los elementos esenciales de la operación que permitan al cliente establecer comparación con los servicios del mismo tipo ofrecidos por otras entidades; las

advertencias en materia de tasas y comisiones que representen las penalidades para el cliente y los supuestos en los que serían aplicables; campos claros que permitan distinguir términos y condiciones con respecto a comisiones, tasas de interés, el CAT y el total del monto a pagar en el caso de créditos, préstamos o financiamientos; los demás que contribuyan a transparentar y facilitar su lectura, comprensión y comparación (art. 11-II *bis*);

- h) También deberá consignarse, en estos contratos de adhesión, el espacio donde deba firmar el avalista, fiador u obligado solidario, con advertencia sobre las consecuencias de firmar el contrato en caso de que el obligado principal incumpla su compromiso; por su parte, la CONDUSEF podrá requerir la inclusión de leyendas explicativas (art. 11-VII y VIII);
- i) Por su parte, la PROFECO, en el ámbito de su competencia, expedirá disposiciones regulatorias en cuanto a la forma y términos que deberá cumplir la publicidad relativa a las características de las operaciones activas, pasivas y de servicios y, además, podrá ordenar la suspensión de la publicidad que realicen las entidades comerciales, cuando la misma no se ajuste a lo previsto en la Ley de que se trata (art. 12);
- j) Los trabajadores tendrán derecho a solicitar a la institución de crédito respectiva que transfiera la totalidad de los recursos depositados a otra institución de crédito, sin que la primera pueda cobrar penalización alguna al trabajador (art. 18);
- k) Queda prohibido cobrar alguna comisión por concepto de sobregiro o intento del mismo en créditos, préstamos o financiamientos revolventes asociados a una tarjeta, así como de préstamos personales de liquidez sin garantía real (art. 18 *bis* 8)
- l) En todas las operaciones y servicios que operen las entidades financieras por medio de contratos de adhesión masivamente celebrados y hasta por los montos máximos que establezca la CONDUSEF, deberán proporcionar a los clientes la asistencia, acceso y facilidades para atender las aclaraciones relacionadas con dichas operaciones y servicios (art. 23).

Ley de Protección y Defensa al Usuario de Servicios Financieros:

- a) La CONDUSEF tendrá como finalidad promover, asesorar, proteger y defender los derechos e intereses de los usuarios frente a las instituciones financieras, arbitrar sus diferencias de manera imparcial y proveer a la equidad en las relaciones entre ellos, así como supervisar y regular a las instituciones financieras, siempre a fin de procurar la protección de los intereses de los usuarios. Igualmente procurará el establecimiento de pro-

gramas educativos y de otra índole en materia de cultura financiera, para lo cual los elaborará y propondrá a las autoridades competentes.

Las Instituciones Financieras por conducto de sus organismos de representación o por sí solas colaborarán con la Comisión Nacional en la elaboración de los programas educativos a que se refiere el párrafo anterior (art. 5o.);

- b) El procedimiento de conciliación sólo se llevará a cabo en reclamaciones por cuantías totales inferiores a tres millones de unidades de inversión, salvo que se trate de reclamaciones en contra de entidades aseguradoras, en cuyo caso la cuantía deberá ser inferior a seis millones de unidades de inversión (art. 68-I);
- c) En la audiencia respectiva se exhortará a las partes a conciliar sus intereses; para tal efecto, el conciliador deberá formular propuestas de solución y procurar que la audiencia se desarrolle en forma ordenada y congruente. Si las partes no llegan a un arreglo, el conciliador deberá consultar el Registro de Ofertas Públicas del Sistema Arbitral en Materia Financiera, previsto en esta misma Ley, a efecto de informar a las mismas que la controversia se podrá resolver mediante el arbitraje de esa Comisión Nacional, para lo cual las invitará a que, de común acuerdo y voluntariamente, designen como árbitro para resolver sus intereses a la propia Comisión Nacional, quedando a elección de las mismas, que sea en amigable composición o de estricto derecho. (art. 68-VII);
- d) El dictamen que emita la CONDUSEF contendrá una valoración técnica y jurídica elaborada con base en la información, documentación o elementos que existan en el expediente, así como en los que el organismo se hubiere allegado (art. 68 bis-I).

Empero, aquí resulta necesario dejar constancia de que, según es bien sabido, este mecanismo no ha operado como lo esperaban sus promotores, atento el panorama de inseguridad en el que se desenvuelve el país, ya que algunos servicios no se ofrecen por temor a que el manejo de grandes cantidades en efectivo ponga en peligro los recursos de que se trata, e incluso la salud y la vida de las partes en los contratos.

Según noticias periodísticas difundidas durante febrero de 2011, aunque en 2010 se pusieron en marcha más de 16,000 establecimientos como corresponsales bancarios, la mayoría de los cuales no opera con la totalidad de las operaciones permitidas por la CNBV, ante los citados temores. De esta suerte, la mayoría de los establecimientos actúan como receptores de pagos de créditos, de servicios y de cheques, no así, aunque las tienen permitidas, retiros en efectivo, pago de cheques, circulación de medios de pago y algu-

nas otras, lo que se justifica por la política de mantener muy poco dinero en las cajas.

A noviembre de 2010 se había autorizado a doce instituciones bancarias para ofrecer servicios a través de estos corresponsales, y se habían establecido contratos de corresponsalía con 660 comercios, los que cuentan con una red de 16,179 establecimientos, muchos de los cuales operan en lugares donde no existen sucursales bancarias, todo ello en beneficio de un crecido sector de la población.

Empero, como antes se dijo, la inseguridad ha impedido la consolidación de los planes operativos y comerciales de este tipo de servicios banca-comercio.

UNIDAD 6

Sociedades mercantiles

6.1 Concepto

Una vez más, se está aquí en presencia de un vocablo carente de clara acepción jurídica. En efecto, si hubiera de seguirse un lógico orden económico-jurídico, sería el siguiente:

- 1o. La asociación civil está constituida por una reunión de personas “... de manera que no sea enteramente transitoria, para realizar un fin común que no esté prohibido por la ley y que *no tenga carácter preponderantemente económico,...* (art. 2670, *C.Civ.*).
- 2o. Por su parte, la sociedad civil se sustenta en un contrato por virtud del cual “... 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*” (art. 2688, *C.Civ.*).
- 3o. La obligada conclusión tendría que ser en el sentido de que la sociedad mercantil debe tener un *carácter preponderantemente económico y que constituya una especulación comercial*.

Sin embargo, no es así. Y ello, a pesar de lo dispuesto por el art. 3o.-II, *C.Com.*, analizado *supra*, 4.2.2, en el sentido de que en nuestro sistema jurídico las sociedades mercantiles tienen el carácter de comerciantes. La complicación sube de punto si se recuerda que: “Las sociedades de naturaleza civil, que tomen la forma de las sociedades mercantiles, quedan sujetas al *Código de Comercio*” (art. 2695, *C.Civ.*) —entiéndase la *LGSM*—.

De todo ello se obtienen las siguientes conclusiones, con las cuales se conforma un régimen legal que no es precisamente claro:

- Las sociedades constituidas con arreglo a la *LGSM*, y a otras leyes mercantiles, tienen este último carácter.
- Dichas sociedades asumen, además, el carácter de comerciantes.
- Sin embargo, es posible que realicen actividades puramente civiles, lo que no impide que sean mercantiles y comerciantes.
- Por tanto, legalmente es posible que una sociedad sea mercantil y considerada comerciante, sin que realice actos de comercio.

Todo lo anterior, por absurdo, precisa de un reordenamiento legal.

Sin embargo, es necesario verter un concepto de sociedad mercantil, si bien de un decepcionante formalismo, visto que no es dado conformar alguno sustancial o finalístico: es mercantil una sociedad constituida conforme a las leyes mercantiles.

Con todo, no han faltado intentos definitorios; he aquí el de **Manuel García Rendón**:¹ “... agrupación de personas, permanente o transitoria, voluntaria u obligatoria, la cual se organiza para aportar bienes o servicios destinados a la realización de un fin común, y a la que el derecho atribuye o niega personalidad jurídica”.

Como fácilmente se aprecia, tal concepto es aplicable a prácticamente cualquier forma de colaboración, incluso de tipo laboral.

Un reciente proyecto de reformas a la *Ley de Sociedades Comerciales*, de Argentina, consigna el siguiente concepto, que encierra, como podrá apreciarse, aspectos de gran trascendencia: “Art. 1o.- Concepto.- Hay sociedad comercial cuando dos o más personas en forma organizada, se obligan a realizar aportes para aplicarlos a la producción o intercambio de bienes o servicios destinados al mercado, participando de los beneficios y soportando las pérdidas, así como también cuando, cualquiera sea su objeto, adoptan alguno de los tipos del Capítulo II...”.

Aparece aquí, si bien expresado de manera implícita, también un concepto de acto de comercio, por cuanto la consideración de sociedad comercial se condiciona a la

¹ *Sociedades mercantiles*, 2a. ed., Oxford University Press, México, 1999, pág. 3.

realización de actos que, directa o indirectamente, estén destinados al mercado, vale decir, a su operación masiva.

6.2 Naturaleza jurídica

Poco es lo que hace falta decir en cuanto a la naturaleza jurídica de las sociedades mercantiles, aunque sí mucho respecto de sus consecuencias.

Se trata, en resumen, de personas, si bien prontamente debe advertirse que, puesto que tal personalidad configura una ficción legal, impuesta por la necesidad de que actúen más allá de la personalidad de sus socios, con un patrimonio y una capacidad propios, se desenvuelven con una lógica y obligada *capitis deminutio*. Así, a pesar de que tienen nacionalidad, no pueden ser titulares de derechos políticos; aunque tienen un domicilio, éste no es propiamente una dirección como la de las personas físicas. Por ello, para diferenciarlas de estas últimas, se les conoce como personas morales o jurídicas que, aunque dotadas de capacidad jurídica, la misma está circunscrita por su objeto social.

Al respecto, los Gobiernos que constituyen la Organización de los Estados Americanos adoptaron, el 24 de mayo de 1984, la Convención Interamericana sobre Personalidad y Capacidad de Personas Jurídicas en el Derecho Internacional Privado, en cuyos términos:

Las personas jurídicas privadas, debidamente constituidas en un Estado Parte, serán reconocidas de pleno derecho en los demás Estados Partes (art. 3o.).

Sobre todo esto se volverá con más detalle *infra*, 7.1 y 7.2.

6.3 Presupuestos para su constitución

Los presupuestos de constitución y existencia de una sociedad mercantil son de dos tipos: humanos, que actuarán directamente o a través de otras personas morales, y patrimoniales, de los que se harán amplias consideraciones *infra*, 7.2.2. Los primeros serán los socios y los segundos constituirán el capital social.

Obviamente, los futuros socios deberán estar animados de un propósito común y decididos a encomendar su realización al nuevo ente social, a través de sus administradores. Y aunque estas sociedades son hechura del comercio, el propósito de obtener utilidad o ganancia a través de ellas

es implícito, pero nunca explícito, pues no configura cláusula estatutaria alguna.

En lo que se refiere a la necesidad de que concurren dos o más socios a la constitución y existencia de las sociedades mercantiles en México, amplias consideraciones se harán más adelante (*infra*, 10.2 *bis*) en cuanto a la conveniencia de admitir la posibilidad legal de que se constituyan sociedades de un solo socio.

6.3.1 *Affectio societatis*

Con tal expresión latina se denotan tres de los principios o notas propias de estas sociedades.

- La igualdad entre los socios, que en este caso tiene solamente efectos jurídicos, no así numéricos o patrimoniales. Con ello se quiere significar que no existe relación de subordinación entre los socios: todos tienen derecho de voto y de participar en las deliberaciones, a lo menos en las asambleas o juntas de socios.
- Implica también el derecho de todos los socios a percibir utilidades, pero también el deber de soportar las pérdidas en proporción al valor exhibido de sus aportaciones.
- Por último, la *affectio societatis* se extiende también a las obligaciones de los socios frente a la sociedad, la principal de las cuales es la de efectuar sus aportaciones. A ella se hará referencia en el siguiente apartado.

6.3.2 Aportaciones sociales

Puesto que, por regla general, las aportaciones de los socios pasan a constituir el capital social, sólo pueden efectuarse en dinero o en bienes diversos del numerario.

Aunque, ciertamente, la *LGSM* (art. 16-II) apunta la posible existencia de socios industriales, esto es, de los que aporten solamente servicios, todo parece indicar que ello no se ha dado, a lo menos en la práctica mexicana, sin duda por dos razones:

- a) Las serias dificultades que ofrecería la valuación dineraria de los servicios, cualquiera que fuese la naturaleza de ellos, como base para determinar las utilidades del aportante.
- b) La posibilidad, nada remota, de que tales servicios encubrieran una relación laboral o un simple contrato de prestación de servicios.

Independientemente de tales consideraciones, la verdad es que los meros servicios no podrían formar parte del capital social.

Es necesario afirmar que son aportables al capital social, además del dinero, bienes de toda especie, incluso los inmateriales, como los derechos de propiedad industrial y los autorales, examinados *supra*, 5.5.3, así como que el numerario puede estar representado por créditos de cualquier naturaleza, y que los demás bienes pueden aportarse por los diversos títulos legales, como son propiedad, uso, usufructo, habitación, comodato, autorización, licencia, servidumbre y demás legalmente posibles, en todo caso con dos requisitos, que son: *a*) que los bienes y los derechos se encuentren en el comercio; *b*) que tengan un valor patrimonial.

6.3.3 Fin común

En la práctica, así como en la doctrina y en la ley, conocido como objeto social, es la actividad o conjunto de actividades que los socios se proponen realizar a través de la sociedad. Aunque ya se dijo que esta última no necesariamente debe estar encaminada al ejercicio del comercio, la verdad es que el andamiaje legal de las sociedades mercantiles, sus orígenes y estructura operativa son los apropiados para ello, luego en modo alguno se justifica la constitución de una sociedad mercantil para realizar actos puramente civiles.

Ahora bien, ¿qué tratamiento deberá darse a una sociedad formalmente mercantil, pero constituida con finalidad civil? La solución es aparentemente sencilla, si se atiende a lo dispuesto por el art. 2695 del *C.Civ.*, en cuyos términos las sociedades civiles que adopten una forma mercantil deben quedar sujetas al *Código de Comercio*, pero solución tal crearía una serie de confusiones prácticas e incluso procesales: *a*) en primer lugar, el *Código de Comercio* no regula sociedad alguna, luego podría entenderse hecha la remisión a las leyes mercantiles, preferentemente la *LGSM*; *b*) pero es el caso que en esta última el art. 4o. sólo proclama que son mercantiles las sociedades que se constituyan en alguna de las formas del art. 1o., que naturalmente no prevé ninguna sociedad civil; *c*) y otra duda más surge, en el sentido de que el mismo *C.Com.* (art. 3o.-II) atribuye la calidad de comerciantes a las sociedades constituidas conforme a las leyes mercantiles. El único resultado de todo ello es la creación de un embrollo.

Así lo considera **Mantilla Molina**,² quien concluye que por encima de todo lo anterior, estas sociedades deben estar regidas por las leyes mercan-

² *Derecho mercantil*, 22a. ed., Editorial Porrúa, México, 1982, pág. 177.

tiles, pues ello no afecta el contenido mismo de la sociedad, y los actos que realice no serán calificados de mercantiles.

Solución tal, empero, no es del todo satisfactoria, pues de ella resultaría la pretendida existencia de un comerciante que no realiza actos de comercio, así como la existencia de comerciantes en razón de su actividad —realización habitual de actos de comercio— y otros que únicamente lo son de membrete, esto es, comerciantes-no comerciantes.

Parece, pues, necesario proponer otra solución más apegada a los textos legales, y por tanto dotada de un rigor que no encontraría simpatías en los sectores interesados: si, como quedó expresado, el *C.Com.* atribuye la calidad de comerciantes a las sociedades mercantiles; si, por definición, todo comerciante lo es en razón de sus actividades reiteradas, habituales, profesionales y lucrativas; si una sociedad se constituye con el propósito de *no* realizar actos de comercio, resultaría absurdo que adopte una de las formas previstas por la *LGSM*, pues se daría lugar a la erección de un comerciante que no está facultado para realizar actos de comercio.

En consecuencia, parece que la solución está implícita pero claramente contenida en el citado esquema legal civil-mercantil: un notario o un corredor público no debe autorizar la constitución de una sociedad mercantil con finalidad civil, pues de ese modo actuaría en contra de los apuntados preceptos legales (arts. 45-VIII de la *Ley del Notariado para el Distrito Federal* y 20-X de la *Ley Federal de Correduría Pública*).

Ahora bien, el fin común u objeto social, que la *LGSM* impone como una de las cláusulas de todo estatuto social (arts. 6o.-IV, 182-IV y 206) debe ser concreto, claro y preciso, pues de otro modo resultaría burlado el propósito del legislador de que, tanto los socios como los terceros y el Estado mismo, conozcan exactamente las actividades sociales. Es ilegal, pues, una cláusula según la cual la sociedad podrá realizar “toda clase de actos de comercio”, en razón de su obvia imprecisión. Cabe aclarar que con las reformas del 15 de diciembre del 2011 al art. 6o.-IV, la duración sera indefinida.

6.4 Clasificación de las sociedades mercantiles

Por el tipo legal que adopten, estas sociedades pueden ser: en nombre colectivo, en comandita simple, de responsabilidad limitada, anónimas, en comandita por acciones y cooperativas (art. 1o.).

En cambio, por razón de la actividad económica a la que se dediquen, pueden ser: comerciales, industriales, agrícolas, ganaderas o pesqueras. Por supuesto, dentro de cada una de dichas actividades la práctica admite un

gran número de subespecies; así, sólo a título de ejemplo, las comerciales pueden ser financieras, aseguradoras, afianzadoras, bursátiles, arrendadoras, de servicios, etcétera.

6.4.1 Sociedades de personas

Una clasificación, que hoy día resulta anticuada, atiende a la importancia de la exteriorización o no de los socios. Se dice, en el primer caso, que son sociedades de personas o *intuitu personae*, pues en ellas tan importante es el conocimiento de que se está en presencia de personas morales, como de la identidad de sus socios en razón de los atributos pecuniarios y personales de los mismos. He aquí, resumidamente expuestas, las características de estas sociedades y sus consecuencias:

- Se trata de las sociedades en nombre colectivo (arts. 25 a 50) y en comandita simple (arts. 51 a 57).
- Deben actuar bajo una razón social, formada con el nombre de todos o varios de los socios.
- Todos los socios en la colectiva, y los comanditados en la comandita simple, responden de las obligaciones sociales subsidiariamente, pero dentro de ellos en forma solidaria e ilimitada.
- El capital social se divide en partes sociales, no representadas documentalmente.
- De todo ello es fácil inferir que en la actualidad estas sociedades ya casi no existen, a lo menos en nuestro medio.

Y por ello **Arce Gargollo** propuso hace varios años, en un estudio que redactó, en su carácter de Coordinador de la Comisión de Derecho Mercantil de la Barra Mexicana, Colegio de Abogados, que se suprima la regulación de las sociedades en nombre colectivo, en comandita simple y en comandita por acciones.

6.4.2 Sociedades de capitales

Mencionadas también por los tratadistas como *intuitu capitalis*, estas sociedades se ajustan a un formato estructural apropiado para conjuntar crecidos capitales y, por lo mismo, para acometer grandes empresas. Nuevamente con arreglo a una concepción anticuada, en estas sociedades poco importa la identidad y cualidades de los socios, aspectos difíciles de controlar dado su usualmente gran número, pues lo que realmente se busca son sus aportaciones; y la mejor demostración de todo ello está en el calificativo de la más importante de estas sociedades, la anónima, expresión con la que se

denota la hasta hace poco proclamada intrascendencia frente a terceros de la identidad de los socios.

Pues bien, tales consideraciones resultan de escasa aplicación en el mundo actual, en el que las cada vez más cuantiosas y complejas operaciones comerciales, así domésticas como internacionales, pero también el creciente interés de los Estados en conocer el origen y destino de los capitales a partir de cierto importe, tornan imposible mantener en el anonimato la identidad de los socios.

Y buena prueba de ello está en la supresión de las acciones al portador, operada en nuestro país a principios de los años ochenta (arts. 111 y 128-I), con lo cual el nombre de los accionistas está prácticamente al alcance de quien tenga interés en conocerlo (art. 129).

Las principales características de estas sociedades son:

- Se constituyen y actúan bajo una denominación social, en la que, por tanto, no figuran los nombres de los socios (arts. 87 y 88).
- El capital social está dividido en acciones, que son documentos fácilmente negociables por simple endoso, con lo cual, además, se transmite el carácter de accionista (art. 111).
- La responsabilidad de los socios está limitada al pago de sus aportaciones al capital social (art. 87).

6.4.3 Sociedades mixtas

Finalmente, sociedades hay en las que se entremezclan ambos atributos, pues al lado de expresiones personalistas, presentan un perfil capitalista. El prototipo es la sociedad de responsabilidad limitada, cuyos atributos son los siguientes:

- Puede actuar bajo razón o bajo denominación social (art. 59).
- El capital social se divide en partes sociales, no representadas por títulos negociables (art. 58).
- La responsabilidad de los socios se limita al pago de sus aportaciones al capital social (art. 58).

6.5 Estudio comparativo entre las sociedades mercantiles y otras figuras jurídicas semejantes

Tal vez las sociedades, así las civiles como las mercantiles, sean la forma más evolucionada de la colaboración humana, pues, en el caso de las mer-

cantiles, permite, mediante las pequeñas, medianas o grandes aportaciones de un gran número de personas, conjuntar los capitales necesarios para desarrollar actividades comerciales de toda índole. No es exagerado afirmar que la banca, el comercio, el transporte, el seguro, la industria y demás actividades enmarcadas como paradigma del mundo actual, se sustentan en la actividad de las sociedades mercantiles, salvedad hecha de los cada vez más escasos países de filiación socialista.

Existen, por supuesto, semejanzas entre estas sociedades y otras formas de colaboración, pero conviene apuntar que las diferencias permiten disipar cualquier posibilidad de confusión. Tales formas semejantes son: la asociación en participación, la agencia, la distribución, la licencia, la franquicia y el *joint venture*.

Hay que decir, ante todo, que en ninguno de tales casos surge, *ipso facto*, una nueva persona jurídica, y que tampoco se ubican las partes en el mismo plano de igualdad jurídica, supuestos ambos que sí se dan en las sociedades mercantiles.

Las demás diferencias están dadas por los derechos y obligaciones de las partes en cada caso, que se encuentran frente a frente; en otras palabras, los derechos de cada una de las partes tienen como correlato las obligaciones de la otra. No ocurre así en nuestras sociedades, en las que los derechos y obligaciones de los socios no se enfrentan recíprocamente, sino a un tercero, que es la sociedad.

6.6 Naturaleza jurídica del acto constitutivo de las sociedades

Aunque abordado prácticamente por todos los tratadistas del derecho societario, este punto dista de tener la importancia que le atribuyen. Se trata, en resumen, de dilucidar si el acto constitutivo de una sociedad tiene o no naturaleza contractual.

Todo parece indicar que la discusión se suscitó en Alemania, donde autores como **Gierke** y **Kuntze** lanzaron sus opiniones en el sentido de que no se está ante un contrato, sino ante una forma negocial distinta, puesto que aquí opera un conjunto de voluntades coincidentes y no encontradas, como ocurre en todo contrato, en el que las voluntades se enfrentan, pues los sujetos persiguen fines diferentes, ya que son recíprocamente acreedores y deudores.³

³ Véase **Joaquín Rodríguez Rodríguez**, *Tratado de sociedades mercantiles*, t. I, 3a. ed., Editorial Porrúa, México, 1965, págs. 15-18.

De ese modo, se ha expresado que la constitución de una sociedad es un *acto colectivo, complejo, multilateral, de organización*, etc., en vista de que los socios no son acreedores y deudores recíprocos, sino frente a la sociedad, con la que no han celebrado contrato alguno; en cuanto a esta última, también se ha dicho que un contrato no puede conducir al surgimiento de una nueva persona.

Como era de esperarse, ambas corrientes han tenido eco en nuestro país, y así la *LGSM* no vacila en emplear la expresión “contrato social” (arts. 7o., 26, 32, 34, 70, etcétera).

También sobre la naturaleza contractual del negocio se pronuncian **Barrera Graf**⁴ y **Rodríguez Rodríguez**.⁵ Por el contrario, **Mantilla Molina**⁶ y **Cervantes Ahumada**⁷ escriben que se trata de un *acto colectivo*.

Ya desde mediados del siglo XIX se expresaron serias dudas en cuanto a la naturaleza contractual del acto constitutivo de una sociedad civil o mercantil; a los primigenios argumentos se han añadido otros en el curso de los años, de tal manera que, en la actualidad, de modo sucinto puede expresarse así:

- a) Las voluntades en el contrato se ubican unas frente a otras y cada una de las partes persigue un propósito diverso, así, el comprador desea adquirir la cosa y el vendedor se propone recibir el precio; el arrendatario quiere obtener el uso del bien, al paso que el arrendador espera recibir una renta, etc., todo lo cual no ocurre en el *contrato* de sociedad, en el que no se da el encuentro de voluntades, cada una con fines propios, pues todos los socios encaminan su propósito a un punto común, constituido por el objeto social.
- b) Las obligaciones y los derechos de cualquiera de las partes de un contrato tienen como correlato los derechos y las obligaciones de las demás partes; en consecuencia, la morosidad de cualquiera de ellas puede acarrear el incumplimiento por parte de las demás, o bien dar lugar al surgimiento de una acción que estas últimas pueden ejercitar en contra de la remisa para obligarla al cumplimiento, supuestos que tampoco operan en el negocio social, por cuanto el incumplimiento de uno de los socios en modo alguno da derecho a los demás para dejar de cumplir con sus obligaciones sociales, y tampoco hace surgir acción alguna a favor de los socios cumplidos y en contra del negligente.
- c) La ecuación *acuerdo de voluntades = contrato* no se da en el negocio social, pues el acuerdo de voluntades conduce en él, al surgimiento de una persona moral que, paradójicamente, aunque creada por los socios, será la única facultad para exigirles el cumplimiento de sus obligaciones, no obstante que ella no celebra, al surgir, operación alguna con los socios que la forman.

⁴ *Instituciones de derecho mercantil*, 3a. reimp., Editorial Porrúa, México, 1999, págs. 318-320.

⁵ *Tratado...*, *cit.*, págs. 13 y 15.

⁶ *Derecho...*, *cit.*, págs. 213-215.

⁷ *Derecho mercantil*, 4a. ed., Editorial Herrero, México, 1982, págs. 41 y 42.

Convencidos de todo ello, autores italianos y alemanes, pero también mexicanos como **Mantilla Molina** y **Cervantes Ahumada**, dejaron expresado que se está aquí en presencia de un acto colectivo, pero no de un contrato.

Francesco Messineo⁸ apunta que en la especie no puede predicarse la existencia de un contrato con dos partes, conforme al esquema tradicional, que supone un contrato de cambio, en el que cada una de las partes persigue un objeto propio; se trata, por lo mismo, de un contrato plurilateral, por virtud de que todos los otorgantes persiguen un objeto común, encaminado a la constitución de un nuevo ente.

De la misma opinión es el no menos reputado tratadista, igualmente italiano, **Antonio Brunetti**.⁹

Pues bien, a pesar de la opinión de tan conspicuos tratadistas, parece que no debe haber duda sobre la naturaleza contractual de estos *actos colectivos*. En efecto, al constituir la sociedad, los socios crean *obligaciones y derechos*, sin que importe que no sean recíprocos, sino frente a la sociedad, que surge *ipso facto* pues, por una parte nuestro *C.Civ.*, a diferencia del italiano, no exige tal reciprocidad, al disponer (arts. 1792 y 1793), que por virtud de un convenio, dos o más personas acuerdan crear, transferir, modificar o extinguir obligaciones, y que cuando el acuerdo produzca o transfiera obligaciones o derechos, toma el nombre de contrato.

No cabe duda de que, descorrido el velo de la personalidad, la sociedad es el conjunto de sus socios, luego, la circunstancia de que al otorgarse el contrato social se creen obligaciones y derechos frente a una entidad que surge en ese momento, no constituye absurdo legal de ninguna especie. Pero además, no hay, en este contrato social, dislocadura alguna de la ecuación *acuerdo de voluntades = contrato*, en vista de la tantas veces examinada creación de obligaciones y derechos como consecuencia directa del negocio social.

De la misma opinión, con abundancia de argumentos y de opiniones doctrinales, véase el excelente trabajo de **Jaime L. Anaya**.¹⁰

Por supuesto, cuando nuestro legislador opte por admitir, como se propone más adelante (*infra*, 10.2 *bis*), la existencia de las sociedades unimembres o de un solo socio, la anterior discusión perderá más importancia aún que la escasa que actualmente tiene, pues en ellas no podrá proclamarse la celebración de un contrato de sociedad, y tampoco la existencia de una serie de actos colectivos o de declaraciones unilaterales de voluntad.

⁸ “Il contratto in genere”, en *Trattat di Diritto Civile e Commercaile*, XXI, t. 1, Dott. A. Giuffrè Editore, Milano, 1973, pág. 591.

⁹ *Sociedades mercantiles*, Editorial Jurídica Universitaria, México, 2001, págs. 50-55.

¹⁰ “La sociedad como contrato”, en *Contratos. Homenaje a Marco Aurelio Risolia*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1997, págs. 15-29.

En plano muy diverso, hoy día parece superada la postura, sostenida durante muchos años, en el sentido de que estas sociedades no pueden ser objeto de daño moral, y así lo sostuvo nuestra SCJN, por considerar que la personalidad moral no implica, en cuanto creación y fruto, exclusivamente, de la voluntad legal, la existencia de sentimientos, afectos, honor, prestigio y otros atributos de las personas físicas.

Efectivamente, nuestro máximo tribunal ha modificado su postura, y ahora considera que estas personas morales sí pueden sufrir daños extrapatrimoniales, en su prestigio y buena fama; este punto se examinará con cierta amplitud más adelante (*infra*, 7.2.2.2 *bis*).

6.6 bis Las sociedades mercantiles en el derecho internacional

Resulta por demás interesante dejar consignado que, con la mira puesta en la conveniencia de regular posibles conflictos internacionales en materia de sociedades mercantiles, la Organización de los Estados Americanos (OEA) auspició el otorgamiento, el 8 de mayo de 1979, de la Convención Interamericana sobre Conflictos de Leyes en Materia de Sociedades Mercantiles, suscrita y ratificada por la mayoría de los países latinoamericanos y ratificada por México el 9 de marzo de 1983; su contenido se puede resumir en la siguiente forma:

- La Convención se aplica a las sociedades mercantiles constituidas en cualquiera de los Estados suscriptores de la misma (art. 1o.).
- La existencia, capacidad, funcionamiento y extinción de las sociedades mercantiles se rigen por la ley del lugar de su constitución. Sobre este particular, podría operar cierta discrepancia con la ley mexicana, con arreglo a la cual basta que una sociedad mercantil se constituya de acuerdo con las leyes del país y establezca su domicilio en el territorio nacional, para ser considerada mexicana (art. 8o. de la *Ley de Nacionalidad*); en tal caso, una sociedad se puede constituir en el extranjero, ante un cónsul general de nuestro país y, por tanto, en los términos de la Convención, la existencia, capacidad y demás de la misma habrían de regirse por la ley del país respectivo, no así por la legislación mexicana. Indudablemente por ello se aclara que por “ley del lugar de su constitución” debe entenderse la del Estado donde se cumplan los requisitos de forma y fondo requeridos para la creación de estas sociedades (art. 2o.).
- Especial importancia reviste la disposición en el sentido de que las sociedades mercantiles legalmente constituidas en el Estado de origen, deben reconocerse de pleno derecho en los demás, los cuales, sin embargo, conservan la facultad de exigir que se les compruebe la legal existencia de

la sociedad extranjera conforme a la ley del lugar de su constitución. Por lo demás, este reconocimiento de capacidad no podrá ser mayor que el otorgado a las sociedades nacionales (art. 3o.).

- Los actos realizados por cualquier sociedad, comprendidos en su objeto social, se ajustarán a las leyes del Estado en que se ejecuten (art. 4o.).
- En caso de conflicto derivado de los actos realizados dentro de su objeto social, las sociedades quedarán sujetas a los órganos jurisdiccionales del Estado en que se hayan realizado (art. 6o.).
- A pesar de que la Convención declare aplicable cierta ley, esta última no será observada por un Estado que la considere manifiestamente contraria a su orden público interno (art. 7o.).
- En cuanto a la regulación europea de la sociedad anónima, la Comisión Europea, a petición del Consejo, concluyó el 20 de diciembre de 2000, la Directiva y el Reglamento que se examinarán más adelante (*infra*, 10.16 *bis*).

6.6 *ter* El moderno derecho corporativo

En un artículo periodístico,¹¹ y ya mediante empleo del hoy generalizado término derecho corporativo, que hasta ahora en México se calificó de derecho societario, **Eduardo Siqueiros T.** suministró interesantes respuestas a preguntas que se le formularon respecto de la actividad profesional de los juristas que atienden la constitución, funcionamiento y extinción de las sociedades mercantiles. De sus respuestas entresacó algunas de las que consideró más importantes en relación con el contenido de este libro:

- Aunque la denominación derecho corporativo puede ser criticada en razón de que es producto de un anglicismo —*corporate law*— incorporado a nuestra práctica, que no es del agrado de los puristas de nuestro idioma, ha tenido arraigo en México.
- No basta al abogado especialista en derecho corporativo el estudio de cursos relacionados con el derecho mercantil, porque nuestra legislación es hoy en día deficiente y obsoleta, con una regulación limitada de estructuras de sociedades que han sido ampliamente superadas y, por tanto, el abogado corporativo debe estudiar, además del derecho, otras materias asimiladas y hablar el idioma de sus clientes comerciantes.

¹¹ *El mundo del abogado*, septiembre de 2010, págs. 45-47.

- Cuando hace pocos años se incluyó, en la *LMV*, la regulación de una sociedad anónima calificada como promotora de inversión (*SAPI*), tal expresión carece de sentido dentro de la citada Ley, puesto que no se trata de una sociedad pública ni con vocación de convertirse en tal y, en consecuencia, debió regularse dentro de la *LGSM*. Pero además, varias de las disposiciones aplicables conforme a la citada *LMV*, a dicha *SAPI*, deberían llevarse a la *LGSM*, especialmente las relativas a la administración de las sociedades, más estricta que la actual, puesto que cuando se maneja un patrimonio ajeno debe adoptarse una administración profesional, sujeta a requisitos diáfanos en cuanto a su actuación, que debe ser ética, prudente y expedita. Las normas que actualmente rigen la actuación de los administradores de sociedades mercantiles son por demás pobres, pues cuando surge algún conflicto, la decisión se deja a la interpretación judicial. También deberían incluirse reglas sobre la adecuada protección de las minorías, ya que en la actualidad, como es bien sabido, los accionistas minoritarios quedan sujetos a la regulación que establezca el accionista mayoritario o el órgano de administración, sin olvidar que en la actualidad la mayoría de las sociedades anónimas en México operan con un solo accionista, pero, a efecto de cumplir con el requisito legal del mínimo de dos, recurren a un pariente o testaferro.
- También debería regularse, en la *LGSM*, la existencia de acciones sin derecho a voto o con voto desproporcional, cuando se trate de accionistas sólo interesados en los rendimientos y no en el voto.
- Debe reconocerse la validez de las sociedades unimembres, como ya ocurre en otras legislaciones, pues perfectamente válido es que una persona desee conseguir un propósito legítimo por medio de una sociedad que lo permita, con la consiguiente circunstancia de su responsabilidad personal.

UNIDAD 6 *bis*

Sociedades con inversión extranjera directa (IED)*

6 bis.1 Generalidades y antecedentes

Por demás variable, y en ocasiones aun contradictorio, ha sido el tratamiento que en los diversos países se viene dispensando a la IED. No es éste el lugar apropiado para expresar las razones de ello, que obviamente son más económicas que jurídicas, pero también expresión de ideologías políticas y sociales, que válido sería calificar de coyunturales.

Mucho se ha escrito sobre las ventajas e inconvenientes que ofrece la inversión extranjera, pero desde luego no es posible adoptar un criterio universal sobre este punto, por cuanto la postura que se adopte dependerá, en cada caso, de la situación económica y social del país, del grado de desarrollo tecnológico, de su potencial económico y de otros factores igualmente importantes.

Así, y sólo a título de ejemplo, cabe recordar, por lo que se refiere a nuestro país, que después de una serie de disposiciones puramente admi-

* Todos los preceptos que se mencionen en esta unidad son de la *Ley de Inversión Extranjera (LIE)*, salvo que otra cosa se indique.

nistrativas, de dudosa constitucionalidad algunas de ellas, se expidió la *Ley para Promover la Inversión Mexicana y Regular la Inversión Extranjera*, con la que se trató de unificar e institucionalizar el régimen sobre este punto; como es bien sabido, esta ley rezumaba franca hostilidad a la inversión extranjera, y su solo nombre así lo traslucía.

Pero los tiempos, las circunstancias, los hombres y las ideologías sufrieron, en el transcurso de los años, un radical viraje, fruto del cual fue la *Ley de Inversión Extranjera* en vigor (DOF, 27 de diciembre de 1993), y que, como se expondrá un poco más adelante, en buena parte abrió las puertas a la IED: “La inversión extranjera podrá participar en cualquier proporción en el capital social de sociedades mexicanas, adquirir activos fijos, ingresar a nuevos campos de actividad económica o fabricar nuevas líneas de productos, abrir y operar establecimientos, y ampliar o relocalizar los ya existentes, salvo por lo dispuesto en esta Ley...” (art. 4o.). Obviamente existen algunas prohibiciones y limitantes a la IED, de las que más adelante se dará cuenta, pero la regla general ahí queda, como muestra de un nuevo perfil ideológico, con importantes efectos económicos, sociales y laborales.

Desde el punto de vista contrario, es bien sabido que la inversión extranjera, lógicamente lucrativa, no suele mostrar facetas filantrópicas, y con frecuencia es calificada de *golondrina*, siempre en busca de favorable tratamiento legal, estímulos fiscales, moderadas tasas de interés bancario y otras medidas protectoras, a cambio de lo cual se suele mostrar avara en la transmisión de sus conocimientos tecnológicos, y siempre deseosa de captar y llevar a su país de origen las utilidades obtenidas en el país anfitrión.

Y todo ello, sin descontar otros efectos menos deseables, como la frecuente adquisición de poder político en los países receptores, así como el empleo de recursos poco recomendables para obtener prebendas y tratamientos en extremo benévolos.

Para volver al ámbito nacional, también deben tenerse muy presentes, como mecanismos complementariamente reguladores de la IED, el Reglamento de la *Ley de Inversión Extranjera* y del *Registro Nacional de Inversiones Extranjeras* (DOF, 8 de septiembre de 1998), así como las resoluciones dictadas por la CNIE sobre casos específicos. Por ilustrativa de la nueva tendencia, diametralmente opuesta a la propugnada por la primera ley de la materia, cabe mencionar que esta Comisión tiene, como una de sus principales atribuciones, la de “... en materia de inversión extranjera diseñar mecanismos para promover la inversión en México” (art. 26-I).

Y un buen botón de muestra de esta nueva tendencia favorable a la inversión extranjera, en este caso de los Estados Unidos de América, es el decreto promulgatorio del Acuerdo para el Fomento de la Inversión entre el Gobierno de los Estados Unidos Mexi-

canos y el Gobierno de los Estados Unidos de América, firmado en San Francisco, California, el 9 de junio de 2003 y publicado en el *DOF* el 14 de junio de 2004, que, como fácilmente podrá apreciarse, se sustenta en el "... deseo mutuo de fomentar las actividades económicas en los Estados Unidos Mexicanos que promuevan el desarrollo de los recursos económicos y las capacidades productivas..." del propio país, en la inteligencia de que tal "... objetivo puede ser impulsado a través del apoyo a la inversión en forma de seguros, coaseguros y reaseguros a la inversión; inversión mediante participación en el capital social de empresas de la emisión de deuda..." así como mediante otros mecanismos.

Sin embargo, durante 2007, e incluso, en el curso de los primeros meses de 2008, la IED fue menor a lo esperado, sin duda por las lamentables razones ampliamente conocidas: inseguridad, alto índice de delincuencia, crisis financiera mundialmente generalizada y algunas otras, entre ellas la inestabilidad política. Conocidas empresas de consultoría especializada informaron que entre 1998 y 2007 nuestro país descendió del lugar 16 al 19 como destino atractivo de IED, según estudio dado a conocer por la Secretaría de Economía, la que informó también que algunos países del este de Europa, en cambio, han asumido un importante papel como polos de atracción de la IED, con todo y su carácter de mercados emergentes.

Pero además, resulta de marcado interés el dar cuenta aquí de que, finalmente, nuestro país suscribió, mediante la respectiva aprobación de la Cámara de Senadores, según Decreto publicado en el *DOF* de 2 de abril de 2008, y con arreglo al texto publicado en el mismo órgano el 5 de agosto del propio año, el Convenio Constitutivo del Organismo Multilateral de Garantía de Inversiones, que se había adoptado en Seúl el 11 de octubre de 1985.

En el preámbulo de tal instrumento se precisan los importantes propósitos del mismo: fortalecer la cooperación internacional para el desarrollo económico y propiciar la contribución de la inversión extranjera a dicho desarrollo; auspiciar la atenuación de las preocupaciones relacionadas con riesgos no comerciales, como forma de alentar el flujo de la inversión extranjera hacia los países en desarrollo, en condiciones compatibles con sus necesidades, políticas y objetivos en materia de desarrollo; creación del Organismo Multilateral de Garantía de Inversiones, cuyo propósito fundamental es el de desempeñar las funciones necesarias para alentar la inversión extranjera, como complemento de los programas nacionales y regionales de garantía de inversiones, así como las actividades de los aseguradores privados de riesgos no comerciales.

Pero además, en el *DOF* del 10 de marzo de 2009, bajo el patrocinio de la SE, se publicó el Estatuto Orgánico de ProMéxico que es un fideicomiso público, considerado como entidad paraestatal, en los términos del Decreto de Creación, publicado en el *DOF* del 13 de junio de 2007, cuyas finalidades principales son, conforme al art. 5 del referido Estatuto:

- I. Participar en todas las actividades relacionadas con la promoción al comercio exterior y la atracción de inversiones extranjeras directas;
- II. Promover y apoyar la actividad exportadora y la internacionalización de las empresas mexicanas a través de medidas que reordenen y, en términos generales, favorezcan los mecanismos de fomento a la oferta exportable, principalmente por parte de las PYMES, y
- III. Promover las actividades tendientes a la atracción de inversión extranjera directa y apoyar a las entidades federativas en la ubicación de tal inversión en el territorio nacional.

6 bis.2 Definiciones

Es natural que un examen, por sucinto que sea como el presente, del régimen legal mexicano en materia de IED mencione, como punto de arranque, algunas definiciones, como las siguientes. Ante todo, de la jerarquía que el legislador atribuye a la *LIE* da cuenta la advertencia sobre que es de orden público y de observancia general en toda la República, así como de que su objeto es el de propiciar la elaboración de reglas para canalizar la inversión extranjera en el país "... y propiciar que ésta contribuya al desarrollo nacional" (art. 1o.):

- Por inversión extranjera deben entenderse tres expresiones: *a*) la participación, en el capital social de sociedades mexicanas, de personas físicas o morales extranjeras; *b*) la participación, en dicho capital, de sociedades mexicanas con mayoría de capital extranjero; *c*) la participación de extranjeros en las actividades y actos que se mencionan en la propia *LIE* (art. 2o.-II).
- Es inversionista extranjero la persona física o moral de nacionalidad distinta a la mexicana, así como las entidades extranjeras carentes de personalidad jurídica (art. 2o.-III).
- Inversión equiparada a la mexicana es la que efectúen los extranjeros residentes en el país con calidad de inmigrados, con ciertas salvedades que más adelante se consignarán (art. 3o.).
- Zona restringida es la faja del territorio nacional, de 100 km a lo largo de las fronteras y de 50 a lo largo de las playas, tal como se indica en el art. 27-I de la *CPEUM* (art. 2o.-VI).

6 bis.3 Admisibilidad del capital extranjero. Actividades reservadas al Estado mexicano

Con todo y su aparente y proclamada apertura a la IED, nuestra *LIE* ratifica el carácter exclusivamente estatal de ciertas actividades, calificadas de estratégicas, por el interés directo que el propio Estado mexicano tiene en su realización: petróleo y demás hidrocarburos, petroquímica básica, electricidad, generación de energía nuclear, minerales radiactivos, telégrafos, radiotelegrafía, correos, emisión de billetes, acuñación de moneda, control, supervisión y vigilancia de puertos, aeropuertos y helipuertos, así como las demás que expresamente indiquen otras leyes aplicables (art. 5o.).

Aquí surge, obligadamente, un comentario sobre las apasionadas discusiones que suscita la conveniencia y desventajas del ejercicio monopolístico de algunas de dichas actividades. Se dice, en efecto, que de ese modo no se cumple con una de las ya apuntadas finalidades primordiales de la *LIE*, como lo es la de atraer la inversión extranjera, a la que, como se ha visto, están vedados campos de actividad económica tan importantes como los reservados al Estado; se aduce que en muchos otros países la mayoría de dichas funciones está encomendada al sector privado, con buenos resultados; no han faltado voces que proclamen al Estado como un mal administrador e incluso como solapador de la creación y proliferación de grupos privilegiados laboral y sindicalmente, sin que la colectividad aprecie los beneficios de dichos monopolios.

6 bis.4 Actividades reservadas a mexicanos

Examínese ahora el escenario de las actividades económicas reservadas a los mexicanos o a sociedades mexicanas con cláusula de exclusión de extranjeros:

- Transporte terrestre nacional de pasajeros, turismo y carga, excluidos los servicios de mensajería y paquetería, lo cual, como se sabe, ha sido bien aprovechado por empresas extranjeras, que en su mayoría prestan estos servicios dentro del territorio nacional (art. 6o.-I).
- Comercio al menudeo de gasolina y distribución de gas licuado de petróleo (art. 6o.-II).
- Servicios de transmisión por radio y televisión, excluida la televisión mediante cable (art. 6o.-III).

- Uniones de crédito (art. 6o.-IV, fracción derogada en el *DOF* el 20 de agosto de 2008).
- Instituciones de banca de desarrollo, en los términos de la *LIC* (art. 6o.-V).
- Servicios profesionales y técnicos, de conformidad con las leyes respectivas (art. 6o.-VI).

Ahora bien, en todos estos casos, la inversión extranjera tampoco puede participar a través de cualquier esquema contractual, de piramidación u otro que permita el control o asunción de algún interés participativo, con la salvedad de la llamada *inversión neutra*, que es la realizada en sociedades mexicanas o en fideicomisos autorizados al efecto, y que no se computará como inversión extranjera (art. 18).

Para tales efectos, se considera neutra la inversión que se efectúe en acciones sin derecho a voto o con derechos corporativos limitados, todo ello previa autorización de la Secretaría de Economía y, en su caso, de la CNBV (art. 20).

En cuanto a los fideicomisos de inversión neutra, también corresponde a la Secretaría de Economía autorizar a las instituciones fiduciarias para que expidan instrumentos de inversión neutra, que sólo otorgarán, frente a las sociedades respectivas, derechos pecuniarios y, según el caso, derechos corporativos limitados, excluido el de voto en las asambleas ordinarias (art. 19).

Con el reconocido propósito de mantener vigilancia sobre el cumplimiento de las disposiciones legales y reglamentarias en materia de inversión extranjera, la Secretaría de Economía ha venido celebrando, con los Gobiernos de las entidades federativas, convenios de coordinación, por una parte, destinados a integrar y actualizar periódicamente el padrón de empresas con IED, atento lo dispuesto por el art. 36 de la *LIE*, en cuyos términos las autoridades federales, estatales y municipales están obligadas a proporcionar a la propia Secretaría los informes y certificaciones que requiera para el cumplimiento de las indicadas funciones; por la otra, encaminados a la operación de los registros públicos de comercio y a la modernización de los registros públicos de la propiedad, todo ello con el ya apuntado propósito de facilitar a la referida autoridad federal la vigilancia sobre el cumplimiento de las tantas veces mencionadas disposiciones en materia de inversión extranjera.

6 bis.5 Actividades en las que puede participar la IED

Empresas y actividades hay, en cambio, que pueden llevarse adelante, con IED, si bien no en un cien por ciento, sino con arreglo a porcentajes. He aquí la relación de ellas:

- Hasta el diez por ciento en sociedades cooperativas de producción.
- Hasta el veinticinco por ciento en:
 - a) Transporte aéreo nacional.
 - b) Transporte en aerotaxi.
 - c) Transporte aéreo especializado.
- Hasta el cuarenta y nueve por ciento en:
 - Fabricación y comercialización de explosivos, armas de fuego, cartuchos, municiones y fuegos artificiales, sin incluir la adquisición y utilización de explosivos para actividades industriales y extractivas, y tampoco la elaboración de mezclas exclusivas para el consumo de dichas actividades.
 - Impresión y publicación de periódicos para circulación exclusiva en territorio nacional.
 - Acciones serie “T” de sociedades que tengan en propiedad tierras agrícolas, ganaderas y forestales.
 - Pesca en agua dulce, costera y en la zona económica exclusiva, sin incluir acuicultura.
 - Administración portuaria integral.
 - Servicios portuarios de pilotaje a las embarcaciones para realizar operaciones de navegación interior, en los términos de la ley de la materia.
 - Sociedades navieras dedicadas a la explotación comercial de embarcaciones para la navegación interior y de cabotaje, salvo cruceros turísticos y la explotación de dragas y artefactos navales para la construcción, conservación y operación portuaria.
 - Suministro de combustibles y lubricantes para embarcaciones, aeronaves y equipo ferroviario.
 - Sociedades concesionarias en los términos de la *Ley Federal de Telecomunicaciones*.

Los porcentajes antes referidos no podrán ser rebasados directamente, ni a través de fideicomisos, convenios, pactos, esquemas de piramidación o cualquier otro mecanismo que otorgue el control o una participación mayor a la inversión extranjera, salvo los casos de inversión neutra mencionados con anterioridad (*supra*, 6 bis.4) (art. 7o.).

También es necesario tener presente que las entidades financieras de todo tipo, incluidas las aseguradoras, pueden operar con el cien por ciento de capital extranjero, mediante autorización de la SHCP, previa conformidad de la CNBV o de la CNSF, según los casos, por virtud de adiciones introducidas,

hace varios años, a la *Ley de Instituciones de Crédito*, a la *Ley General de Instituciones y Sociedades Mutualistas de Seguros*, a la *Ley Federal de Instituciones de Fianzas*, a la *Ley de Organizaciones y Actividades Auxiliares del Crédito*, así como a la *Ley del Mercado de Valores*.

Empero, debe subrayarse que en todos estos casos, las sociedades de que se trata deberán operar como filiales de entidades financieras del exterior.

En los supuestos que a continuación se indican, la CNIE podrá emitir resolución favorable, como requisito necesario para que la inversión extranjera participe en un porcentaje superior al cuarenta y nueve por ciento.

- Servicios portuarios a las embarcaciones destinadas a la navegación interior, en operaciones de remolque, amarre de cabos y lanchaje.
- Sociedades navieras dedicadas a la explotación de embarcaciones exclusivamente en tráfico de altura.
- Sociedades concesionarias o permisionarias de aeródromos de servicio al público.
- Servicios privados de educación preescolar, primaria, secundaria, media superior, superior y combinados.
- Servicios legales.¹
- Sociedades de información crediticia.
- Instituciones calificadoras de valores.
- Agentes de seguros.
- Telefonía celular.
- Construcción de ductos para la transportación (*sic*) de petróleo y sus derivados.
- Perforación de pozos petroleros y de gas.
- Construcción, operación y explotación de vías férreas que constituyan una vía general de comunicación y prestación del servicio público de transporte ferroviario (art. 8o-XII).
- Finalmente, es necesario dejar precisado que se requiere resolución favorable de la CNIE para que en las sociedades mexicanas se pretenda una inversión extranjera superior al cuarenta y nueve por ciento del capital social, únicamente cuando el valor total de los activos, al momento de formularse la solicitud, rebase el monto que anualmente determine la propia Comisión (art. 9o.). Así, por ejemplo, mediante Resolución General número 9, publicada en el *Diario Oficial de la Federación* del 4 de

¹ Sin embargo, téngase presente que el art. 6o.-VI prescribe que la prestación de servicios profesionales constituye una actividad reservada de manera exclusiva a mexicanos o a sociedades mexicanas con cláusula de exclusión de extranjeros.

junio de 2008, la referida CNIE hizo saber que el nuevo monto del valor total de los activos de dichas sociedades mexicanas es de \$2,549,872,000 (dos mil quinientos cuarenta y nueve millones ochocientos setenta y dos mil pesos).

6 bis.6 Especial tratamiento de la inversión extranjera en bienes inmuebles

En razón del especial tratamiento que a los bienes inmuebles dispensa la *CPEUM*, se explica que también la *LIE* regula con especial cuidado la inversión extranjera en dichos inmuebles.

En efecto, se precisa el previo permiso de la *SRE* para que las instituciones de crédito adquieran, en su calidad de fiduciarias, derechos sobre bienes inmuebles ubicados en la zona restringida, cuando el fideicomiso tenga por objeto el de permitir la utilización y el aprovechamiento de los bienes sin constituir derechos reales sobre ellos, a favor de sociedades mexicanas sin cláusula de exclusión de extranjeros, y siempre que los inmuebles se destinen a fines residenciales, o bien a favor de personas físicas o morales extranjeras (art. 11).

Para tales efectos, debe entenderse por utilización y aprovechamiento de bienes inmuebles el derecho al uso o goce de los mismos, incluido, en su caso, el de obtener los frutos, productos o cualquier otro rendimiento resultante de la operación y explotación lucrativa a través de terceros o de la fiduciaria (art. 12).

Aunque es verdad que todos estos fideicomisos tienen una duración máxima de cincuenta años, también lo es que la misma podrá prorrogarse a petición del interesado. Además, la *SRE* está facultada para verificar, en cualquier momento, el cumplimiento de las condiciones con arreglo a las cuales se hayan otorgado los permisos respectivos, así como la presentación y veracidad del contenido de los avisos correspondientes (art. 13). Sin embargo, para otorgar tales permisos, la *SRE* debe tener en cuenta el beneficio económico y social que para la Nación impliquen las actividades que habrán de realizarse como objeto de los fideicomisos; además, dispone de un perentorio plazo de cinco días hábiles, o de treinta si la solicitud se presenta en cualquier unidad administrativa foránea, para resolver sobre la solicitud, en la inteligencia de que su silencio durante tales plazos se entiende como aprobación de la solicitud (art. 14).

Las sociedades que sean propietarias de inmuebles ubicados en la zona restringida y destinados a fines no residenciales, deberán dar aviso a la *SRE*

sobre la modificación de su cláusula de exclusión de extranjeros, dentro de los treinta días hábiles siguientes a la modificación (art. 16, 2o. párr).

6 bis.7 La inscripción en el Registro Nacional de Inversiones Extranjeras (RNIE)

Debe quedar claro, ante todo, que el RNIE no tiene carácter público, luego a él sólo tienen acceso los directamente afectados o quienes acrediten un interés legítimo. Por lo que a estas notas se refiere, en él deberán inscribirse las sociedades mexicanas con IED o con inversión neutra, así como las personas morales extranjeras que realicen habitualmente actos de comercio en el país [art. 32-I, a) y c) y II].

Por su parte, los fedatarios públicos que intervengan en la constitución, modificación, transformación, fusión, escisión, disolución y liquidación de sociedades, así como en todos los actos en que tales sociedades intervengan directamente o por conducto de representantes, deberán exigirles que les acrediten la inscripción relativa ante el RNIE, cuando la requiera la LIE, o bien, que la inscripción se encuentra en trámite. De no acreditársele, el fedatario podrá autorizar el instrumento respectivo, pero deberá informar de la omisión al RNIE, dentro de los diez días hábiles siguientes a la fecha de autorización del instrumento (art. 34).

Por último, como antes se apuntó (*supra*, 6 bis.4), la SE, con el propósito de integrar y actualizar periódicamente el padrón federal de empresas con IED, viene celebrando, con los Gobiernos de las entidades federativas, los adecuados convenios de coordinación que en su lugar se mencionaron.

Por supuesto, lo aquí expresado se refiere, solamente, a las empresas con IED, esto es, en las que se aporta capital extranjero de riesgo, no así a la operación de capitales extranjeros en otras formas, como contratos de préstamo directo o a través de fideicomisos, contratos de franquicia, sucursales y algunos otros, frecuentemente conocidos como empresas transnacionales, conocidas también con el anglicismo *off shore*.

6 bis.8 Inversión mexicana en el extranjero

Aunque pareciera un tanto fuera de lugar, no carece de interés el referir aquí, por supuesto con la necesaria brevedad, las circunstancias que recientemente propiciaron la canalización de inversión mexicana en el extranjero.

En efecto, a fines de marzo de 2010 el B. de M. informó que, ante la falta de oportunidades en la economía mexicana durante 2009, empresas grandes, e incluso medianas que habían venido operando en México, decidieron salir a buscarlas en el extranjero. De ese modo, se canalizaron a otros países, durante 2009, 7,598 millones de dólares, cifra 5.6 veces superior a la de 2008 y, por el contrario, la inversión del sector privado en el mercado nacional cayó en 15.4%, con lo cual México fue el país de América Latina cuya economía sufrió la mayor erosión.

Como ejemplos de ello se hizo saber que Wal-Mart de México canalizó casi 2,600 millones de dólares a la adquisición de Wal-Mart Centroamérica; Grupo México, por su parte, hizo una importante aportación de recursos a la minera Asarco de los Estados Unidos de América.

Igualmente se informó que, a principios de 2009, Grupo Bimbo adquirió la empresa estadounidense Weston, con lo que se ha convertido en la mayor panificadora del mundo.

En contraste con lo anterior, al mismo tiempo se difundió la noticia de que por lo menos el 25% de las empresas estadounidenses que operan en México están reconsiderando mantener sus inversiones o planes de crecimiento en el país, debido a problemas de inseguridad, y así lo hizo saber la Cámara Americana de Comercio en México, que igualmente expresó que el 34% de las compañías consultadas en 2009 se sienten menos seguras que en 2008.

En extraño contraste con lo anterior, la Embajada Británica en México anunció, al mismo tiempo, que las autoridades de dicho país están interesadas en invertir y participar en los proyectos de infraestructura que México licite, particularmente en materia de ferrocarriles, puertos y aeropuertos.

Pues bien, tan desalentador panorama se ha visto confortado a partir de mediados de 2010, pues a fines de dicho año se dieron a conocer noticias en el sentido de que a septiembre de dicho año la IED era por un total de 14,361 millones de dólares superior en un 22% a la del mismo mes del año anterior. Más adelante, en febrero de 2011, se informó que había crecido la inversión extranjera en forma un tanto significativa, pero sin alcanzar los niveles de años anteriores, a cuyo efecto se dio cuenta, igualmente, con algunos proyectos de orden legislativo, tendientes a mejorar la competitividad.

Aspectos relevantes de las sociedades mercantiles

7.1 Personalidad de las sociedades

Aunque modernamente ya no es objeto de debate la personalidad jurídica de las sociedades mercantiles, no parece fuera de lugar el hacer un examen, por breve que sea, de las razones que la justifican. Si bien podrían invocarse otras, dos son las principales:

1. Si los socios no se proponen realizar personalmente el fin común u objeto social, sino encomendarlo a un tercero financiado, controlado y vigilado, pero especialmente administrado por ellos mismos, no queda sino conformar a ese tercero como entidad legalmente dotada de la personalidad necesaria para actuar conforme a los designios de los socios, pero no en representación de ellos.
2. Si, en el mismo orden de ideas, se hace necesaria la creación de un patrimonio autónomo, sólo destinado a la realización del objeto social y, por tanto, fuera del manejo de los socios individualmente considerados, es necesario atribuir al ente titular de ese patrimonio la personalidad

que le permita disponer de él, claro es, con apego a las disposiciones estatutarias y a la voluntad mayoritaria de los socios.

7.1 *bis* Sociedad y empresa

La práctica demuestra cuán frecuente es el empleo, como sinónimas, de las expresiones *sociedad* y *empresa*, cosa por lo demás explicable si se atiende a que ambos términos viven indisolublemente unidos, a lo menos en la vida del comercio: toda sociedad mercantil es titular de una empresa, entendida esta última conforme a lo expuesto *supra* (unidad 5), de tal manera que no es posible concebir una sociedad mercantil sin empresa en cuanto conjunto de elementos indispensables para su existencia como entidad comercial; en cambio, como igualmente se apuntó con anterioridad, una persona física, en calidad de comerciante, puede ser titular de una empresa, y por ello, en cambio, resultan sinónimos los vocablos *comerciante* y *empresario*.

Por otra parte, también debe tenerse muy presente que, en cuanto combinación de elementos humanos, materiales, financieros e intangibles, la empresa carece de personalidad jurídica: es su titular, sociedad o persona física, la que aportará, como titular de la empresa, la necesaria organización de tales elementos.¹

Empero, resulta importante recordar que en otros regímenes jurídicos se reconoce personalidad jurídica a la empresa individual de responsabilidad limitada (EIRL) examinada *supra* (unidad 5 *bis*), todavía no admitida en el sistema legal mexicano.

Ahora bien, por las consecuencias que ello acarrea, es necesario tener muy presentes algunas disposiciones que hasta ahora han constituido sólidos pilares de la personalidad jurídica de las sociedades, en este caso las mercantiles.

Ante todo, conviene recordar que, en términos del art. 2o., *LGSM*, toda sociedad mercantil inscrita en el Registro Público de Comercio tiene "... personalidad jurídica distinta de la de los socios".

También es necesario no olvidar que en la s. de R.L. los socios "... solamente están obligados al pago de sus aportaciones,..." (art. 58) y, por último, que en la sociedad anónima la obligación de los socios "... se limita al pago de sus acciones" (art. 87).

Tal esquema de absoluta separación entre las obligaciones sociales y las de los socios viene siendo objeto de muy serias críticas doctrinales, que,

¹ Conforme, **Jorge Barrera Graf**, *Instituciones de derecho mercantil*, 3a. reimp., Editorial Porrúa, México, 1999, pág. 266.

a lo menos en los países de impronta legislativa romanésca, no han encontrado eco.

En efecto, autores de nombradía han venido lanzando propuestas en cuyos términos resulta indispensable adoptar serias limitantes a la tradicional separación de las personalidades jurídicas de las sociedades y de los socios, a la vista del cada vez más frecuente abuso de la personalidad social en perjuicio de terceros, y en razón de ello proponen la desestimación, a lo menos parcial, de la personalidad jurídica cuando esta última haya servido para incurrir en fraudes a las leyes o simplemente en perjuicio de derechos de terceros. A continuación se expondrán algunos de tales puntos de vista doctrinales.

Así, el tratadista alemán **Rolf Serick**,² tras de plantear sus dudas sobre la determinación de los casos en los que será posible prescindir de la estructura formal societaria, escribe que las dudas responden al peligro de que el hecho de prescindir de la personalidad jurídica societaria se generalice demasiado y con ello quede sin valor la figura de tal persona jurídica, por lo que las frases “desestimación de la forma de la persona jurídica” y “negación de la persona jurídica”, sólo han de entenderse como una desestimación de la forma, sin negar su personalidad de una manera general.

Y al profundizar sobre el punto, este autor afirma que una ley puede quedar burlada cuando mediante la figura de la persona jurídica, los individuos que la forman se ocultan tras de aquélla, tanto si ya existía, como si sólo fue creada para tal fin, con lo que logran sustraerse al mandato legal. Como ejemplo de tal supuesto, invoca la disposición contenida en las leyes sobre el contrato de seguro —en el caso de México el art. 77 de la *Ley sobre el Contrato de Seguro*— por virtud de la cual el asegurador queda desligado de su compromiso si prueba que el siniestro se causó por dolo o mala fe del asegurado, del beneficiario o de sus respectivos causahabientes, y plantea el supuesto de que el asegurado haya sido una sociedad y de que el siniestro se cause por dolo o mala fe del único socio, a lo que podría añadirse también la causación por el administrador único, por la mayoría de los socios, etc., siempre en el supuesto de que el o los causantes directos del siniestro no actuaron en representación de la entidad asegurada.

Al llegar a la recapitulación de los resultados, el mismo autor sostiene que cuando la estructura formal de la persona jurídica se utilice de manera abusiva, el juez podrá descartarla para que fracase el resultado contrario a derecho que se persigue, para lo cual prescindirá de la regla fundamental sobre la radical separación entre la sociedad y los socios, por la sencilla razón

² *Apariencia y realidad en las sociedades mercantiles. El abuso de derecho por medio de la persona jurídica*, Ediciones Ariel, Barcelona, 1958, págs. 25-28, 45, 241 y 242.

de que existe un abuso cuando con ayuda de la persona jurídica se trata de burlar una ley, de quebrantar obligaciones contractuales o de perjudicar fraudulentamente a terceros.

Por su parte, el argentino **Juan M. Dobson**³ sostiene, enfáticamente, que la teoría de la desestimación de la personalidad jurídica, conocida también como allanamiento o redhibición de dicha personalidad, ha logrado una ubicación definitiva en la teoría jurídica general, y por ello los problemas del abuso de tal personalidad importan, en algunos casos, la necesidad de prescindir de tal personalidad, puesto que el abuso se logra merced al empleo de la forma jurídica, especialmente gracias a los privilegios que importan ciertos tipos sociales que adoptan la limitación de la responsabilidad del socio al capital aportado, como es el caso, a guisa de comentario, de las sociedades anónima y de responsabilidad limitada del derecho mexicano.

Este autor sostiene, además, que es necesario distinguir entre allanamiento de la personalidad y desestimación de la responsabilidad limitada, que resultarán del mecanismo empleado en los casos concretos.

Finalmente, el tratadista colombiano **Jaime Alberto Arrubla Paucar**,⁴ tras de recordar el históricamente justificado origen de la limitada responsabilidad de los socios en algunas de las personas morales, de modo especial en la anónima, anota que en los países del *common law* no ocurre así, pues prontamente se advirtieron en ellos los abusos que se cometían al amparo de la personalidad jurídica, escenario que también se ha presentado, durante muchos años, en los países del llamado *Derecho escrito*, como los iberolatinoamericanos, lo que ha dado lugar al surgimiento del fenómeno también conocido como despersonalización de las sociedades o levantamiento del velo corporativo, expresiones que evocan la empleada en el derecho angloestadounidense *disregard*, en cuyos términos sólo es posible que el juez rasgue el velo corporativo cuando la ley lo autorice.

Al referirse a la función económica de la nueva teoría, **Arrubla Paucar** afirma que ha surgido como un remedio a la insolvencia de las sociedades, cuando los socios han abusado de la responsabilidad limitada, luego tal postura no constituye una elucubración jurídica procesada dentro de un laboratorio, sino que ha sido primeramente la práctica jurisprudencial en los Estados Unidos de América, y después la europea, las que han venido dando espacio a su aplicación, para salvar escollos en la práctica empresarial, y por ello la postura del levantamiento del velo de la personalidad se formula

³ *El abuso de la personalidad jurídica (en el derecho privado)*, Ediciones Depalma, Buenos Aires, 1985, págs. 11, 12 y 14.

⁴ *Contratos mercantiles. Teoría general del negocio mercantil*, t I, doceava (sic) ed., Biblioteca Jurídica Diké, Medellín, Colombia, 2007, págs. 93 y siguientes.

a partir de la idea de fraude o engaño, por lo que si la estructura formal de la personalidad jurídica se utiliza de manera abusiva, el juez puede desestimarla para que no prospere un resultado contrario a derecho.

Lo en verdad interesante en las expresiones de este autor reside en su informe sobre que la *Ley 190* de 1995, por supuesto colombiana, conocida como estatuto anticorrupción, introdujo la figura del levantamiento del velo corporativo de las personas jurídicas, con la finalidad de evitar la comisión de actos ilícitos o irregulares por una sociedad interpuesta y encontrar el beneficiario real de una actividad comercial; así, el art. 44 de dicha Ley dispone lo siguiente: “Las autoridades judiciales podrán levantar el velo corporativo de las personas jurídicas cuando fuere necesario determinar el verdadero beneficiario de las actividades adelantadas por ésta”. Es de observarse, como lo hace este autor, que la facultad se confiere sólo a las autoridades judiciales, no así a las administrativas.

Mas como tantas veces se ha dicho, sobre este punto resulta indispensable hacer referencia a la práctica societaria estadounidense, apoyada, como es bien sabido, en los precedentes judiciales, que de modo unánime han venido sosteniendo la necesidad de *rasgar el velo de la personalidad social* cuando quienes forman parte de la sociedad hagan uso de ella en perjuicio de terceros y también cuando cualquier persona, incluso no conectada con la sociedad, pero merced al consentimiento de la misma, invoque su personalidad para actuar en perjuicio de terceros.

Sobre este punto resulta por demás recomendable consultar las amplias informaciones y reflexiones que, en un muy extenso trabajo, formula **Robert W. Hamilton**,⁵ con abundancia de citas jurisprudenciales, a partir del pronunciamiento formulado por el famoso juez **Cardozo** en 1926, en el caso *Berkey v. Third Avenue R. Co.*, a partir del cual, con muy ligeras variantes, y mediante empleo de tan interesantes como prácticas reflexiones, las cortes y jueces han venido sosteniendo la necesidad de limitar, o de plano desconocer la personalidad jurídica societaria cuando cualquier persona la emplee en perjuicio de terceros, contractual o extracontractualmente. Como es de suponerse, en la mayoría de los casos judiciales han sido socios o administradores de las sociedades los que han pretendido escudarse en la personalidad social.

Otras consideraciones sobre este aspecto de la práctica societaria y judicial en los Estados Unidos de América, se formularán más adelante, en ocasión del examen de diversos aspectos operativos de nuestras sociedades

⁵ *The Law of Corporations in a Nutshell*, second edition, West Publishing Co, St. Paul, Minn., 1987, págs. 82 y siguientes.

mercantiles, si bien parece indudable que es necesario adoptar, en la legislación mexicana, el mecanismo estadounidense, no por un mero afán de imitación, sino como forma de erradicar, o por lo menos castigar en forma apropiada, las conductas a que se ha hecho referencia, que en realidad envuelven un fraude a la ley.

Así lo han estimado los legisladores mexicanos **Jesús Galván Muñoz** y **Rafael Gilberto Morgan Álvarez** al proponer, a fines de 2002, en calidad de senadores, un proyecto mencionado como *Ley de Desestimación de la Personalidad Jurídica Societaria*, con el confesado propósito "... de evitar el abuso de la institución que representa la persona moral,... cuando la persona jurídica es utilizada para evadir la aplicación de la ley, incumplir obligaciones y en general instrumentar actos para conseguir propósitos ilícitos, aunque no necesariamente sean de naturaleza delictiva... cuando la persona jurídica es una simple pantalla de protección de quienes, a través de ella, realizan actos en fraude de ley o en perjuicio de acreedores".

Pluguiera a nuestro legislador el secundar tal proyecto, como nueva ley, según se propone, o bien mediante las pertinentes reformas a nuestras leyes societarias, incluidos el *Código de Comercio* y los códigos civiles.

Pero además, el ya citado **Jesús Galván Muñoz** con anterioridad había externado el mismo parecer al prologar, en 2001, el trabajo de **José David Enríquez Rosas**,⁶ en el que se expresó como sigue:

... nuestra jurisdicción no debe ser utilizada como un instrumento por quienes aprovechan el velo de las sociedades para conseguir propósitos ilícitos, aunque éstos no sean de naturaleza delictiva... Es con ese propósito que, con la colaboración de todos los sectores me propongo analizar y, en su caso, dar el debido cause legislativo a un anteproyecto... que a su vez regule la desestimación de la personalidad jurídica societaria en los casos de abusos indicados.

Como se ha visto, tal propósito se realizó mediante el anteproyecto al que antes se ha hecho referencia.

Es conveniente recordar, por último, que ya con anterioridad, en la hoy abrogada *Ley que Establece los Requisitos para la Venta al Público de Acciones de las Sociedades Anónimas*, de 1938, pero igualmente, en la actual *Ley para Regular las Agrupaciones Financieras*, nuestro legislador sancionó cierta forma de rasgadura del velo de la personalidad societaria al disponer, en este último ordenamiento legal, que la sociedad controladora y cada una de las integrantes de un grupo financiero, deben suscribir un convenio conforme al cual la primera responderá, subsidiaria e ilimitadamente, del cumplimiento

⁶ *La personalidad jurídica societaria*, Oxford University Press, México, 2001, págs. IX y X.

de las obligaciones a cargo de las entidades integrantes del grupo, en cuanto a las actividades que les sean propias, así como que responderá ilimitadamente por las pérdidas de todas y cada una de dichas entidades (art. 28).

7.2 Consecuencias de la personalidad

Como es bien sabido, el reconocer personalidad a un ente —recuérdese que la *persona* era la máscara con la que aparecían en el escenario teatral los actores griegos y romanos— conduce a atribuirle capacidad, patrimonio, nombre, domicilio y nacionalidad, si bien, como a poco se verá, estas características, en el caso de las sociedades, no pueden tener el mismo alcance que en las personas físicas, pues no debe perderse de vista que estamos en presencia de una personalidad ficticia, artificialmente creada por la ley.

Sobre este punto, importa recordar que nuestro país suscribió la Convención Interamericana sobre Personalidad y Capacidad de Personas Jurídicas en el Derecho Internacional Privado, aprobada en La Paz, Bolivia, el 24 de mayo de 1984, según decreto de promulgación publicado en el *Diario Oficial de la Federación* del 19 de agosto de 1987. He aquí algunos de sus más importantes aspectos:

- La existencia, capacidad para ser titular de derechos y obligaciones, así como el funcionamiento, disolución y fusión de las personas jurídicas de carácter privado, se rigen por sus respectivas leyes domésticas de constitución (art. 2o.).
- Las personas jurídicas privadas, constituidas en un Estado Parte, serán plenamente reconocidas en los demás Estados Partes (art. 3o.).
- La capacidad de las personas jurídicas privadas será exclusivamente, la que reconozca la ley del Estado Parte de reconocimiento (art. 3o.).
- Para el ejercicio de los actos comprendidos en el objeto social regirá la ley del Estado Parte donde se realicen tales actos (art. 4o.).
- Las personas jurídicas constituidas en un Estado Parte que pretendan establecer la sede efectiva de su administración en otro Estado Parte, podrán ser obligadas a satisfacer los requisitos establecidos en la legislación de este último (art. 5o.).

7.2.1 Capacidad jurídica

Atento a lo expuesto, resulta por demás lógico que las sociedades mercantiles puedan administrar sus bienes, pero no con la libertad concedida a las

personas físicas mayores de edad (art. 647, *C.Civ.*), sino en un escenario de *capitis deminutio*, enmarcado por el objeto social: “Las personas morales pueden ejercitar *todos los derechos que sean necesarios para realizar el objeto de su institución*” (art. 26, *C.Civ.*). Obviamente, tales derechos comprenden los de índole procesal: pueden comparecer en procedimientos civiles, mercantiles, administrativos, fiscales y laborales; les es dado también realizar actos y celebrar todo tipo de contratos que, directa o indirectamente, se relacionen con su objeto social. No pueden tener, en cambio, los derechos de ciudadanía ni, por lo mismo, derechos y deberes políticos.

Por elementales razones, tampoco pueden ser sujetos activos de delitos, pues la comisión de los mismos sólo es imputable a sus autores materiales o intelectuales (art. 11, *Código Penal Federal*).

Finalmente, casi es innecesario aclarar que la capacidad de estas sociedades, en todas sus manifestaciones, sólo puede patentizarse a través de la actuación de personas físicas en calidad de representantes o apoderados (*infra*, 10.14).

Con alto grado de acierto, **Barrera Graf**⁷ escribe que: “En cuanto a la sociedad misma, su capacidad de ejercicio y de goce se mide en función de su finalidad y de la nacionalidad de los socios que la integran”, a cuyo efecto recuerda que, conforme al art. 26 del *C.Civ.*, las personas morales pueden “ejercitar todos los derechos que sean necesarios para realizar el objeto de su institución”, así como que las leyes prohíben a las sociedades por acciones injerirse en actividades agrícolas, pecuarias y forestales, al paso que, en cambio, reserva la realización de ciertas actividades, como las bancarias, de seguros, bursátiles y otras, a ciertas sociedades; por último, restringen algunas actividades a sociedades con inversión extranjera directa.

7.2.1 bis Los actos *ultra vires*

Como es bien sabido, el calificativo de *ultra vires* —literalmente traducido del latín como *más allá de las fuerzas*— hace referencia dentro del derecho societario, a la posibilidad legal, estatutaria y consecuencias de que una sociedad realice actos no previstos en su objeto social.

El punto, justificadamente muy debatido por la doctrina, encuentra diversas soluciones legislativas, según se verá más adelante. Por ahora conviene recordar que el art. 10 de la *LGSM* pareciera excluir cualquier posibilidad de que una sociedad mercantil realice actos que rebasen su objetivo, al disponer que el órgano de administración *puede* “realizar todas las opera-

⁷ *Ibidem*, págs. 270 y 271.

ciones inherentes al objeto de la sociedad”, si bien adopta una extraña excepción: “... salvo lo que expresamente establezcan la ley y el contrato social”, expresión cuyo sentido no es fácil determinar. Por una parte, resulta un tanto contradictoria, pues si en su primera parte expresa que los administradores *pueden* realizar las operaciones propias del objeto social, en su última parte apunta la posibilidad de que la misma ley, o bien los estatutos, permitan a los administradores actuar en exceso del objeto social.

La doctrina mexicana no podía escapar a la discusión sobre la validez o no, en nuestro medio, de estos actos *ultra vires*. **Barrera Graf**⁸ afirma, rotundamente, que como consecuencia de lo dispuesto por el mencionado art. 10, cuando los administradores actúen *ultra vires* lo harán sin representación, a pesar de lo cual tales actos pueden ser válidos y oponibles a la sociedad “... cuando ella los haya autorizado expresamente, o bien cuando *a posteriori* los ratifique...” por lo que no comparte las opiniones de **Frisch Philipp** y de **Mantilla Molina**,⁹ el primero de los cuales apunta la nulidad absoluta de estos actos, al paso que el segundo los asimila a los realizados por una sociedad irregular, luego sólo resultarán válidos cuando la sociedad los haga suyos, pues, en caso contrario, el administrador o administradores que hubieran actuado en exceso de sus facultades deben responder personalmente de los mencionados actos.

Ahora bien, para decirlo de una vez, parece que, en los términos de la actual legislación mexicana, no es posible adoptar una sola postura en punto a la validez o no de estos actos *ultra vires*. He aquí las razones:

- Ante todo, es necesario tener presente el texto del ya citado art. 10 de la Ley, y que en parecidos términos se expresa en respectivo precepto del *C.Civ.*, no menos que el art. 2o. de la Ley: “Las sociedades mercantiles inscritas en el Registro Público de Comercio, tienen personalidad jurídica distinta de la de los socios”.
- También resulta aconsejable recordar que, en los términos de los arts. 21-II y 26 del *C.Com.*, en el Registro Público de Comercio deben inscribirse las escrituras constitutivas de sociedades mercantiles, así como sus modificaciones, en la inteligencia de que, como también se dijo en su lugar, los documentos que deban inscribirse y no se registren, no podrán producir perjuicio a tercero, el cual, sin embargo, sí podrá aprovecharlos en lo que le fueren favorables.

⁸ *Ibidem*, pág. 581.

⁹ *Derecho mercantil*, 22a. ed., Editorial Porrúa, México, 1982, pág.196.

A la vista de lo anterior, resulta obligado fincar las siguientes conclusiones:

- 1a. Las escrituras de sociedades mercantiles, en las que aparece su objeto social, deben inscribirse en el Registro Público de Comercio, hecho lo cual su existencia y objeto surten efecto frente a terceros.
- 2a. Por lo mismo, la circunstancia de que los administradores puedan realizar todos los actos inherentes al objeto social, surte un doble efecto frente a terceros, quienes: *a)* No pueden alegar desconocimiento de la ley, y *b)* Tampoco pueden alegar desconocimiento del objeto social, puesto que, por hipótesis, la inscripción registral surte plenos efectos frente a tales terceros.
- 3a. De seguir por ese camino, la conclusión tendría que ser la siguiente: el tercero que celebra un acto *ultra vires* con una sociedad inscrita, lo hace de mala fe o con culpa grave, pues sabe, o debe saber, que el acto rebasa el objeto social y, por tanto, que los administradores no pueden realizarlo, luego la validez de tal acto es impugnabile por la sociedad. Esta opinión, como antes pudo apreciarse, se sustenta, en gran parte, por la doctrina mexicana.

Sin embargo, resulta aplicable al caso otra preceptiva, no sólo por analogía, sino por mayoría de razón.

- Parece que no es necesario demostrar que los administradores de una sociedad mercantil son, *strictu sensu*, factores de la misma, pues su actuación y facultades son las previstas por el art. 309 del *C.Com.*, como tampoco requiere de un esfuerzo dialéctico la afirmación en el sentido de que, por tanto, les son aplicables en lo conducente, las disposiciones legales que rigen la actuación de tales factores.
- Pues bien, el art. 316 del mismo *C.Com.* no deja lugar a dudas en cuanto a su intención: “... obligarán al principal los contratos de su factor, aun siendo ajenos al giro de que esté encargado, siempre que haya obrado con orden de su principal, o éste los haya aprobado en términos expresos o por hechos positivos”.
- Empero, referidas a las sociedades, estas últimas expresiones suscitan ciertas interrogantes: ¿a quién corresponde dar la orden a los administradores para que actúen más allá del objeto social, o bien aprobar de modo expreso o por hechos positivos tal conducta? Parece que a nadie más que a la junta o asamblea general de los socios, en su carácter de órgano supremo de la sociedad; ¿pues, y qué debe entenderse por aprobación “en términos expresos o por hechos positivos” y cuándo puede o debe otorgarse?; ¿previa o posteriormente a la celebración del acto?

- Todo lleva a la conclusión de que tal aprobación debe ser previa, puesto que, conforme a una elemental lógica jurídica, el precepto da validez al acto, sólo cuando el principal, en este caso la junta o asamblea, como único órgano social facultado para aprobar o reprobar la actuación de los administradores, los instruye para que se desempeñen en la forma que nos ocupa, o bien de modo indubitable consiente en que lo hagan. Para estimarlo así, opera también un apoyo gramatical, como lo es el empleo, en dos ocasiones, de participios pretéritos, en modo subjuntivo, como lo son “haya obrado” y “haya aprobado”, que apuntan, en el primer caso, a la previa orden de la asamblea, y en el segundo, a la previa aprobación por parte de la misma.
- En cuanto a la aprobación expresa, parece también claro el supuesto legal: ante la propuesta, formulada tal vez por los propios administradores o por el tercero interesado, la junta o asamblea aprueba la futura realización del acto.
- Finalmente, la aprobación “por hechos positivos” no es expresa, sino que supone una conducta implícita pero clara por parte de la junta o asamblea a favor del acto; así, *v. gr.*, la aprobación, *en paquete*, de una serie de proposiciones, entre las cuales figura la futura operación *ultra vires*, o bien de una erogación especial que la supone, etcétera.

Expuesto lo anterior, las obligadas conclusiones parece que deben ser las siguientes:

- a) Son válidos en el derecho mexicano los actos *ultra vires*, a condición de que hayan sido ordenados o autorizados, expresa o tácitamente, por la junta o asamblea general de socios.
- b) A falta de tal orden o autorización previa, tales actos son nulos, pero convalidables por la junta o asamblea.
- c) Es irrelevante la buena o mala fe por parte del tercero, pues la validez o nulidad del acto *ultra vires* sólo depende de la existencia o no de un acto previo de la junta o asamblea.

Aquí, una vez más, resulta interesante hacer referencia a la práctica corporativa estadounidense, inspirada, como tantas veces se ha dicho, en los precedentes judiciales.

Según informa el antes citado tratadista **Robert. W. Emerson**,¹⁰ las modernas sociedades disfrutaban de amplias facultades para realizar actos, en

¹⁰ *Business... Law*, fourth edition, Barron's, New York, 2004, págs. 343 y 344.

este caso mercantiles, prácticamente sin limitación alguna, salvo, claro es, los legalmente reservados a ciertas entidades, como los bancos, las aseguradoras, las financieras y algunas otras. De esta suerte, los apoderados pueden, aunque no se mencione así en los instrumentos corporativos, realizar todo tipo de operaciones en nombre de las sociedades respectivas, como compraventas, arrendamientos, otorgar garantías reales, disponer de los bienes sociales, asumir responsabilidades, expedir documentos negociables, tomar préstamos monetarios y algunos otros, a menos que en los documentos de incorporación se precisen limitaciones a algunas de tales actividades.

7.2.2 Patrimonio social

Copiosa es la literatura jurídica en torno al patrimonio. Como no es éste el lugar para extenderse sobre el tema, y menos aún para tomar partido por una entre tantas teorías expuestas, baste con expresar que, en punto a patrimonio social, son mayoritarios los siguientes criterios:

- 1o. A falta de un concepto legal, no queda sino echar mano del parecer doctrinal, que lo considera como el conjunto de derechos, atributos, obligaciones y cargas de una persona, actual o potencialmente valuables en dinero.
- 2o. Las sociedades sólo pueden tener un patrimonio, sin que importe el que sean titulares de varias empresas: de sus deudas con motivo de cualquiera de las empresas, responden con el patrimonio único formado por todas ellas (art. 2964, *C.Civ.*).
- 3o. Dentro del patrimonio desempeña un papel de primera importancia el patrimonio neto o capital contable, que es la diferencia entre el activo y el pasivo, pues contablemente determina su verdadera situación financiera y, de paso, el valor real de las partes sociales o de las acciones, según sea el tipo social.
- 4o. No pueden, por tanto, confundirse los conceptos de patrimonio y de capital social (que se examinará *infra*, 10.3), por cuanto este último es una mera cifra, formada por las aportaciones de los socios.

7.2.2.1 Protección del patrimonio social

Consciente el legislador de que son varios los intereses, directos unos e indirectos otros, que convergen en el patrimonio de las sociedades mercantiles, lo ha rodeado de una serie de medidas tendientes a protegerlo. Antes de dar cuenta de ellas, cabe mencionar que tales intereses son los de los socios,

cuyas aportaciones han pasado a formar parte del patrimonio social, y están en juego en todas las actividades de la sociedad, por lo que parece acertado el calificativo de “capital de riesgo” que se ha venido dando a tales aportaciones; los de terceros acreedores, pues confían en que tal patrimonio no sufra menoscabos que hagan peligrar la capacidad de pago de la sociedad; los que asisten a los empleados y trabajadores, cuya fuente de ingresos son los recursos de la sociedad.

He aquí, pues, el mecanismo tuitivo del patrimonio social:

- *Principio de fidelidad al balance.* No puede hacerse reparto de utilidades a los socios sino después de haber sido reconocidas y aprobadas por la junta o asamblea respectiva, y siempre que previamente se hayan restituido o absorbido las pérdidas de ejercicios anteriores. Cualquier acuerdo en contrario será ineficaz y la sociedad misma, o sus acreedores, podrán exigir a los socios la devolución de las sumas recibidas, o su reembolso a los administradores que las hayan pagado. La responsabilidad de todos ellos es solidaria (art. 19, *LGSM*).
- *Fondo de reserva.* De las utilidades netas debe separarse, por lo menos, el cinco por ciento para constituir el fondo de reserva, cuyo importe deberá ser de un mínimo igual a la quinta parte del capital social y, cuando disminuya por cualquier motivo, deberá reconstituirse en la misma forma (art. 20, *LGSM*). Es nulo de pleno derecho cualquier acuerdo del órgano de administración o de la junta o asamblea de socios que contravenga lo antes expuesto y, de no efectuarse la separación o reconstitución del fondo en la forma indicada, los administradores quedan ilimitada y solidariamente obligados a entregar a la sociedad las cantidades que debieron separarse, sin perjuicio del derecho que a ellos asiste de repetir en contra de los socios que las hubieren recibido (art. 21), a cuyo efecto cualquier socio o acreedor tiene expedita su acción para demandar el cumplimiento de todo lo anterior (art. 22).

7.2.2.2 Protección del capital social

Puesto que el capital social configura, como antes se ha dicho, el patrimonio mínimo de la sociedad, también está rodeado de una serie de protecciones legales:

- Cuando se decida reducirlo mediante reembolso a los socios o liberación a los mismos de exhibiciones todavía no realizadas, deben efectuarse tres publicaciones en el periódico oficial del lugar en que se tenga el domicilio social, con intervalos de diez días, pues los acreedores sociales

pueden, separada o conjuntamente, formular oposición judicial a la reducción, para lo cual disponen del plazo comprendido entre la fecha en que se haya tomado la decisión y el quinto día posterior a la fecha de la última publicación. Formulada la oposición, los efectos del acuerdo quedarán en suspenso, a menos que la sociedad pague los créditos de los opositores o los garantice a satisfacción del juez (art. 9o.).

- Las aportaciones de bienes al capital social se entienden, salvo pacto en contrario, traslativas de dominio y, en todo caso, el riesgo de pérdida de tales bienes sólo será a cargo de la sociedad cuando se le haga la entrega respectiva que, según su naturaleza, será, como es bien sabido, real, virtual o jurídica (art. 11).
- El socio que aporte un crédito responderá no sólo de la existencia y legitimidad del mismo, sino también de la solvencia del deudor en el momento de la aportación y de que, si consta en un título de crédito, el mismo no ha sido objeto de la publicación que prevé la *LGTOC* (art. 45-II), para el caso de pérdida o robo de dicho título (art. 12).
- Cuando se retire o excluya un socio, la sociedad podrá retener la parte del capital y las utilidades que le correspondan, mientras no se concluyan las operaciones pendientes al momento de la exclusión o separación (art. 15).

7.2.2.2 bis Protección del buen nombre social

Con mucha frecuencia viene siendo objeto de debates, en los últimos años, la posibilidad de que las sociedades, en especial las mercantiles, puedan sufrir el llamado daño moral, entendido como "... la afectación que una persona sufre en sus sentimientos, afectos, creencias, decoro, honor, reputación, vida privada, configuración y aspectos físicos, o bien en la consideración que de sí misma tienen los demás..." (art. 1916, *C.Civ.*). El principal argumento en contra de tal posibilidad, consiste, como es fácil deducirlo, en que una sociedad, en este caso mercantil, dotada de una artificial personalidad, no puede ser titular de sentimientos, afectos y demás particularidades legalmente consignadas.

En tal concepción se han inspirado algunos criterios judiciales, como el sostenido por el Quinto Tribunal Colegiado en Materia Civil del Primer Circuito, en el amparo directo 369/2004, *Kindercáncer, s.c.*, el 26 de agosto de 2004, en el que, tras de examinarse el contenido del aludido precepto legal, se afirma lo siguiente:

“Del texto anterior se infiere que la intención del legislador al redactarlo fue preservar los derechos de la personalidad, es decir, garantizar a la persona el goce de sus facultades y el respeto al desenvolvimiento de su personalidad fí-

continúa

continuación

sica y moral, mediante la protección de los valores intrínsecos del ser humano, esto es, aquellos bienes propios de él, la paz, la tranquilidad del espíritu, la libertad individual, la integridad física, el honor, la reputación, etcétera”, que tienen un valor notable en la vida del hombre. Por tanto, *no es posible considerar que se puede causar daño moral a las personas jurídicas, que por ser entes creados por ficción de la ley para la realización de fines colectivos, no son titulares del derecho subjetivo tutelado por el citado precepto, esto es, como carecen de los citados valores intrínsecos, que sólo las personas físicas poseen en atención a su individualidad o intimidad, tampoco son titulares de la acción para reclamar la reparación de su afectación...*”

Por el contrario, el Decimotercer Tribunal Colegiado en Materia Civil del Primer Circuito, en el amparo directo 71/2002, Alejandra Acimovic Popovic, resuelto el 11 de junio de 2002, consideró que las sociedades mercantiles sí pueden ser víctimas de daño moral, para lo cual sostuvo lo siguiente:

“El artículo 30, fracción II, del *Código de Comercio* establece que son comerciantes las sociedades constituidas con arreglo a las leyes mercantiles; y todas... adquieren personalidad... ya sea a través de su inscripción en el Registro Público de Comercio... desprendiéndose su personalidad tanto del artículo 2o. de la aludida ley mercantil como de los artículos 25, fracción III y 26 del *Código Civil para el Distrito Federal*, pudiendo ejercer todos los derechos que sean necesarios para realizar el objeto de su institución, dentro de los que evidentemente se encuentra el de iniciar un procedimiento judicial para defender su prestigio o reputación; por consiguiente, si con motivo de un hecho ilícito por intención o por negligencia se ataca alguno o algunos de los derechos inherentes a su propia personalidad, como son, entre otros, su reputación, la razón social, el prestigio y la libertad contractual, que precisamente son el fundamento de su existencia y de su actividad, resulta claro que tal conducta engendra un verdadero daño moral en términos del artículo 1916...”

Finalmente, resulta extraño el que nuestras autoridades juzgadoras hayan menospreciado, durante muchos años, la posibilidad de que una persona jurídica sufra este daño moral, con lo cual pasaron por alto el claro texto del ya citado art. 1916, *C.Civ.*, cuando se refiere a la afectación que sufra en el honor y en la reputación, que nadie duda sobre que desempeñan un importante papel en la actuación de las sociedades. Bien sabido es que ciertas actividades comerciales han sido objeto de ataques o publicidad calumniosa y aun difamatoria, lo que les ha acarreado un más o menos grave descrédito, que, naturalmente, ha redundado en lamentables consecuencias de índole patrimonial, e incluso ha afectado también, en forma de daño moral, a

los directivos de las empresas, que también estarían legitimados para reclamar los daños y perjuicios que se les causaren.

7.2.3 Nombre social

Al examinarse la clasificación de las sociedades mercantiles (*supra*, 6.4), se informó que las llamadas *sociedades de personas* (6.4.1) actúan bajo razón social y que las llamadas *sociedades de capitales* (6.4.2) operan bajo denominación social, mientras que las mixtas (6.4.3) pueden operar bajo una u otra. Se mencionaron también las consecuencias de cada uno de tales supuestos, por lo que no hace falta repetirlos aquí.

En cambio, resulta conveniente hacer remisión a cierto criterio jurisprudencial, que se comentará *infra*, 10.2, en el sentido de que, a lo menos en la sociedad anónima, la indicación del tipo social, S.A., no reviste mayor importancia, pues la omisión de su empleo no debe conducir a consecuencia práctica o legal de especie alguna. Criterio tal es censurable, según se expondrá en el pasaje antes mencionado.

7.2.4 Domicilio social

Puesto que aquí existen diferencias entre el domicilio de las personas físicas y el de las sociedades mercantiles, conviene recordar que las primeras pueden tener legalmente dos domicilios: el lugar en el que residen habitualmente o, en su defecto, el del centro principal de sus negocios o, finalmente, el sitio donde se encuentren, y el legal, que es el que la ley les fija como residencia para el ejercicio de sus derechos y el cumplimiento de sus obligaciones, aunque de hecho no estén presentes en él (arts. 29 y 30, *C.Civ.*).

Ahora bien, como la *LGSM* no especifica lo que debe entenderse por domicilio de estas sociedades, una vez más es preciso acudir a la ley supletoria, que no sin cierta vaguedad dispone que: “Las personas morales tienen su domicilio en el lugar donde se halle establecida su administración” (art. 33, *C.Civ.*); la vaguedad reside en que no es fácil determinar si el establecimiento de la administración ha de responder a una dirección precisa, esto es, al número, nombre de la calle y de la población en que deberá actuar el órgano de administración, o bien si bastará con que se especifique el nombre de esta última, que es lo que, por lo demás, ocurre en la práctica mexicana, conforme a la cual ni siquiera se menciona la circunstancia de que la administración habrá de realizarse en cierto lugar, sino, simplemente, se menciona el nombre de la población que constituirá el domicilio de la sociedad, con lo cual se considera satisfecho el requisito de mencionar, en los estatutos sociales, el domicilio de la sociedad (art. 60.-VII, *LGSM*), que, con todo y su va-

guedad, sirve, en caso de juicio, para determinar la competencia judicial por razón del territorio, así como para dejar especificado el órgano u órganos periodísticos en los que deberán efectuarse las publicaciones previstas por la misma *LGSM* (arts. 9o., 119, 177, 186 y otros).

7.2.4 bis Nacionalidad

A reserva de examinar este aspecto con mayor detenimiento al tratarse de las sociedades extranjeras (*infra*, unidad 17), y puesto que un importantísimo atributo de la personalidad es la nacionalidad, conviene dejar apuntado que en nuestro sistema jurídico, una persona moral es mexicana cuando se constituya conforme a las leyes mexicanas y establezca su domicilio en el territorio nacional (art. 8o., *Ley de Nacionalidad*).

Por ello, le falta razón a **Oscar Vásquez del Mercado**¹¹ cuando afirma que "... para determinar cuál sea la nacionalidad de una persona moral, nuestra *Ley de Sociedad* (¿?) se inclina por el sistema de la constitución", lo cual se desprende, a su parecer, de una interpretación *a contrario sensu*, de las disposiciones contenidas en la propia ley sobre la actuación de las sociedades extranjeras. Opinión tal es más incomprensible cuanto que el propio autor informa que es en la *Ley de Nacionalidad* en la que se precisan los requisitos para considerar mexicana una sociedad, si bien erróneamente indica que tal se dispone en el art. 9o. A pesar de ello, y de que, como es bien sabido, la mencionada Ley es de rango constitucional (art. 1o.), el propio autor aduce que una sociedad es mexicana por el mero hecho de constituirse en México "... independientemente de que establezca su domicilio en la República Mexicana", con lo cual parece no tener presente que en nuestro país pueden constituirse sociedades extranjeras, como en el extranjero podría constituirse una sociedad mexicana mediante la simple comparecencia de los otorgantes ante el respectivo cónsul general de México, en funciones de notario público: bastaría con que se estipule su constitución de acuerdo con las leyes mexicanas y el establecimiento de su domicilio en cualquier lugar de la República Mexicana.

7.3 Relaciones de la sociedad y los socios (sustantiva y adjetivamente)

Una vez otorgado el contrato social, se crea una amplia trama de relaciones sociedad-socios, que plantean obligaciones y derechos e igualmente deberes recíprocos. Las primeras, como es sabido, y conforme a las reglas generales en materia contractual, son coactivamente exigibles, pero el afectado por el

¹¹ *Asambleas, fusión, liquidación y escisión de las sociedades mercantiles*, 9a. ed., Editorial Porrúa, México, 2003, pág. 212.

incumplimiento puede optar por la rescisión del contrato con todas sus consecuencias; los deberes, en cambio, no son coactivamente exigibles y su incumplimiento sólo acarrea la caducidad del derecho o derechos de quienes los incumplan. Más adelante (*infra*, 7.6 y 7.7) se desarrollarán con mayor detenimiento estos temas.

7.4 Los acreedores sociales frente a los socios (sustantiva y adjetivamente)

Si no se olvida que las sociedades mercantiles tienen una personalidad jurídica diversa de la de sus socios, la conclusión lógica tendría que ser en el sentido de que los acreedores sociales carecen de todo derecho y acción en contra de los socios, pero afirmación tan rotunda puede encontrar en la práctica dos salvedades:

- 1a. Que los socios se constituyan personalmente garantes de alguna o varias deudas sociales.
- 2a. En las *sociedades* llamadas *de personas* que, como se recordará, son la *colectiva* y la *comandita simple*, todos los socios, en la primera de ellas, y los socios comanditados, en la segunda, "... responden, de modo subsidiario, ilimitada y solidariamente de las obligaciones sociales" (arts. 25 y 51, *LGSM*).
- 3a. En la sociedad de responsabilidad limitada, cuando así quede establecido en los estatutos, los socios tendrán obligación de hacer aportaciones suplementarias, que no podrán consistir en trabajo o servicios (art. 70, *LGSM*).

7.5 Los acreedores de los socios

Las relaciones sociedad-socio pueden repercutir en las establecidas entre dicho socio y los terceros, sean acreedores o deudores. En cuanto acreedores, estos últimos, llegado el caso, pueden hacer efectivos sus derechos sobre los créditos que el socio tenga en contra de la sociedad, y, como deudores, la sociedad podría llegar a exigir de ellos las sumas que adeuden al socio.

La situación del acreedor es diversa según que su deudor sea socio de una sociedad de personas o de capitales. En el primer caso, el acreedor sólo puede "... hacer efectivos sus derechos... sobre las utilidades que correspondan al socio según los correspondientes estados financieros, y, cuando se disuelva la sociedad, sobre la porción que le corresponda en la liquidación...", pero también puede "... hacer efectivos sus derechos sobre cual-

quier otro reembolso que se haga a favor...” del socio, e igualmente puede embargar la porción que a su deudor corresponda en la liquidación.

En cambio, si el deudor es miembro de una sociedad por acciones, vale decir, accionista, el acreedor puede embargar y hacer vender las acciones de su deudor (art. 23, *LGSM*).

Independientemente de lo anterior, en ambos tipos de sociedades el socio deudor puede pignorar, a favor del acreedor, sus derechos patrimoniales en contra de la sociedad respectiva y, además, constituir prenda sobre los títulos accionarios respectivos.

7.5.1 El *status* de socio

Como se sabe, en el mundo del derecho un *status* es un conjunto de derechos, obligaciones, deberes y cargas, todos ellos de contenido jurídico, derivados de la situación o condición especial de una persona física o moral, pero también de una colectividad e incluso de un país. Se habla, así, del *status* de minoría de edad, de casado, de delincuente, de quebrado, de guerra, de sujeción a proceso, etcétera.

Pues bien, el de socio es un verdadero *status*, ya que en torno de él existe una trama de derechos, obligaciones, deberes y cargas propios de su condición de miembro de la sociedad. Calidad tal, como ya se ha visto, es fácilmente transmisible en la sociedad anónima, mediante el endoso y entrega de los títulos accionarios, no así en las sociedades de personas, en las que se precisa de una reforma estatutaria y del consentimiento de los demás socios.

7.6 Obligaciones de los socios

La principal, no cabe duda, es la de efectuar las aportaciones al capital social, a tal punto que, de no efectuarlas en la forma y términos convenidos, la sociedad tiene acción judicial contra el socio moroso, para obligarlo al cumplimiento. Puesto que más adelante (*infra*, 10.15) habrá oportunidad de examinar las demás obligaciones de los accionistas, por ahora sólo se mencionarán las de los socios en las sociedades de personas:

- *Razón social*. Permitir que su nombre figure en la razón social, aunque deje de ser socio (arts. 25, 27, 29, 51 y 52, *LGSM*).
- *Deudas sociales*. Responder de modo subsidiario, ilimitada y solidariamente, de las obligaciones sociales (arts. 25 y 51).
- *Competencia*. Abstenerse de realizar, directa o indirectamente, actividades del mismo género de las que constituyen el objeto social, salvo con el consentimiento de los demás socios (arts. 35 y 57).

- *Aportaciones suplementarias*. En la sociedad de responsabilidad limitada, efectuar aportaciones suplementarias, siempre que así lo prevea el contrato social, que no podrán consistir en servicios (art. 70).

7.7 Derechos de los socios

Una vez más a reserva de analizar los que les asisten en la s.a., que con cierto detalle se examinarán más adelante (*infra*, 10.15), cabe apuntar, desde ahora, que en todos los tipos sociales mercantiles los derechos son de dos categorías: patrimoniales o pecuniarios y extrapatrimoniales o corporativos. Por lo que hace a las sociedades personales, los derechos son los siguientes:

- De carácter patrimonial:
 - a) *Dividendos*. A percibir la participación que les corresponda en las utilidades, conforme a lo acordado por la junta de socios (arts. 16-I y II).
 - b) *Cuota de liquidación*. Disuelta la sociedad, a recuperar el remanente, una vez cubiertas las deudas sociales (art. 48).
 - c) *Alimentos*. “Los socios industriales deberán percibir, salvo pacto en contrario, las cantidades que periódicamente necesiten para alimentos...” (arts. 49 y 57). Recuérdese, empero, que en la práctica societaria mexicana no existen estos socios.
 - d) *Remuneración*. “Los socios capitalistas que administren podrán percibir periódicamente, por acuerdo de la mayoría de los socios, una remuneración con cargo a gastos generales” (arts. 49 y 57).
 - e) *Amortización de partes sociales*. En la s. de R.L. está permitida, si los estatutos lo prevén, la amortización de partes sociales con utilidades repartibles; en tal caso, y siempre si lo autorizan los estatutos, podrán expedirse a los socios afectados, certificados de goce que les pueden conferir derecho a percibir ciertas utilidades, e incluso a votar y a una cuota de liquidación después de reembolsadas las partes sociales no amortizadas (arts. 71 y 137).
 - f) *Intereses constructivos*. En la misma s. de R.L., y como forma de estimular las inversiones en este tipo social, la ley permite que en los estatutos se consigne la posibilidad de acordar que se conceda a los socios —no necesariamente a todos—, sobre el monto del capital desembolsado, intereses por un máximo de nueve por ciento anual y de tres años, que se cargarán a gastos generales, o sea que deben pagarse aunque no se perciban utilidades (art. 85).

- De carácter extrapatrimonial.

Una vez más, sólo en relación con las sociedades de personas, son los siguientes:

- Deliberación y voto.* Tal vez sean estos derechos los más importantes, pues son los que contribuyen a formar la voluntad social. Las decisiones, siempre tomadas por mayoría, se adoptarán, conforme el dictado de los estatutos, por votación nominal o por cantidades aportadas (arts. 46, 57, 77 y 79).
- Tanto o preferencia.* Si se autoriza la cesión de una o más partes sociales a persona extraña a la sociedad, los demás socios tienen derecho de preferencia para adquirirlas (arts. 33, 57 y 66).
- Retiro.* Cuando los estatutos autoricen la modificación de los mismos por mayoría de votos, los socios inconformes tienen derecho de retirarse de la sociedad, esto es, de recibir el reembolso de sus aportaciones (arts. 34 y 57). El mismo derecho asiste al socio inconforme con la designación de administrador extraño a la sociedad (arts. 38 y 57).
- Interventor.* “Los socios no administradores podrán nombrar un interventor que vigile los actos de los administradores, y tendrán derecho de examinar el estado de la administración, la contabilidad y papeles de la compañía,…” (arts. 47 y 57).

7.8 Documento social

Aunque en la práctica se emplean como sinónimos, las expresiones *escritura constitutiva* y *estatutos sociales* en sentido estricto no lo son. La primera es el instrumento notarialmente otorgado al constituirse la sociedad, en el cual el fedatario —que también lo puede ser un corredor público— hace constar la voluntad de los socios en tal sentido; los estatutos son, en cambio, las cláusulas con arreglo a las cuales funcionarán la sociedad y sus órganos. Así debe entenderse lo dispuesto por el art. 6o., último párrafo, *LGSM*.

En efecto, el documento constitutivo de toda sociedad mercantil, así como sus reformas, deben otorgarse ante notario (art. 5o., *LGSM*) o ante corredor público (art. 6o.-VI, *LFCEP*), e inscribirse en el Registro Público de Comercio del domicilio social (arts. 21-V y 23, *C.Com.*), anteriormente se tramitaba el permiso en la Secretaría de Relaciones Exteriores; de acuerdo

con la reforma publicada en el *DOF* el 15 de diciembre de 2011, hoy se realiza ante la Secretaría de Economía (arts. 15, 16 y 16-A, *LIE*).

Sobre el particular, la propia SRE hizo publicar, en el *DOF* del 4 de agosto de 2009, el Acuerdo por el que se dio a conocer que la recepción de las solicitudes de permisos para el uso de denominación para la constitución de sociedades mercantiles y los avisos de uso de los permisos otorgados, podrán otorgarse por medios electrónicos. Tal Acuerdo consta de los siguientes dos puntos:

“*Primero*. La recepción y resolución de las solicitudes de permisos para el uso de denominación para la constitución de sociedades mercantiles y los avisos de uso de los permisos podrán realizarse por medios electrónicos, para lo cual el interesado deberá acceder al Portal de Internet del Gobierno Federal denominado ‘Tu empresa’ en la siguiente dirección: www.tuempresa.gob.mx”.

“*Segundo*. Los trámites para la expedición a que se refiere el artículo 27 constitucional que se realizaban en la Delegación Álvaro Obregón, se llevarán a cabo en la Secretaría de Economía ubicada en Alfonso Reyes número 30, Col. Hipódromo Condesa, C.P. 06140, Del. Cuauhtémoc, México, Distrito Federal, Tel. (55) 5729-9100 y 01(800) 08 32-666.”

7.8.1 Cláusulas esenciales de la escritura social

Al igual que todo contrato, el de sociedad precisa de cláusulas esenciales, que, como se sabe, son de indispensable adopción, pues la ley no las presume y sin ellas será inexistente o, en el mejor de los casos, nulo, pues su omisión estatutaria impediría el funcionamiento de la sociedad.

La propia *LGSM* (art. 60.) da la pauta para calificar de esenciales las siguientes:

- Nombre, nacionalidad y domicilio de los socios otorgantes de la escritura constitutiva (frac. I).
- Objeto social (II).
- Nombre (III).
- Duración, que podrá ser indefinida de acuerdo con la reforma publicada en el *DOF* el 15 de diciembre del 2011 (IV)..
- Importe del capital social (V).
- Mención detallada de las aportaciones al capital social y la indicación de si es fijo o variable (VI).
- Domicilio (VII).

Y la demostración de que se trata de cláusulas esenciales está en lo dispuesto por el art. 7o., en el sentido de que si no se insertan las demás cláusulas previstas por el art. 6o., se aplicarán las disposiciones respectivas de la propia *LGSM*.

Conviene, empero, formular dos apostillas:

- a) Como antes se dijo (*supra*, 6.3.3), la exigencia legal de que se mencione el objeto social no puede sino entenderse en el sentido de que se precisen las actividades que ha de realizar la sociedad, que normalmente serán de índole comercial.
- b) La cláusula de duración no impone la necesidad de precisarla en términos cronológicos; nuestras autoridades judiciales y administrativas la han venido tolerando con el empleo del adjetivo *indefinida*.

Jurisprudencia. Sin embargo, es necesario consignar aquí el siguiente criterio judicial, según el cual en los estatutos sociales debe estipularse un tiempo determinado y cierto de duración de la sociedad:

“Sociedad anónima de capital variable. Su duración no es indefinida sino de fecha cierta (*Ley General de Sociedades Mercantiles*)”.

Primer Tribunal Colegiado en Materia Civil del Tercer Circuito. Amparo directo 498/2006. René Justín Rival León. 16 de noviembre de 2006. Unanimidad de votos.

En otro ordenamiento legal de mayor jerarquía, como lo es la *Ley de Inversión Extranjera*, queda claramente impuesta la necesidad de estipular, en los estatutos de toda sociedad, cualquiera de dos posibles cláusulas en materia de capital extranjero, esto es, de la *IED*:

- La de absoluta exclusión, como accionistas, de inversionistas extranjeros, aun indirectamente, lo que supone también la inadmisibilidad, como accionistas, de sociedades con cláusula de admisión de extranjeros.

El propósito de esta cláusula es por demás claro: que a la sociedad respectiva se le considere, para todos los efectos legales, e incluso fiscales, como inversionista mexicana (art. 2o.-VII). Por tanto, cuando se modifique esta cláusula de exclusión de extranjeros y se sustituya por la de admisión, deberá notificarse a la Secretaría de Relaciones Exteriores, dentro de los treinta días hábiles siguientes a la modificación (art. 16, 2o. párr.).

- La que propicie la admisión de la *IED*, en cuyo caso será necesario insertar también la llamada *cláusula Calvo*, prevista en el art. 27-I de la *CPEUM*, en cuyos términos, como es sabido, todo extranjero que adque-

ra un interés o participación en estas sociedades acepta, por ese solo hecho, considerarse como mexicano respecto de uno y otra, y en no acudir a la protección de su gobierno, so pena, en caso contrario, de perder tal interés o participación en beneficio de la Nación Mexicana (art. 15, *LIE*).

7.8.2 Cláusulas para ampliar la capacidad social

A lo menos en la práctica mexicana, es frecuente incluir, en la mención del objeto social, actividades que en verdad resultan innecesarias, por obvias. He aquí un sumario elenco de ellas: obtener la protección administrativa de elementos de la propiedad industrial, como marcas, patentes, etc.; celebrar contratos de compraventa o de arrendamiento de los locales que desea ocupar o desocupar; abrir y operar cuentas bancarias; operar con títulos de crédito en actividades propias de su giro, etcétera.

Es evidente que tales y otras cláusulas semejantes son ociosas, pues no incrementan la capacidad social.

Igualmente conocida en la práctica es la adopción de varios objetos sociales, con la intención de realizar sólo uno o varios de ellos en forma inmediata, y otro u otros en un futuro de duración más o menos impredecible. Así ocurre, a guisa de ejemplo, con sociedades cuyo objeto principal es la explotación de restaurantes, pero que dejan abierta la posibilidad de operar también la compraventa, importación y exportación de artículos diversos, como juguetes, libros, aparatos electrodomésticos, medicamentos y otros.

Finalmente, la decisión de extender o modificar el objeto social precisará de una modificación de la cláusula respectiva.

7.8.3 Cláusulas naturales

Son, en cambio, cláusulas de inserción no forzosa, pues en estos casos la *LGSM* suple su ausencia (art. 60.):

- El número, facultades y nombramiento de los administradores, pues tales supuestos podrán ser acordados en todo momento por la asamblea o junta de socios (arts. 60.-VIII y IX 10, 37, 40, 57, 74 y 181-II).
- La forma de distribuir las utilidades o pérdidas, que también será acordada por el órgano supremo (arts. 60.-X, 16 y 117).
- El importe del fondo de reserva, cuyo monto mínimo se determina en el art. 20 (art. 60.-XI).
- La disolución anticipada de la sociedad (art. 60.-XII), pues los supuestos genéricos están previstos por el art. 229.

- El procedimiento de liquidación, que ante el silencio estatutario se ajustará al acuerdo de la junta o asamblea, o bien a las previsiones de los arts. 234 y 249.

7.8.4 Cláusulas accidentales

Son todas aquellas que, sin atentar contra disposición legal alguna, se ajusten a las necesidades o conveniencias de la sociedad y de los socios. Los ejemplos podrían ser numerosos, por lo que sólo se consignarán algunos de los más frecuentes en la práctica mexicana: *a)* no admisión de socios extranjeros; *b)* limitación de la tenencia accionaria; *c)* diversas series de acciones con derechos y obligaciones diferentes; *d)* restricciones a la libre transmisibilidad de las acciones.

Sobre este particular, el proyecto argentino al que antes se ha hecho referencia prescribe, con toda claridad, que cualquier modificación a los estatutos sociales de la s. de r.l. y de la sociedad por acciones (nombre que ahora corresponde a la sociedad anónima), mientras no se inscriban en el registro público respectivo, sólo obligan a los socios otorgantes, no así a la sociedad, a los socios y a los terceros.

UNIDAD 8

Sociedades inexistentes, de hecho e irregulares*

8.1 Concepto de cada una de ellas

Poco es lo que puede decirse de las sociedades inexistentes, pues el vocablo mismo proclama su calidad jurídica. Se trata, sin duda, de la pretendida actuación colectiva o societaria de una o más personas, que se ostentan con un carácter que no les corresponde, como si se tratara de una persona moral.

Obviamente, no se refiere a ellas el art. 2o., que, como lo acepta la doctrina, según se verá más adelante, y también la jurisprudencia mexicanas, son las sociedades cuya existencia consta en un documento privado o público pero no inscrito en el RPC. Por tanto, la actuación de las personas que pretenden hacer creer a terceros la existencia de una sociedad, debe acarrear todas las consecuencias de la simulación, pero en modo alguno las que corresponden a las sociedades irregulares, pues, ante todo, puede invocarse aquí el grave descuido con el que actúan los terceros, que por hipótesis no se toman la mínima molestia de comprobar siquiera la existencia de un

* Los preceptos que se mencionan en esta unidad son, salvo que otra cosa se diga, de la *LGSM*.

documento a guisa de escritura social, por lo cual es dudosa, en estos casos, la aplicabilidad de los preceptos que reconocen cierta validez a los actos o contratos celebrados de buena fe, la que, por supuesto, también es dable que se presente en circunstancias como las que aquí se examinan, si bien todo parece indicar que en las mismas no sería válido presumir la buena fe.

Como resumen de lo expuesto, podría pretenderse la aplicabilidad de lo que dispone el art. 2o., cuarto párrafo, en cuanto proclama que: “Las relaciones internas de las sociedades irregulares se regirán por el contrato social respectivo y, *en su defecto, por las disposiciones generales y por las especiales de esta ley, según la clase de sociedad de que se trate*”.

En cambio, la *LGSM* sí prevé la existencia de las sociedades irregulares o “de hecho”, entendidas como tales las que, constituidas o no ante notario o corredor público, no se inscriben en el *RPC* y, por tanto, *stricto sensu* carecen de personalidad jurídica. Sin embargo, en protección de los intereses de terceros, y aun de los socios no culpables de la irregularidad, nuestra ley las sujeta a un régimen especial, del que se dará cuenta a continuación.

8.2 Diferencias

De ser cierto lo anterior, una sociedad mercantil sólo es irregular cuando no está inscrita en el *RPC*, lo que, como se expresó, no impide el que tenga personalidad jurídica, la que fácilmente adquiere con sólo exteriorizarse frente a terceros, en cualquier forma.

Ahora bien, no debe confundirse entre sociedades irregulares y sociedades con objeto ilícito o que habitualmente realicen actos ilícitos, pues en este caso la *LGSM* (art. 3o.) proclama su nulidad y exige que se proceda a su inmediata liquidación, lo que puede pedirse por cualquier persona, incluso por el Ministerio Público. La liquidación se ajustará al mecanismo y consecuencias que se examinarán *infra*, unidad 9.

8.3 Responsabilidades

- Quienes actúen como representantes obligarán a la sociedad, pero igualmente les incumbirá responsabilidad personal frente a terceros, si bien de modo subsidiario, aunque entre ellos será solidaria e ilimitada, sin excluir la responsabilidad penal (arts. 2o., quinto párrafo, y 7o., tercer párrafo, *LGSM*).

- Los socios no culpables de la irregularidad pueden accionar en contra de los que sí lo sean y de los representantes, para exigirles el pago de los daños y perjuicios que se les causen (art. 2o., 6o. párr.).

Tras de recordar que el legislador mexicano de 1934 consideró que las complejas situaciones que crean las sociedades irregulares o de hecho pueden desaparecer, en la medida en que el otorgamiento de la personalidad jurídica derive de un acto de voluntad del Estado, **Mantilla Molina**¹ apunta que las sociedades irregulares nunca desaparecerán, pues a su juicio siempre operarán razones de ignorancia, descuido o mala fe, y los hechos vinieron a demostrarlo, por cuanto las sociedades irregulares no desaparecieron bajo la vigencia de la mencionada Ley, lo que dio lugar a la adición de que fue objeto, en 1942, el art. 2o., para reconocer también personalidad jurídica a las sociedades mercantiles no inscritas, por el mero hecho de que se exterioricen como tales frente a terceros, lo que sin lugar a dudas fue un avance en beneficio de los socios y de los terceros que contratan con estas sociedades no inscritas.

8.4 Tratamiento legal

Sin embargo, y como tantas veces se ha dicho, nuestra ley reconoce personalidad jurídica a estas sociedades, con todas sus consecuencias, una vez que se exterioricen como tales frente a terceros (art. 2o., 3er. párr.).

En cuanto a las relaciones internas, se rigen por sus estatutos y, si no los hubiere, por las disposiciones generales y las especiales de la propia *LGSM*, según el tipo social adoptado (art. 2o., 4o. párr.).

8.5 Efectos y consecuencias de cada una de ellas

Es posible que la irregularidad de estas sociedades llegue al extremo de que ni siquiera consten en instrumento público, sino privado. En tal caso, si el documento consigna los requisitos esenciales examinados *supra*, 7.8.1, cualquiera de los socios podrá exigir judicialmente la formalización pública del documento (art. 7o., 1er. párr.).

El mismo tratamiento legal merece el supuesto de que el instrumento público no se presente para su inscripción registral dentro de los quince días siguientes a su fecha (art. 7o., 2o. párr.).

¹ *Derecho mercantil*, 22a. ed., Editorial Porrúa, México, 1982, págs. 227 y 228.

La *Ley de Sociedades Comerciales* argentina se pronuncia en forma semejante a la nuestra, si bien permite que la existencia de la sociedad se acredite "... por cualquier medio de prueba" (art. 25); a lo anterior, el varias veces mencionado proyecto de dicho país añade la prueba de presunciones.

8.5 bis La doctrina mexicana

Sin perjuicio de lo que se expondrá más adelante (*infra*, unidad 9), parece necesario anticipar que una sociedad inscrita en el RPC no puede ser declarada nula, pues así lo dispone el art. 2o., lo que autoriza a **Mantilla Molina**² para considerar que la inscripción tiene un efecto sanatorio absoluto, sin que obste a ello la circunstancia de que el consentimiento de alguno de los socios se haya dado por error, arrancado por violencia u obtenido por dolo.

Tras de elogiar la reforma introducida en 1942 al art. 2o., que, como se ha dicho, vino a reconocer personalidad jurídica a las sociedades irregulares, a condición de que se hayan exteriorizado como tales frente a terceros, el mismo autor³ aclara que, sin embargo, "... bajo la vigencia del primitivo texto del artículo 2o., cabría sostener la personalidad de las sociedades irregulares, ya que literalmente la ley no hablaba de las sociedades no inscritas, ni para concederles ni para negarles personalidad; y, por otra parte, el artículo 25 del *C.C.* (actualmente el *C.Civ.*) considera a las sociedades mercantiles personas morales, sin distinguir si están inscritas o no lo están".

Por lo que re refiere a las que antes se ha calificado de sociedades inexistentes, el mismo **Mantilla Molina**⁴ afirma que cuando una sociedad tenga existencia puramente verbal, en cuyo caso las dificultades de prueba son de extrema gravedad, la existencia de la sociedad, e incluso la de sus cláusulas esenciales, pueden demostrarse mediante confesión de las partes, declaraciones de los trabajadores y clientes, libros de comercio, emblemas, documentos que aludan a la propia sociedad, etc. Empero, cabe recordar aquí lo dicho anteriormente a propósito del estado mental de los terceros, por lo que se refiere a su buena o mala fe al relacionarse con semejante fantasmagoría jurídica.

Finalmente, no carece de interés el evocar aquí la opinión del propio **Mantilla Molina**⁵ en el sentido de que una sociedad civil, e incluso una asociación en participación que actúe bajo un nombre social, y que de hecho se

² *Ibidem*, págs. 228-229.

³ *Ibidem*, págs. 231-232.

⁴ *Ibidem*, pág. 234.

⁵ *Ibidem*, pág. 235.

dediquen a ejercer el comercio, deben considerarse como sociedades mercantiles irregulares, pues incurren en el supuesto del multicitado art. 2o.

Por su parte, **Barrera Graf**⁶ apunta la existencia de las que llama “sociedades durmientes”, que se presentan en la vida de los negocios a resultas de pactos entre varios empresarios, con las más diversas finalidades, algunas de ellas de dudosa legalidad, como los destinados a regular la oferta de productos o servicios, la constitución de fondos para efectuar campañas publicitarias y algunos otros, con lo que de hecho configuran verdaderos consorcios.

Otro ejemplo de una “sociedad durmiente” es el de una sociedad debidamente constituida e inscrita en el RPC, pero que durante algún tiempo no realiza operación alguna por razón de que los socios no desean hacer públicas sus relaciones, ni ostentarse agrupados en una sociedad, o, por último, cuando los otorgantes actúan para prevenir la aplicación de ciertas restricciones. En todos estos casos, apunta **Barrera Graf** que tales sociedades son irregulares, pues en realidad no funcionan con calidad verdaderamente societaria, y tal vez incluso sin personalidad jurídica.

El mismo autor⁷ critica severamente el reconocimiento legal de estas sociedades irregulares, que, según informa, no son reconocidas por los derechos extranjeros, pues nuestra *LGSM* carece de sanciones penales o administrativas para quienes propicien la irregularidad luego “... en vez de tratarse de un régimen represivo, nuestro sistema... constituye un aliciente para la constitución y el funcionamiento de tales fenómenos irregulares. Es insólito, además, reconocer la personalidad jurídica de las sociedades irregulares por el mero hecho de exteriorizarse, lo que puede constituir una conducta caprichosa de quien represente a la sociedad irregular”. Categóricamente opina este autor que debería volverse al régimen original e imponer penas y responsabilidad solidaria, tanto a la sociedad irregular, como a quienes la representen en la celebración de cualquier operación, e incluso a los socios responsables de la irregularidad.

Por último, **García Rendón**⁸ participa de la antes expuesta opinión de **Barrera Graf**, en el sentido de que todos los que aparezcan como socios de estas sociedades son responsables de la irregularidad, ya sea por dolo o negligencia; por ello, le parece que no tiene sentido lo dispuesto en el tantas veces citado art. 2o., en cuanto prevé la existencia de socios no culpables de la irregularidad. Igualmente niega este autor ventaja alguna de la reforma

⁶ *Instituciones de derecho mercantil*, 3a. reimp., Editorial Porrúa, México, 1999, pág. 337.

⁷ *Ibidem*, pág. 343.

⁸ *Sociedades mercantiles*, 2a. ed., Oxford University Press, México, 1999, págs. 127 y siguientes.

introducida en 1942 al citado precepto legal, por considerar que si en verdad se trató de proteger a los acreedores, "... la protección ofrecida es harto dudosa porque la atribución de personalidad jurídica a las sociedades irregulares trae como consecuencia que sus bienes y responsabilidades se consideren como autónomos, esto es, distintos de los bienes y responsabilidades de los socios; circunstancia que puede dar lugar a que se abuse impunemente de las sociedades capitalistas, cuando personas insolventes extrañas a ellas actúen como sus representantes, mandatarios o gestores oficiosos... En consecuencia, debería considerarse, como cuestión de *lege ferenda*, que los socios de la limitada y de la anónima irregulares incurrir en responsabilidad solidaria e ilimitada por las obligaciones sociales, independientemente de que sean culpables o no de la irregularidad".

La conclusión de todo ello es por demás obligada: nuestra Ley clama por un reordenamiento de estas sociedades inexistentes, "durmientes", de hecho e irregulares.

UNIDAD 9

Sociedades ilícitas

9.1 Concepto

En términos de la Ley mexicana, una sociedad es ilícita cuando su objeto lo es o cuando habitualmente realice actos ilícitos.

9.2 Ilícitud por su objeto

Conviene advertir que la ilicitud en el objeto puede ser genética o superveniente. El primer caso supone que se constituye con un objeto que ya es ilícito, mientras que en el segundo la ilicitud se presenta en el curso del tiempo.

Un claro ejemplo de este último supuesto es el de una sociedad que fabrica, distribuye o comercia con un medicamento cuyas propiedades nocivas se descubren con posterioridad y, por tanto, se prohíbe su comercialización. Es lógico que, a partir de ese momento, el objeto social deviene ilícito (art. 3o.).

9.3 Ilícitud por sus actividades

El supuesto legal es, en este caso, el de una sociedad que, bajo un manto de legalidad en su objeto social, de hecho realiza actividades ilícitas.

9.4 Consecuencias

Conforme a la regulación mexicana, la ilicitud de que se trata debe traer consigo:

- La realización del activo social para cubrir los pasivos.
- La aplicación del remanente, si lo hubiere, al pago de la responsabilidad civil en que se hubiere incurrido y, en caso contrario, a la Beneficencia Pública local.

La primer posibilidad es, en verdad, de por demás difícil existencia, pues supone que el fedatario público autorizó la constitución en infracción de una ley, lo que, por otra parte, daría lugar a la imposición de las respectivas sanciones previstas por las diversas leyes del notariado. En cuanto a la posibilidad de que se realicen habitualmente actos ilícitos, supone, dado el uso del adverbio, que no se trata de actos ocasionales, aislados o esporádicos, sino reiterados.

Aquí conviene precisar que esta ilicitud puede ser originaria o superveniente; la primera plantea la realización de actos lícitos, propios del objeto social, pero al mismo tiempo la de actos ilícitos, al paso que la segunda, no desconocida en la práctica internacional y mexicana, supone que un acto lícito deviene ilícito por alguna disposición legal o administrativa superveniente. Bien conocido es el ejemplo de la fabricación y venta de productos medicinales o alimenticios que la autoridad competente (con frecuencia la sanitaria) encuentra que son nocivos para la salud o la vida humana, o bien dañinos para manifestaciones del entorno: claro es que a partir de que surta efectos la prohibición, la realización de actividades conectadas con la fabricación o comercio de los citados productos se vuelve ilícita, con la obligada consecuencia de suspender su realización, a efecto de no incurrir en la ilicitud prevista por el precepto legal que se examina, con todas sus consecuencias, principalmente la del pago de los daños causados por el uso o consumo del producto nocivo.

Como era de esperarse, en ambos casos los efectos legales son devastadores, pues las sociedades "... serán nulas y se procederá a su inmediata

liquidación, a petición que en todo tiempo podrá hacer cualquiera (*sic*) persona, incluso el Ministerio Público, sin perjuicio de la responsabilidad penal a que hubiere lugar”, en la inteligencia de que, pagadas las deudas sociales y la responsabilidad civil en que se hubiere incurrido, los remanentes no podrán aprovechar a los socios, sino que deberán aplicarse a la Beneficencia Pública del domicilio social (art. 3o.).

Con severidad crítica **Mantilla Molina**¹ el pasaje respectivo del art. 3o., cuya formulación moteja de deplorable, por las siguientes razones:

- a) Confunde los casos de finalidad ilícita y de realización habitual de actos ilícitos, y estima que es absurdo que esta última produzca la nulidad del acto constitutivo.
- b) Omite señalar quién hará la liquidación de la sociedad, por cuanto no es lógico confiarla a los socios y a las personas que ellos designen.
- c) Proclama que el remanente debe aplicarse al pago de la responsabilidad civil, lo cual configura el absurdo jurídico de que tal responsabilidad no es una deuda social, sin contar con que tal norma es de carácter puramente concursal, luego está fuera de lugar.
- d) Al pretender que el sobrante del patrimonio social se aplique a la Beneficencia Pública, intenta dar patente de validez a tamaña sanción confiscatoria, prohibida por el art. 22 de la *CPEUM*.

Especial preocupación muestra **García Rendón**² de cara a la existencia y tratamiento legal de estas sociedades nulas; con toda razón afirma que sobre este punto existe una gran confusión en la doctrina nacional y extranjera, por lo que admite que en su tratamiento se aparta de la doctrina mexicana, en un afán “... de facilitar a nuestros jóvenes alumnos la comprensión del tema dentro del contexto general de la *Teoría de las obligaciones* impartida a nivel universitario y contenida en nuestra legislación civil”.

Tras de proclamar la existencia de sociedades absoluta, relativa y legislativamente nulas, hace un recorrido por las consecuencias en cada caso, algunas de las cuales se examinaron aquí con anterioridad, para concluir en que no todos los casos acarrearán el exterminio de los efectos del negocio social, ni de los actos ilícitos que la sociedad hubiere ejecutado, y en que es confiscatoria la disposición en el sentido de que el remanente social, una vez cubiertos los conceptos de responsabilidad, se atribuya a la beneficencia pública, lo que a su juicio es contrario a lo dispuesto por el art. 22 de la *CPEUM*.

¹ *Derecho mercantil*, 22a. ed., Editorial Porrúa, México, 1982, págs. 229 y 230.

² *Sociedades mercantiles*, 2a. ed., Oxford University Press, México, 1999, págs. 129 y siguientes.

UNIDAD 9 *bis*

Sociedad de responsabilidad limitada

9 *bis.1* Importancia actual y concepto

La afirmación en el sentido de que, tanto en nuestro país como en muchos otros, esta sociedad guarda, en cuanto a su importancia, una gran distancia por debajo de la s.a., resulta por demás obvia. Sin embargo, llama la atención el hecho de que algunas empresas de reconocida importancia mundial han adoptado, en ciertos países, la forma de la s. de R.L. Tal ocurre con la conocida organización comercial Wal-Mart, que en nuestro país opera bajo esta forma social, por razones no reveladas y tampoco fáciles de entender, aunque sí de suponer: tal vez la socia extranjera única no tiene interés en que estatutariamente el capital se divida en acciones, sino en partes sociales, con las ventajas que más adelante se mencionarán; además, tampoco le interesa que las posibles acciones mexicanas cotizaran en la Bolsa Mexicana de Valores (BMV), si ya sus acciones en los Estados Unidos de América se operan en la Bolsa de Nueva York.

A pesar de ello, no es aventurado afirmar que, estructurada la s. de R.L., ya desde su origen, para operar empresas de mediana importancia, es na-

tural que su importancia actual, con las salvedades expresadas, sea por demás escasa.

También parece lógico pensar que este tipo social no ha alcanzado gran importancia por razones de orden financiero. En efecto, el hecho de que su capital se encuentre dividido en partes sociales y no en acciones, de que además, salvo casos en verdad excepcionales, suele ser de escasa cuantía y de que, por último, no es obligatoria la existencia de un órgano de vigilancia, crea cierto clima de desconfianza por parte de las entidades crediticias, que por ello no suelen considerar a estas sociedades como sujetos preferenciales de crédito.

Con todo, según información fidedigna, se advierte un resurgimiento de este tipo social, por razones no del todo aclaradas, que podrían ser el resultado de una imitación extralógica, a la vista de importantes empresas internacionales, incluso en los Estados Unidos de América, que vienen adoptando esta forma.

De lo dispuesto por los arts. 58, 59, 61 y 62 se desprende el concepto de esta sociedad como sigue: es la que se constituye entre socios sólo obligados al pago de sus aportaciones, representadas por títulos no negociables, y que existe bajo denominación o razón social, seguida de la expresión “sociedad de responsabilidad limitada” o de su abreviatura, “s. de R.L.”, con un máximo de cincuenta socios y un capital social mínimo de tres mil pesos, dividido en partes sociales con valor de un peso o de un múltiplo de dicha cantidad.

Por tanto, sólo como un *lapsus calami* pueden calificarse las afirmaciones de **Vásquez del Mercado**¹ en el sentido de que el concepto está contenido en el art. 5 de la *LGS*; de que el capital mínimo es de tres millones de pesos y de que las partes sociales serán de un mil pesos o un múltiplo de dicha suma. La única explicación para ello podría consistir en que este autor pasa por alto la circunstancia de que, a partir de 1992, y con motivo del respectivo decreto-ley, operó un cambio en el régimen monetario, para dejar establecido que todas las cantidades mencionadas en las leyes nacionales deberían entenderse en una milésima parte, de tal manera que la indicación en miles de pesos sólo operaría, para lo futuro, simplemente como pesos. En otras palabras, como se expresaba en lenguaje coloquial, había que correr el punto decimal tres dígitos hacia la izquierda.

Así pues, cuando el art. 62 exigía, como capital mínimo de la S. de R.L., la cantidad de tres millones de pesos, es forzoso entender que se trata de tres mil pesos. Sin embargo con las reformas publicadas en el *DOF* el 15 de diciembre de 2011 ya no existe ese mínimo de capital. En cambio, como se verá más adelante, al examinar la S.A. (*infra*, 10.1), en este caso el legislador sí tuvo la atingencia de modificar el art. 89-II, para pre-

¹ *Asambleas fusión y liquidación y escisión de las sociedades mercantiles*, 9a. ed., Editorial Porrúa, 2003, págs. 268 y 269.

cisar que el capital social de la anónima no debe ser menor de cincuenta mil pesos, cabe aclarar que con la reforma implantada a la *LGSM* hoy no existe mínimo de capital.

En consecuencia, tampoco resulta verdadera, en la actualidad, la afirmación del mismo autor en el sentido de que las partes sociales deben ser de un mil pesos o un múltiplo de dicha suma, pues lo cierto es que, siempre por la misma razón, las partes sociales deben ser de un peso o un múltiplo de tal suma.

El antes invocado proyecto argentino de reforma a la *Ley de Sociedades Comerciales* admite que esta s. de R.L., así como la anónima, se constituyan con un solo socio, que puede ser una persona física o moral, pero en cualquiera de los casos el documento constitutivo debe otorgarse mediante instrumento público, exigencia que no opera respecto de las demás sociedades. En cuanto a la limitada, proclama, al igual que nuestra ley, en cincuenta el número máximo de socios.

Según informa **Heinsheimer**,² la s. de R.L. es una creación del derecho alemán, plasmada en las leyes de abril de 1892 y mayo de 1898, al presentarse la necesidad de crear una forma social en la que el riesgo de todos los asociados se limitara a una determinada suma, tal como ocurre en la S.A., pero que, por otra parte, estuviera rodeada de una mayor responsabilidad en su constitución y funcionamiento, como forma de tornarla apta para la actuación de empresas de mediana importancia, o bien de carácter transitorio, especialmente para empresas de familia. El mismo autor informa que el ejemplo alemán fue prontamente acogido en otros países, como Austria, Bulgaria, Francia, Suiza e Italia.

Una modalidad de esta s. de R.L., de muy relativa importancia actual, es la creada en 1934, consistente en la sociedad de responsabilidad limitada de interés público, según su ley especial, publicada en el *DOF* del 31 de agosto de 1934, en cuyos términos estas sociedades deben realizar actividades de interés público y particular conjuntamente, lo que corresponde resolver a la hoy Secretaría de Economía, por conducto de la Unidad de Asuntos Jurídicos, según Acuerdo publicado en el *DOF* el 9 de noviembre de 2005.

Véanse, a continuación, las principales características de estas sociedades, según se dispone en la citada Ley especial:

- Sólo pueden constituirse mediante autorización del Ejecutivo Federal (art. 2o.).
- Estas sociedades se rigen por las disposiciones generales de la *LGSM* y por las especiales en materia de sociedades de responsabilidad limitada (art. 5o.).
- Siempre deberán constituirse con capital variable (art. 6o.).
- Pueden tener más de veinticinco socios (art. 7o.).
- Serán administradas por un consejo de administración compuesto de tres socios por lo menos y, además, deberá constituirse un consejo de vigilancia integrado por un mínimo de dos socios (art. 10).

² *Derecho mercantil*, Editorial Labor, Barcelona, 1933, pág. 178.

- La Secretaría de Economía tendrá intervención en su funcionamiento, con una serie de atribuciones que la facultan, incluso, para promover su disolución y liquidación (art. 12).

9 bis.2 Examen del concepto legal

El apuntado concepto legal amerita varias consideraciones:

- Esta sociedad, así como la inexistente comandita por acciones (art. 210), son las únicas que pueden operar bajo razón o denominación social, lo cual pone de manifiesto su hibridismo orgánico.
- En efecto, como se verá un poco más adelante, a cada paso se encuentran características de uno u otro tipo de sociedades, de capitales y de personas (*supra*, 6.4.1 y 6.4.2), de tal manera que sobre este punto resulta válido afirmar que la s. de R.L. es una sociedad mixta. Casi resulta ocioso repetir que, en consecuencia, esta sociedad puede adoptar un nombre de fantasía, o bien el nombre de uno o varios de los socios, en este caso con las consecuencias que más adelante (*infra*, 9 bis.4) se apuntarán.
- La circunstancia de que el máximo de socios sea de cincuenta apunta, sin duda alguna, a la intención del legislador de mantenerla dentro del mediano y pequeño comercio, esto es, como si se tratara de una sociedad de personas. Por supuesto, todo esto resulta en la actualidad anticuado, y por lo mismo de muy escasa observancia, no sólo por razón de que el posiblemente reducido número de socios poco o nada repercute, por ejemplo, en el importe del capital social, pues un número mucho menor de cincuenta puede efectuar aportaciones cuantiosas, incluso muy superiores a los cincuenta mil pesos que como capital mínimo se requiere en la sociedad anónima; por otra parte, además, si no se olvida la actual escasa importancia numérica de esta sociedad, explicablemente arrollada por la s.A.
- Mas otra circunstancia aconseja la existencia de esa sociedad bajo denominación social: en caso de que opere bajo razón social y omita la indicación de que se trata de una s. de R.L., los socios responderán de las obligaciones sociales en forma subsidiaria, ilimitada y solidariamente (art. 25, por remisión del 59).
- Otra característica *sui géneris* de la razón social —totalmente desconocida en la práctica— es la prevista por el art. 60, en virtud del cual, si un tercero permite que su nombre figure en dicha razón social, responderá de las operaciones sociales hasta por el monto de la mayor de las aportaciones al capital social.

- Si bien al constituirse la sociedad, el capital social deberá estar íntegramente suscrito, podrá operar con un capital exhibido de por lo menos el cincuenta por ciento del valor de cada parte social. De esta suerte, y tal vez para colocarse en una situación caricaturesca, teóricamente es posible que una s. de R.L. inicie operaciones con un capital exhibido, esto es, pagado, de un mil quinientos pesos (art. 64).

Mantilla Molina³ acusa de inexacta la definición legal, por cuanto en ella se afirma que los socios solamente están obligados al pago de sus aportaciones, lo que resulta contradicho por el art. 70, que se examina *infra*, 9 bis.4, que permite el pacto que obligue a los socios a efectuar aportaciones suplementarias en proporción a sus primitivas aportaciones. Por tanto, es razonable la censura que formula dicho tratadista.

9 bis.3 Distinción entre acciones y partes sociales. Consecuencias

Examínense, en primer lugar, las expresiones legales que permitirán establecer la clara distinción entre las acciones y las partes sociales o partes de interés.

- Las partes sociales no pueden estar representadas por títulos negociables, a la orden o al portador, pues sólo son *cedibles* (*rectius*: cesibles) en los casos y con los requisitos que establece la *LGSM* (arts. 31, 33 y 58).
- En el caso de la s de R.L., estas partes sociales sólo pueden tener un valor de un peso o múltiplo de tal cantidad (art. 62).
- Las partes sociales son propias del capital de las llamadas sociedades de personas las que, como tantas veces se ha dicho, generalmente operan con un reducido número de socios, que además suelen ser conocidos unos de otros y dispensarse plena confianza.
- Ahora bien, puesto que en esta sociedad reviste trascendental importancia la calidad de los socios, resulta explicable que la exclusión de cualquiera de ellos o el ingreso de uno nuevo, ameritará la consecuente reforma estatutaria (arts. 65-70), con la circunstancia, además, de que la s. de R.L. debe llevar un libro especial de registro de los socios, en el cual se anotarán el nombre y domicilio de cada uno, con indicación de sus aportaciones y la transmisión de las partes sociales. Este libro presenta una singular característica de efectos publicitarios, por cuanto la transmisión de partes sociales sólo surte efectos frente a terceros después de

³ *Derecho mercantil*, 22a. ed., Editorial Porrúa, México, 1982, pág. 271.

operada la inscripción; además, cualquier persona que acredite un interés legítimo está facultada para consultarlo. La Ley lo encomienda al cuidado de los administradores y los responsabiliza, personal y solidariamente, de su regular existencia y de la exactitud de los datos en él consignados (art. 73).

- Mientras que las partes sociales son indivisibles, sea cual fuere su valor, salvo que se trate de partes con derechos diferentes, o que en los estatutos sociales se prevea la división o la cesión parcial (arts. 68 y 69), un accionista puede ser titular de cualquier número de acciones, cada una de las cuales otorga el derecho a un voto, y, además, el accionista puede, salvo disposición legal o estatutaria en contrario, transmitir libremente la totalidad o sólo algunas de sus acciones (arts. 112 y 113).

9 bis.4 Derechos y obligaciones de los socios

Véanse a continuación, sucintamente expresados, los derechos de los socios:

- Otorgar, colectivamente, su consentimiento para que cualquiera de ellos ceda sus partes sociales, y también para admitir nuevos socios (art. 65).
- Derecho de preferencia, cuando la cesión antes mencionada se autorice a favor de una persona extraña a la sociedad, en la inteligencia de que si fueren varios los interesados, tal derecho se ajustará a la proporción que cada uno de ellos tenga en el capital social (art. 66).
- Derecho de división y de cesión parcial de las partes sociales, cuando así se estipule en los estatutos (art. 69).
- Cuando así se prevea en los estatutos, la amortización de partes sociales sólo se efectuará con las utilidades repartibles como dividendos y, siempre que exista cláusula estatutaria sobre el particular, el socio afectado por la amortización tendrá derecho a que se le expida un certificado de goce que podrá incluir el derecho a participar en las utilidades e incluso el de voto (arts. 71 y 137).
- Todos los socios tienen derecho de preferencia para suscribir los aumentos del capital social, salvo que los estatutos lo supriman o que la asamblea respectiva tome una decisión diferente (art. 72).
- Cuando no haya designación de gerentes, todos los socios concurrirán a la administración de la sociedad (art. 74, en relación con el 40).
- Asiste a todos los socios el derecho de participar en las asambleas con un voto por cada peso de su aportación (art. 79).
- En cuanto a otros derechos colectivos, como el de que se convoque a asambleas en forma legal y el de que las mismas tomen acuerdos

con las mayorías necesarias, se mencionarán más adelante, al examinar la administración de la s. de R.L. (*infra*, 9 bis.5) y la asamblea (*infra*, 9 bis.6).

Nuestra ley es omisa con referencia a la posibilidad de que los socios puedan hacerse representar en las asambleas, lo que sí se dice a propósito de los accionistas (*infra*, 10.15.1.1), por lo que parecen admisibles dos posturas encontradas:

- a) La que rechace tal posibilidad, primeramente por la ausencia legal de disposiciones, pero también por considerar que se trata de una sociedad de personas, cuya actuación personalísima es por demás importante.
- b) La que sostuviera el derecho de los socios, no limitable por simples presunciones, de conferir su representación para actos que no son personalísimos, como lo es la participación en asambleas, claro es, a condición de que no exista clara estipulación estatutaria en contrario.

Todo apunta hacia la razonabilidad de esta segunda postura, independientemente de las consideraciones que, en cuanto a las formalidades del documento, se harán también *infra* 10.15.1.1.

Examínense a continuación, y también de modo sucinto, las obligaciones de los socios:

- Ante todo, el pago de sus aportaciones al capital de la sociedad (art. 58).
- Cuando así se estipule en los estatutos, efectuar aportaciones suplementarias en proporción a sus primitivas aportaciones. Empero, conviene hacer notar que esta posibilidad es prácticamente desconocida en nuestro medio (art. 70).

9 bis.5 La administración

En forma parecida a lo que dispone nuestra ley respecto de las sociedades de personas, también aquí la administración recae en todos los socios, a menos que se haga designación expresa de los gerentes, que por lo demás pueden ser socios o personas extrañas a la sociedad.

La designación de gerentes puede hacerse con carácter temporal, o bien por tiempo indeterminado; salvo estipulación en contrario, la asamblea puede revocarlos en cualquier tiempo (art. 74).

Las decisiones de los gerentes deben tomarse por mayoría de votos, a menos que los estatutos exijan que obren conjuntamente, en cuyo caso las resoluciones sólo serán válidas si se toman por unanimidad; la Ley, sin embargo, prevé la posibilidad de que se actúe frente a una emergencia que pon-

ga en peligro la vida de la sociedad, en cuyo caso la mayoría podrá tomar decisiones válidas (art. 75).

En cuanto a la responsabilidad de estos administradores, la Ley se muestra un tanto vaga, pues sólo indica que los gerentes que no hayan tenido conocimiento de cierto acto o que hayan votado en contra, quedarán libres de responsabilidad. Ahora bien, esta responsabilidad se limita al reintegro de las sumas respectivas al patrimonio social, sin mención alguna de la posible responsabilidad frente a terceros.

Tal acción de responsabilidad está sujeta a las siguientes reglas:

- a) Sólo pueden ejercitarla la asamblea y los socios individualmente considerados, si bien estos últimos no podrán hacerla valer cuando la asamblea, con votación favorable de las tres cuartas partes del capital social, haya resuelto absolver a los gerentes de responsabilidad.
- b) También los acreedores sociales podrán actuar en contra de los administradores, pero sólo en caso de quiebra de la sociedad, y a través del síndico (art. 76).

9 bis.6 La asamblea de socios: facultades, formalidades y requisitos

En su carácter de órgano supremo de la sociedad, a la asamblea de socios corresponde conocer y decidir sobre los asuntos que más adelante se mencionarán, si bien cabe aclarar que nuestra ley no distingue entre asambleas ordinarias y extraordinarias; como igualmente se mencionará, sólo consigna dos casos en los que se requiere de la votación emitida por una mayoría calificada, que son los relativos a la modificación de los estatutos (art. 78-VIII y X) y a la disolución anticipada de la sociedad (art. 78-XI), con la indicación de que tal punto debe ser resuelto, “salvo pacto en contrario” por la mayoría de los socios que representen, por lo menos, las tres cuartas partes del capital social, “... con excepción de los casos de cambio de objeto o de las reglas que determinen un aumento en las obligaciones de los socios, en los cuales se requerirá la unanimidad de votos” (art. 83).

No es difícil apreciar la defectuosa redacción del precepto, a lo menos en dos aspectos: *a)* no resultan claros los alcances de la posibilidad de que se adopte un “pacto en contrario” respecto de las tres cuartas partes del capital social, pues en rigor tal pacto podría consistir en la reducción o aumento de tal porcentaje, pero en cualquiera de los casos el pacto “no sería contrario” a lo dispuesto por la ley; *b)* tampoco resulta clara la “unanimidad

de votos” requerida para los casos de cambio de objeto o de modificación de las reglas sobre aumento en las obligaciones de los socios, pues tal “unanimidad” no está referida a porcentaje alguno; tal vez no faltará una opinión en el sentido de que tal unanimidad debe entenderse referida al cien por ciento del capital social, a pesar de que nada de ello se menciona en el precepto.

He aquí los asuntos de los que compete conocer y resolver a las asambleas, respecto de las cuales sólo se requiere el voto de la mayoría de los socios que representen, por lo menos, la mitad del capital social, salvo, como de costumbre, que en los estatutos se haya estipulado una mayoría más elevada, en la inteligencia de que si la mayoría requerida no se obtiene con motivo de una primera convocatoria, los socios deberán ser convocados por segunda vez, y en tal caso las resoluciones se tomarán por mayoría de los votos correspondientes a los socios que hayan asistido (art. 77):

- Examinar y aprobar el balance general correspondiente al ejercicio social anterior, así como tomar las medidas que se juzguen oportunas.
- Acordar el reparto de utilidades.
- Nombrar y remover a los gerentes.
- En su caso, designar a los integrantes del consejo de vigilancia.
- Resolver sobre la división y amortización de las partes sociales.
- En su caso, exigir las aportaciones suplementarias y las prestaciones accesorias.
- Intentar contra los gerentes, los integrantes del consejo de vigilancia o los socios, las acciones judiciales tendientes a exigirles los daños y perjuicios que hayan causado a la sociedad.
- Aceptar las cesiones de partes sociales y la admisión de nuevos socios.
- Las demás que resulten de la Ley o de los estatutos (art. 78).

9 bis.7 La vigilancia

Tal como ocurre en las auténticas y hoy casi desconocidas sociedades de personas, en la limitada no es forzosa la existencia de un órgano de vigilancia, indudablemente por razón de que, como antes se dijo, en principio la administración corre a cargo de todos los socios, sin perjuicio de que pueda encomendarse sólo a uno o más gerentes, que incluso pueden ser personas extrañas a la sociedad.

Como era de esperarse, la escasa práctica muestra que suele designarse como gerentes a los socios mayoritarios, que, por hipótesis, deben tener un

especial cuidado en la administración de la sociedad, dada la importancia de sus aportaciones.

Por lo mismo, llama poderosamente la atención el hecho de que la Ley (art. 84) parece imponer, cuando así se estipule en los estatutos, la existencia de un órgano colegiado de vigilancia, por cuanto emplea la expresión “consejo de vigilancia”, que, como ocurre con la administración, puede estar formado de socios o de personas extrañas a la sociedad.

Tal vez todo ello explique, aunque en verdad no se justifica, la ausencia legal de disposiciones sobre las facultades y responsabilidades de los integrantes de dicho consejo de vigilancia, pues la pretensión de considerar aplicables las disposiciones sobre los comisarios de la sociedad anónima, aun por simple analogía, no encuentra fundamento alguno. Tampoco sería válido intentar la aplicación de las disposiciones legales en materia de administración, puesto que en el caso se trata de personas a las que únicamente está encomendada, como lo dice la expresión legal, la vigilancia de las operaciones sociales, vale decir, de la actuación de los gerentes.

Expuesto lo anterior, no queda sino afirmar, no sin cierto grado de audacia, que a estos personajes deben entenderse otorgadas las facultades y responsabilidades que incumben a una prudente, experta y concedora supervisión de las operaciones de la sociedad, semejantes a las establecidas para los comisarios de la sociedad anónima, ante la carencia de otras regulaciones que al efecto pudieran ser de aconsejable observancia.

9 bis.8 La posibilidad de una limitada unimembre

Aunque el tema de las sociedades mercantiles unimembres se examina en otro lugar de este libro, es ilustrativo el dar cuenta aquí de que recientemente, a mediados de 2007, cobró vigencia, en Suiza, la nueva *Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada*, que permite la constitución de las mismas con una sola persona, pero a la vez en tal caso precisa que sólo puede acometer pequeños negocios, ajustados al patrimonio del único socio; también llama la atención el hecho de que finca, como capital social mínimo, la suma de 20,000 francos suizos, que debe estar totalmente pagado, pero que contrasta con el capital mínimo que la antigua ley fijaba en dos millones de francos suizos.

UNIDAD 10

Sociedad anónima

10.1 Concepto

Aunque conforme a la *LGSM* (art. 87), “Sociedad anónima es la que existe bajo una denominación y se compone exclusivamente de socios cuya obligación se limita al pago de sus acciones”, en verdad tal concepto es incompleto, pues faltan en él dos elementos fundamentales, como lo son el capital mínimo, que se establecerá en el contrato social (art. 89-II), y la existencia mínima de dos socios (art. 89-I).

Dicha definición, ciertamente escueta, abarca sin embargo las notas fundamentales y características de esta figura social, que en el curso de los siglos ha llegado a ocupar, con mucho, el lugar más importante en la vida del comercio, indudablemente por razón de su estructura legal, pero más aún a la vista de las indudables ventajas que acarrea el hoy casi olvidado anonimato de los socios, en la actualidad legalmente inadmisibles, pero también la facilidad con la que se pueden operar los aumentos y las reducciones del capital social, no menos que la transmisión de los documentos —acciones—

con los que se acredita y transfiere la calidad de socio, mediante el simple endoso y entrega de los mismos.

Si bien es verdad que esta sociedad debe existir bajo una denominación, también lo es que el precepto respectivo (art. 88) configura una más de las llamadas *normas imperfectas*, pues nuestra ley es omisa en cuanto a las consecuencias de que esta sociedad opere con una razón social, lo que explica el que en nuestro medio existan sociedades anónimas que actúan bajo esta última.

Finalmente, importa añadir que la denominación, necesariamente distinta de la de cualquiera otra sociedad, "... irá siempre seguida de las palabras 'sociedad anónima' o de su abreviatura 'S.A.'" (art. 88). Ahora bien, cuando las acciones representativas del capital social o los títulos de crédito que las representen, se encuentren inscritas en el Registro Nacional de Valores de la Comisión Nacional Bancaria y de Valores, deberán añadir, a estas últimas expresiones, la palabra "bursátil", o su abreviatura "B", según dispone el art. 22 de la *Ley del Mercado de Valores*.

Aunque en algunas ocasiones se ha propuesto que nuestra ley admita, como ya ocurre en los Estados Unidos de América, según se verá más adelante (*infra*, 10.16), y por lo menos en un país latinoamericano, como Argentina, según el tantas veces citado proyecto de reformas a la ley societaria, que la sociedad anónima se constituya y opere con un solo socio, como persona física o moral (arts. 163 y 166), hasta ahora no ocurre así, a pesar de las buenas razones, que en abono de ello se han vertido.

10.1 bis Antecedentes

Por demás amplia, interesante e ilustrativa es la relación histórica de la sociedad anónima, que a continuación se expondrá, de la manera más breve posible.

No hay discusión sobre que surgió en los Países Bajos (Holanda), a fines del siglo XVI, como consecuencia de los numerosos viajes holandeses de exploración comercial. A principios del siglo XVII la población holandesa rebasaba apenas el millón y medio de habitantes, a pesar de lo cual en el mismo siglo propició la construcción de dos mil buques, a tal punto que a finales del siglo su flota contaba con veinte mil unidades, que desplazaba casi un millón de toneladas, cifra no alcanzada todavía ni por Inglaterra.

Sin embargo, no tardó en presentarse la decadencia del poder marítimo holandés, propiciada por el escaso calado de sus puertos marítimos, que sólo la técnica moderna ha logrado superar mediante la edificación de puertos de estuario o de tierras bajas. De ese modo, prontamente las flotas mercantes inglesa y francesa se adueñaron de los mares.

Pero volvamos al auge del comercio holandés que a principios del siglo xvii ya había arrebatado a España el monopolio de las especias y del oro, así como del marfil y del comercio de esclavos.

En los primeros tiempos, los viajes de exploración eran financiados por pequeñas empresas ocasionales, que se disolvían después de repartirse los beneficios. Tal panorama hubo de cambiar por virtud de la decisión tomada el 31 de diciembre de 1600 por **Isabel** de Inglaterra, en el sentido de agrupar a todos los comerciantes londinenses que negociaban con las Indias.

En efecto, **Isabel I** entregó en esa fecha la carta real constitutiva de la Compañía Inglesa de las Indias Orientales, en la citada fecha, lo que propició el que prontamente después, el 13 de febrero de 1601, cinco naves de la Compañía zarparan de Londres, con una tripulación de 400 hombres, alimentos y agua para 20 meses, así como mercancías de poca importancia, como espejos y vasos, que posteriormente vendieron o cambiaron por especias, que en realidad constituyó el principal propósito de la corona británica: romper el monopolio portugués y holandés del lucrativo comercio de tales especias.

Ahora bien, importa precisar los términos en que operó el manejo corporativo de la Compañía: la junta de directores, formada por acaudalados comerciantes y nobles londinenses, obtuvo, mediante una campaña de suscripción pública, la suma de 70,000 libras esterlinas, con la que se financió la aludida primera expedición. Los beneficios fueron de 64,000 libras, con lo que los suscriptores iniciales decidieron reinvertir sus ganancias.

A mediados del siglo xviii, la Compañía era propietaria de una flota de 100 embarcaciones, y cada año se construían doce nuevos barcos en los astilleros del Támesis.

Los excelentes resultados de la operación de la Compañía se muestran, primeramente, en que contribuyó, de manera decisiva, a que se calificara a la Gran Bretaña como Reina de los Mares; a fines del siglo xviii obtenía ingresos anuales de más de 6,000,000 de libras.

Empero, los halagüeños resultados de la Compañía, desde sus primeros tiempos, propiciaron el que la Corona y los comerciantes holandeses imitaran el citado mecanismo corporativo-financiero, con importantes expresiones jurídicas, de tal manera que el 20 de marzo de 1602 se creó la Compañía de las Indias Orientales, por la fusión de 8 compañías anteriores. La nueva empresa quedó dirigida por 73 directores, más adelante reducidos a 17, asistidos por un consejo de 60 miembros. El capital inicial fue de 6,600,000 florines, divididos en acciones de 2,000 florines cada uno, con duración de veintiún años, y la posibilidad de obtener el reembolso al cabo de once años.

La suscripción se efectuó públicamente en tres etapas, de 1603 a 1605; se sabe que incluso agrupaciones de ciudades y de provincias suscribieron capital. La Compañía pagaba al Estado una cuota anual del 3% sobre las mercancías exportadas, si bien las importaciones eran libres, en la inteligencia de que esta Compañía disfrutó de un monopolio para operar el comercio con todas las islas ubicadas al oeste del Estrecho de Magallanes, todo lo cual le permitió repartir un dividendo, en 1605, del 15%, y en 1606, del 75%.

En su etapa culminante, a mediados del siglo xvii, esta Compañía era poseedora de 160 barcos, armado cada uno con 30 a 60 cañones y con una tripulación total de quince mil marinos y doce mil soldados. Es así explicable que ese poderío le haya permitido acabar, en el Extremo Oriente, con sus rivales más poderosos, españoles, portugueses e ingleses.

Más tarde, en 1671, se fundó la Compañía de las Indias Occidentales, llamada a aprovechar todas las ocasiones para desmantelar las posesiones españolas y portuguesas de América y de África.

En cuanto a su funcionamiento, era natural que ofreciera grandes semejanzas con el de su predecesora.

He aquí, pues, brevemente expuesto, el origen de la moderna sociedad anónima.

10.2 Escritura constitutiva

En otro lugar se dijo que la escritura constitutiva contiene los estatutos sociales, y también se informó de las menciones al respecto exigidas por el art. 60., *LGSM*. Empero, el propio ordenamiento legal exige que el documento social de la anónima consigne, además:

- I. La parte exhibida del capital social.
- II. El número, valor nominal y naturaleza de las acciones en que se divide el capital social, salvo que se trate de las acciones sin valor nominal que en su lugar (*infra*, 10.3.1) se examinarán.
- III. La forma y términos en que deban pagarse los dividendos pasivos, o sea la parte insoluta de las acciones.
- IV. La participación que, en su caso, se conceda a los fundadores con cargo a las utilidades.
- V. El nombramiento de uno o varios comisarios.
- VI. Las facultades de la asamblea general y todo lo relacionado con ella en punto a deliberaciones, votaciones y derechos especiales o restricciones impuestas a los socios (art. 91).

Con todo acierto propone **Arce Gargollo**¹ que se deroguen los arts. 92 a 102 de la *LGSM*, que regulan la constitución de la sociedad anónima mediante suscripción pública, así como la frac. I del art. 103, que menciona como fundadores de una sociedad anónima a los previstos por el art. 92, como promotores de la constitución por suscripción pública. En efecto, como afirma el propio autor, en la práctica mexicana no se han dado casos de constitución de sociedades anónimas en esta forma.

¹ En un estudio no publicado, que presentó a la Barra Mexicana, Colegio de Abogados, con motivo de un Congreso celebrado en 2002.

Por lo que se refiere a la exigencia de que la sociedad anónima exista bajo una denominación social, que "... al emplearse irá siempre seguida de las palabras 'Sociedad Anónima' o de su abreviatura 'S.A.'", con criterio un tanto discutible, el Tercer Tribunal Colegiado del Quinto Circuito expresó, en el amparo directo 523/2002, *Sistemas Metálicos de la Construcción, S.A. de C.V.*, el 25 de abril de 2003, que la omisión en el empleo de las siglas S.A. no convierte a esta sociedad en una persona diversa:

"El hecho de que en el documento base de la acción no se hubiesen asentado las siglas S.A. de una persona moral, no produce el efecto de que se esté ante personas morales distintas, pues esto no altera ni modifica la acción contractual entre las partes, porque tales siglas sólo se refieren al tipo de sociedad a la que pertenece... pero no la convierten en persona moral diversa sin que por ello se transgreda lo dispuesto por el artículo 88 de la *Ley General de Sociedades Mercantiles*... máxime que dicho numeral no prevé sanción alguna por el hecho de que no se utilicen dichas siglas."

Y no es fácil compartir tal criterio si se tiene presente, por una parte, que el citado precepto legal sí exige que se emplee la mención del tipo social después del nombre de la persona moral, luego, en este primer aspecto, la omisión del tipo supone un desacato legal, que alguna sanción debe tener. Tal sanción resultará de que la omisión del tipo social dará lugar, necesariamente, a que cualquier tercero estime que no se está frente a una sociedad, sino de cara al nombre comercial de una empresa, previsto por el art. 105 de la *Ley de la Propiedad Industrial*, que lo conceptúa como simple nombre de una empresa o establecimiento industrial, comercial o de servicios.

En tales condiciones, un tercero podría invocar en juicio, como actor o como demandado, la simulación con la que su contraparte haya podido actuar, y por tanto imputar sólo a quien haya firmado el documento o contrato respectivo sin mencionar el tipo social, las obligaciones, deberes y responsabilidades respectivos.

Por lo demás, y en apoyo de la expuesta opinión, no debe olvidarse que también la S. de R.L. puede existir bajo una denominación social, y que la misma debe ir seguida de la indicación del tipo social. Las confusiones derivadas de todo ello se subsanarían mediante la inclusión de un precepto, en la *LGSM*, en el sentido de que la omisión del tipo social, en la sociedad anónima, traerá como consecuencia la presunción de inexistencia de la sociedad, salvo prueba en contrario.

Una forma por demás original de calificar la escritura constitutiva de una sociedad mercantil, y por cierto también civil, es la de considerar el acto constitutivo, e incluso el acto de adhesión de un nuevo socio, como contrato de suscripción de acciones. Así, el tratadista argentino **Héctor María García Cuerva**² quien, resumidamente, afirma la existencia de dos situaciones societarias absolutamente diferenciadas, la primera de las cuales configura la etapa fundacional de la sociedad, ya sea que se constituya por acto único o por constitución sucesiva. La segunda es la que se manifiesta cuando el supuesto

² *El contrato de suscripción de acciones*, Ediciones Depalma, Buenos Aires, 1988, págs. 13, 15, 16, 203 y 205.

contrato de suscripción de acciones se celebra como consecuencia de un aumento del capital social.

Si bien no es fácil participar del criterio compartido por otros doctrinarios, en el sentido de que existe una radical diferencia entre el llamado contrato de suscripción de acciones y el acto constitutivo de una sociedad, parece aconsejable seguir examinando el parecer de **García Cuerva** el cual, por cierto, reconoce que "...la sociedad existe como proceso o como sociedad en formación desde la suscripción de capital, siendo indiferente para la existencia de ella la integración del capital social al momento de la celebración del acto constitutivo", con lo cual tácitamente admite que la sociedad existe una vez que se satisfacen los requisitos legales merced a los cuales asumirá personalidad jurídica, y así lo reconoce el citado autor al afirmar que: "Es requisito para obtener la regularidad, el cumplimiento de las obligaciones asumidas en el acto constitutivo en virtud de la suscripción del capital...". Más adelante el propio autor sostiene que: "... aun en el caso de que se trate de aportes no dinerarios, su integración mediante la transferencia dominial y la respectiva inscripción provisoria, no debe necesariamente cumplírsele coetáneamente con la celebración del acto constitutivo, sino que si bien la asunción de la obligación de dar surge del contrato, el cumplimiento de la prestación sólo debe realizarse con anterioridad a la solicitud de inscripción registral".

Por supuesto, independientemente de que tales afirmaciones son un tanto oscuras, la verdad es que, así la aportación dineraria como la de cualquier otro bien o derecho, sólo surte efectos entre el aportante y la sociedad cuando esta última se inscribe en el registro correspondiente, no así cuando se celebra el supuesto contrato de suscripción de acciones, esto es, cuando se firma el documento constitutivo, luego el previo compromiso de efectuar la aportación respectiva es, jurídicamente, una mera promesa de aportación.

10.2 bis Sociedad de un solo socio

Doctrinalmente muy discutido y en la práctica a veces combatido, el tema de la sociedad unimembre, que de hecho está referido a todas las sociedades mercantiles, conserva decidido interés, principalmente en la regulación de la sociedad anónima, por la obvia razón, entre otras, de la creciente importancia de la misma en todos los órdenes de la vida económica y hasta social y política de los países.

Como ya se vio, el mínimo de socios requerido para la constitución y existencia de la sociedad anónima es de dos, pero no siempre fue así: mediante una reforma introducida a principios de los años ochentas que se dejó establecida tal exigencia, pues hasta esa fecha el mínimo de socios era de cinco.

Es natural que abunden argumentos y razones en pro y en contra de la adopción legal, como ocurre en casi todas las legislaciones societarias de los Estados Unidos de América, de la sociedad unimembre, ya proclamada en

el Proyecto de Código de Comercio de 1960, en sus arts. 15-II y 96, el primero de los cuales se refería a todas las sociedades y el segundo solamente a la anónima, con la clara indicación de que todos los tipos sociales podían constituirse mediante la comparecencia de la persona o personas que constituirían las sociedades.

Sin ocultar sus simpatías por la sociedad unimembre, **Mantilla Molina**³ apunta, en contra de la objeción puramente gramatical, que no es difícil prescindir del significado original de la palabra sociedad, pero además aduce que dicha sociedad es un *negocio jurídico*, y no necesariamente un contrato, lo que le lleva a la conclusión de que no existe inconveniente lógico para aceptar la legalidad de sociedades de un solo socio, que en realidad supondrían la constitución de un patrimonio a un fin especial, a través de la estructura tradicional de la sociedad mercantil.

Argumentación tal carece de la necesaria solidez, con todo y lo autorizado de su precedencia. Recuérdese, ante todo, que la mayoría de los tratadistas, y de paso nuestra *LGSM* (arts. 70., 26, 32, 34, 70 y otros), proclaman sin ambages la naturaleza contractual del acto constitutivo, opinión que se sustenta en este libro (*supra*, 6.6).

Ahora bien, todo parece llevar a la conclusión en el sentido de que, si las sociedades mercantiles resultan de un acuerdo contractual, no podrían existir sociedades unimembres, afirmación irrefutable, luego habría necesidad de adoptar, como se hizo en el ya mencionado Proyecto de 1960, la posibilidad de que una o más personas concurren al otorgamiento de la escritura constitutiva. Obviamente, en el caso de la unimembresía no podría hablarse de contrato social.

En un artículo publicado en cierta revista especializada,⁴ **Doricela Mabarak Cerecedo** califica de “aberración jurídica” la propuesta de reformar la *Ley General de Sociedades Mercantiles* para dejar establecida la posibilidad de que las sociedades mercantiles se constituyan sólo con un socio, lo que, en opinión de dicha autora, equivaldría a “legalizar la ilegalidad”, por cuanto la indicada propuesta constituye un verdadero despropósito.

En efecto, según se informó por medio de la prensa nacional, los secretarios de la Cámara de Diputados dieron cuenta al pleno de dicho órgano legislativo, el 5 de diciembre de 2007, de la propuesta formulada el 22 de febrero del 2007 por el Diputado **Juan Francisco Rivera Bedoya** del Grupo Parlamentario del Partido Revolucionario Institucional, con el objeto de: “... incorporar al sistema jurídico mexicano tanto en su fase constitutiva como funcional, la sociedad de naturaleza mercantil de un solo socio, creando la sociedad unipersonal, lo que atiende a la necesidad que existe en el sector empresarial de limitar y destinar activos a la actividad empresarial no teniendo que arriesgar la totalidad de su patrimonio y amparado en el derecho comparado aplicable en legislaciones de otros países”. En la misma fecha se propuso también adicionar una fracc. IV al art. 3 e incorporar un Libro Sexto denominado “De las Empresas Unipersonales de

³ *Derecho mercantil*, 22a. ed., Editorial Porrúa, México, 1982, pág. 330.

⁴ *El Mundo del Abogado*, México, diciembre de 2010, págs. 30 y 31.

Responsabilidad Limitada” al Código de Comercio (*C.Com.*) y adicionar un párrafo a la fracc. II, del art. 4o de la *Ley de Concursos Mercantiles (LCM)*, teniendo como objetivo “... incluir la figura jurídica de las empresas unipersonales de responsabilidad limitada en el sistema jurídico tanto en su fase constitutiva como en la de funcionamiento, concediendo con ello la bondad de constituir un centro de imputación de responsabilidad distinta a la de la persona que constituya dicha empresa, existiendo la posibilidad de la conformación individual y con la posibilidad de destinar parte de sus activos para la realización de la actividad mercantil logrando con ello una obligación patrimonial limitada”, propuesta formulada el 14 de diciembre de 2006 por **José Gildardo Guerrero Torres** del Grupo Parlamentario del Partido Acción Nacional.

En palabras de la misma autora, “... tal proyecto de reforma legal contradice en forma abierta toda la teoría y práctica jurídicas sobre el contrato de sociedad al atacarlo en sus bases, puesto que este contrato se sustenta en la convergencia de voluntades de dos o más personas... Si una persona física crea una sociedad mercantil recurriendo a la participación de supuestos socios, tal hecho es una simulación que conduce a la nulidad de esa sociedad”.

Ahora bien, la mayoría de los tratadistas mexicanos se aparta de tal postura y no oculta sus simpatías por la legalización de la sociedad unimembre. Así, **Jorge Barrera Graf**,⁵ **Roberto L. Mantilla Molina**,⁶ **Licio Lagos Ollivier**,⁷ **Carlos Traslosheros Peralta**,⁸ **Eduardo Siqueiros T.**⁹ y **Raúl Cervantes Ahumada**.¹⁰

Este último autor menciona, incluso, que el texto legal mexicano parte del supuesto de que el acto constitutivo de una sociedad mercantil tiene naturaleza contractual, postura que, según el propio **Cervantes Ahumada**, es inadmisibile, pues se trata de un acto unilateral de voluntad que expresan una o varias personas, luego la voluntad de una sola de ellas bastaría para constituir una sociedad mercantil, principalmente anónima, como demostración de lo cual afirma que: “La sociedad unipersonal es una realidad de la vida comercial mexicana, que demuestra cómo en materia mercantil, cuando una ley no se ajusta a las realidades de la vida, ésta pasa sobre la ley desajustada.- Quien quiera que en México desee afectar sólo parte de su activo patrimonial a una empresa mercantil, organiza una sociedad anónima, en la que hace figurar como socios a sus familiares, a su chofer y a su jardinero. La sociedad se registra y el interesado tiene la seguridad que su patrimonio personal no se verá afectado si la sociedad fracasa y quiebra. Estas sociedades proliferan por centenares en nuestra vida comercial.- No es edificante la diaria consumación del fraude a la ley. Si se admite que el acto constitutivo de una so-

⁵ *Instituciones de derecho mercantil*, Editorial Porrúa, México, 1989, pág. 335.

⁶ *Derecho mercantil*, vigesimó segunda edición, Editorial Porrúa, México, 1982, págs. 330 y 331; “La sociedad Heterapénica”, en *Estudios jurídicos en memoria de Alberto Vásquez del Mercado*, Editorial Porrúa, México, 1982, págs. 687-696.

⁷ *Sociedades unimembres*, tesis profesional, México, 1960.

⁸ “Sociedad unimembre o patrimonio de afectación”, en *Memoria de los I, II y III Congresos Nacionales de Derecho Mercantil*, UNAM, México, 1982, págs. 155-162.

⁹ Entrevista publicada en *El Mundo del Abogado*, septiembre de 2010, págs. 45-47.

¹⁰ *Derecho mercantil*, 4a. ed., Editorial Herrero, México, 1982, págs. 47-48.

ciudad tiene la naturaleza de una declaración unilateral de voluntad, nada se opone a que dicho acto, además de unilateral, pueda ser unipersonal, cuando es una la persona que, en el fondo, constituya la sociedad”.

Ahora con referencia a la doctrina extranjera, no ha faltado quien afirme que la constitución de una sociedad unimembre configura en realidad, un autocontrato, que se estructura “... cuando el representante, en ejercicio de sus funciones como tal realiza un acto jurídico en nombre de su representado y, a la vez, en el suyo propio, bien sea formando con aquél una misma parte en dicho acto o bien constituyéndose en su contraparte. Así, se da el autocontrato —también denominado contrato consigo mismo— cuando el representante se erige en garante de las obligaciones que contrae para el representado... La discusión al respecto se ha centrado en torno a la responsabilidad jurídica de que una persona pueda dar el consentimiento plural requerido para toda convención o contrato, y al peligro que entraña el que, pudiéndolo hacer, el autocontratante haga prevalecer su propio interés sobre el de su representado... De otro lado, la mayoría de los tratadistas, y nosotros nos sumamos a ella, es partidaria del autocontrato, porque no comparte los argumentos de índole filosófico-jurídica en contra de él”.¹¹

En forma parecida se pronuncian otros tratadistas que califican el mismo acto, como autocontrato o contrato consigo mismo,¹² entendido como “... la figura que nace cuando un representante concluye consigo mismo actos jurídicos como tal o como representante y en simultánea representación de un tercero, o pone en comunicación dos patrimonios independientes, mediante una relación de derecho nacida de las declaraciones de voluntad que emite y merced al poder de disposición que goza sobre aquéllas”.

Por supuesto, en todo lo anterior debe entenderse la posibilidad de que el tercero o terceros sean personajes que en un futuro comparecerán o quizá nunca comparezcan, pero en todo caso jurídicamente es posible que manifiesten su conformidad con adherirse a la manifestación hecha en un primer momento por el autocontratante.

Un proyecto de reformas a la *Ley de Sociedades Comerciales* argentina, dado a conocer en 1993, según texto que amablemente hizo llegar al autor de este libro, dos años, después, **Miguel Ángel Araya**, que fue uno de los integrantes de la comisión redactora, introduce la posibilidad de constituir estas sociedades unimembres, punto que, como es de suponerse, ha suscitado comentarios favorables y opiniones adversas.

En nuestro país, además del ya citado **Mantilla Molina, Licio Lagos Ollivier** adoptó la misma postura en amplia, interesante y bien elaborada tesis profesional, escrita durante 1960.

¹¹ **Guillermo Ospina Fernández y Eduardo Ospina Acosta**, *Teoría general de los actos o negocios jurídicos*, Editorial Temis, Bogotá, Colombia, 1980, págs. 358 y siguientes.

¹² **Luis Humberto Ustariz González**, “Aproximación a los conflictos de interés en el sector financiero”, en *Vniversitas*, Pontificia Universidad Javeriana, Facultad de Ciencias Jurídicas, núm. 90, junio de 1996, págs. 59-92.

10.3 Sociedad mercantil capitalista. Su capital social

Cabe recordar que el capital social —en este caso no se estipula un monto mínimo (art. 89-II)—, según reciente reforma aclaratoria al art. 89-II, *LGSM*, como en toda sociedad, está configurado por la suma de las obligaciones de dar de los socios, de lo que resulta que en el curso de la vida social constituye en realidad una mera cifra, pues, desde el primer momento, el efectivo y los bienes aportados por los socios pasan a constituir el patrimonio social, en unión de los demás ingresos que obtenga la sociedad y, por tanto, lo afectarán las pérdidas que se reporten, de tal manera que en tiempos aciagos el patrimonio podrá llegar a ser inferior al capital social.

En otro orden de ideas, también cabe recordar que al capital social pueden aportarse toda clase de bienes y derechos, siempre que tengan un valor patrimonial y estén en el comercio.

En cuanto al régimen legal de los diversos bienes y derechos aportables, así como de la protección de dicho capital y del patrimonio social, cabe hacer remisión a lo expresado *supra*, 7.2.2.

10.3.1 Las acciones como títulos representativos del capital social

Es menester, ante todo, recoger la definición legal respectiva: “Las acciones en que se divide el capital social de una sociedad anónima estarán representadas por títulos nominativos que servirán para acreditar y transmitir la calidad y los derechos de socio, y se registrarán por las disposiciones relativas a valores literales, en lo que sea compatible con su naturaleza y no sea modificado por la presente ley” (art. 111).

Jurisprudencia. Por ello, aunque con un sentido en extremo legalista, pero un tanto discutible, uno de nuestros tribunales colegiados ha respaldado el criterio en el sentido de que el carácter de accionista se prueba sólo con los títulos definitivos o los certificados provisionales de las acciones, pues así lo dispone el art. 111.

Mas resulta necesario no olvidar que, a juzgar por lo que dispone el art. 129, una sociedad anónima sólo puede considerar como dueño de las acciones a quien aparezca inscrito en el registro previsto por el art. 128.

De esta suerte, podría resultar paradójico que, mientras una sociedad anónima podría desconocer como accionista a quien exhiba los títulos respectivos,

continúa

continuación

incluso endosados a su favor, un tercero, en cambio, con apoyo en lo previsto por el art. 111, estaría obligado a reconocer el carácter de accionista a quien simplemente exhiba los indicados títulos, endosados a su favor. Es por ello que el criterio judicial que a continuación se mencionará debe tomarse con reservas:

“Accionistas. No se acredita ese carácter con el acta constitutiva de la sociedad anónima, sino con los títulos definitivos de las acciones o, en su defecto, con los certificados provisionales”.

Sexto Tribunal Colegiado en Materia Civil del Primer Circuito. Amparo directo 1386/2004. Sucesión de Francisco Sánchez Rodríguez. 11 de marzo de 2004. Unanimidad de votos.

Considérense, además, algunas de las reglas a las que están sometidos estos documentos:

- Es posible que estatutariamente se consignent restricciones a la libre circulación de las acciones. Así, por ejemplo, puede estipularse que la transmisión sólo se haga con la autorización del consejo de administración, el que podrá negarla siempre que designe un comprador “al precio corriente en el mercado” (art. 130). Lo anterior plantea serias interrogantes: *a)* Aparentemente, la autorización de que se trata no podría operar cuando exista administrador único de la S.A.; *b)* La designación de comprador a precio corriente en el mercado, a su vez, también ofrecerá dificultades punto menos que insuperables cuando no exista tal precio, pues aquí debe entenderse hecha la referencia al precio en la BMV. Por lo mismo, cuando las acciones de la emisora no coticen en dicha Bolsa, no quedará más remedio que fijarles el llamado *valor en libros*, que es lo que suele estipularse en la práctica.
- Los títulos de las acciones sólo transmisibles mediante el endoso previsto por la *LGTOC*. Sin embargo, en cuanto la ley societaria hace frente a la imposibilidad práctica, por diversas razones, de que se consigne tal endoso, dispone que en tal supuesto la transmisión se anote en el documento mismo (arts. 130 y 131). Tal es el caso, por ejemplo, de títulos embargados o adjudicados por herencia: resulta obvio que aquí la transmisión deberá efectuarse por la autoridad judicial respectiva.

En efecto, como uno de los principales atributos de la sociedad anónima opera el de que las acciones, en cuanto documentos representativos de las aportaciones al capital social, cumplen también una función contable y otra más, de índole jurídica.

Contablemente sirven para determinar el valor patrimonial y, por tanto, los derechos corporativos y patrimoniales del socio; en el terreno jurídico, se erigen como única forma de acreditar y transmitir el carácter de socio, atributos todos ellos consignados en el art. 111.

No resulta ocioso dejar apuntado que la mayoría de los doctrinarios estima que las acciones son títulos de crédito. Así, **José Gómez Gordoa**¹³ “*Las acciones* son títulos de crédito colectivos que se emiten en serie y son nominativos, en los términos del artículo 111 de la *Ley General de Sociedades Mercantiles*”. Lo propio opina el antes citado autor argentino **Héctor María García Cuerva**:¹⁴ “La acción es un título-valor o de crédito, siendo al respecto, y a mi juicio la definición de **Vivante** la más completa, ya que permite identificar las características esenciales de estos documentos”. Muy a pesar de ello, no es fácil compartir tal postura, pues, a poco que se examine su real operación, aparece que no se enmarcan dentro del tradicional concepto vivantiano de los títulos de crédito, que, según es bien sabido, incluye, como uno de los principales elementos, el consistente en el derecho literal, que en rigor no opera en las acciones, pues no debe confundirse el valor nominal de las mismas con el derecho atribuido al accionista, que en verdad poco tiene que ver con dicho valor literal, por cuanto depende de numerosos factores, como el resultado anual de la sociedad, el acuerdo de la asamblea, que podría ser en el sentido de no repartir utilidades, el valor exhibido de la acción y algunos otros. Por otra parte, como se expresó hace poco, el capital social, y consecuentemente el valor nominal de las acciones, configura una mera cifra, que en modo alguno concuerda con los derechos patrimoniales del socio, pues en la vida real sólo resultan proporcionados al importe de su aportación.

Parece oportuno, además, recordar que el mencionado precepto legal no expresa que las acciones sean títulos de crédito, sino, por lo contrario, parece insinuar que no lo son, al disponer que “... se registrarán por las disposiciones relativas a valores literales, en lo que sea compatible con su naturaleza y no sea modificado por la presente ley”.

La misma postura dubitativa asume **Mantilla Molina**:¹⁵ “... la doctrina dominante incluye entre los... títulos de crédito a las acciones. No obstante debe señalarse que la literalidad, propia de los ‘títulosvalor’, no presenta en las acciones sus caracteres con toda nitidez, debido a que son títulos *causales*...”.

¹³ *Títulos de crédito*, 8a. ed., Editorial Porrúa, México, 2003, págs. 267-268.

¹⁴ *El contrato*... cit., pág. 203.

¹⁵ *Ibidem*, pág. 350.

Pero además, también opera en contra del pretendido carácter cambiario de estos documentos, la circunstancia de que, en los términos del art. 129 *LGSM*, la sociedad emisora sólo puede considerar como dueño de las acciones a quien aparezca inscrito como tal en el libro de registro correspondiente, lo que debilita grandemente los principios de literalidad y de legitimación característicos de los títulos de crédito, pues en este caso no son suficientes para hacer valer los derechos documentales frente a la sociedad emisora.

Jurisprudencia. Por ello es compartible la opinión sustentada hace algunos años por un Tribunal Colegiado de nuestro país:

“Legitimación activa. Carece de ella quien comparece a juicio con acciones nominativas de sociedad anónima endosadas en su favor, si tal endoso no aparece en el libro de registro de accionistas”.

Segundo Tribunal Colegiado en Materia Civil del Tercer Circuito. Amparo directo 96/2004. Marco Antonio Presa Romero y otro. 23 de abril de 2004. Unanimidad de votos.

Por otra parte, también en contra de la indicada postura opera la posibilidad de “... que la transmisión de las acciones sólo se haga con la autorización del consejo de administración, el cual podrá negarla siempre que designe un comprador de las mismas al precio corriente en el mercado” (art. 130, *LGSM*), lo cual claramente navega en contra de la libre transmisibilidad de estos documentos, a tal punto que el accionista puede verse compelido a transmitir sus títulos a una persona desconocida de él.

Finalmente, es necesario referir que estos títulos pueden amparar una o varias acciones, al igual que los certificados provisionales que se examinarán más adelante (art. 126), y deben contener las siguientes menciones:

- I. Nombre, nacionalidad y domicilio del accionista.
- II. Denominación, domicilio y duración de la sociedad.
- III. Fecha de constitución de la sociedad y datos de su inscripción en el Registro Público de Comercio.
- IV. Importe del capital social, número total y valor nominal de las acciones, salvo que se trate de acciones sin valor nominal, en cuyo caso tampoco se mencionará el importe del capital social.
- V. La parte exhibida del valor de la acción, o bien la mención de que es liberada.
- VI. Serie y número de la acción, incluido el número total de acciones que correspondan a cada serie.

- VII. Los derechos concedidos al socio y sus obligaciones con indicación, si es el caso, de las limitaciones al derecho de voto.
- VIII. La firma autógrafa, o en facsímil, de los administradores que deban suscribir estos títulos, si bien en el segundo caso el original de dicha firma debe depositarse en el citado RPC (art. 125).

De modo implícito, con referencia al derecho alemán, **Heinsheimer**¹⁶ deja establecido, con cierta claridad, que las acciones no son títulos de crédito, pues

“... no representan una participación determinada en la hacienda o patrimonio de la compañía, sino simplemente una suma de dinero. Son cifras, sumas, no cuotas. Significan una representación numérica del capital social, y esto facilita grandemente su negociabilidad; sobre todo cuando el capital experimenta una considerable elevación; pero no debe perderse de vista que las acciones no son en ningún caso un crédito de dinero contra la sociedad, sino un derecho de participación en la misma, en cuyo valor efectivo o cotización influye notablemente, ... en primer término, el estado en que se encuentra la hacienda o patrimonio de la compañía.”

Aunque la *LGSM* (art. 114) prevé la emisibilidad de las llamadas *acciones de trabajo*, “... a favor de las personas que presten sus servicios a la sociedad...” la verdad es que estos documentos no han operado, a lo menos en nuestra práctica de las sociedades mercantiles, indudablemente por razón de que los prestadores de servicios fácilmente podrían pasar a figurar como empleados o trabajadores, y con ello a ser objeto de las leyes laborales.

Como razón del nulo éxito de estas acciones, **Mantilla Molina**¹⁷ escribe lo siguiente:

“Los empresarios, por regla general, no consideran conveniente dar a sus trabajadores el carácter de asociados. Los sindicatos, que podían haber tratado de vencer la repugnancia de los patronos, se han abstenido de solicitar la participación de las utilidades por táctica de lucha, pues consideran que todo aquello que signifique vinculación de los intereses de los trabajadores y de los patronos hace perder conciencia de clase a los primeros, y resulta perjudicial a los intereses sindicales.”

La Ley argentina (art. 208) permite las llamadas *acciones escriturales*, no representadas por títulos, pues sólo se hacen constar en anotaciones en cuenta por parte de la sociedad.

Finalmente, es necesario subrayar la importancia que reviste el que las sociedades anónimas mantengan un libro de registro de acciones, al que la práctica mexicana suele no conceder la trascendencia que merece, de lo cual dan fe las siguientes particularidades:

¹⁶ *Derecho mercantil*, Editorial Labor, Barcelona, 1933, pág. 127.

¹⁷ *Derecho...*, cit, pág. 376.

- En tal registro deben consignarse el nombre, la nacionalidad y el domicilio del accionista, así como el número de acciones que le pertenezcan, con indicación de números, series, clases y demás pormenores; también debe precisarse se trata de acciones liberadas o pagadoras, en este caso con indicación del monto pagado; por último, también deberán anotarse las transmisiones de la que sean objeto las acciones (art. 128).
- Lo importante de este registro reside en que: “La sociedad considerará como dueño de las acciones a quien aparezca inscrito como tal en el registro... A este afecto, la sociedad deberá inscribir en dicho registro, a petición de cualquier titular, las transmisiones que se efectúen” (art. 129).

Esto último configura, sin lugar a dudas, un poderoso argumento en contra del pretendido carácter cambiario de estos títulos, según se expresó con anterioridad.

10.3.1 bis Prohibición a la sociedad anónima de adquirir sus propias acciones

Aunque, ciertamente, los títulos accionarios no representan, en rigor, el capital aportado por sus titulares, en cambio no cabe duda de que, como lo dispone el art. 111, *LGSM*, son títulos que sirven para acreditar y transmitir los derechos del socio, obviamente incluidos los patrimoniales, y entre ellos el de, llegado su momento, obtener el reembolso de la suma aportada. Dicho lo mismo en otras palabras, las acciones en circulación son el correlato del capital social, que, en cuanto pasivo contingente, algún día deberá amortizarse por la sociedad; por lo mismo, cuando esta última llegare a adquirir acciones, automáticamente operaría la confusión de derechos, pues asumiría el carácter de deudora y acreedora al mismo tiempo, lo que, como es bien sabido, conduciría a la extinción del adeudo, y con ello a la consecuente reducción del capital social, que de no operarse en forma legal, implicaría un acto subrepticio, al que nuestra ley se muestra justificadamente adversa.

Tal aversión resulta claramente establecida en el art. 134, *LGSM*: “Se prohíbe a las sociedades anónimas adquirir sus propias acciones, salvo por adjudicación judicial, en pago de créditos de la sociedad”. Esta salvedad resulta justificada, por cuanto, en el supuesto legal, no quedó más remedio a la sociedad que pedir al juez la adjudicación de las acciones en su favor. Ahora bien, como tal adquisición, todo lo legal y justificada que se quiera, implica, como ya se apuntó, una subrepticia reducción del capital social, el propio precepto exige que se proceda a la venta de las acciones dentro de los tres meses siguientes a la fecha en la que legalmente pueda la sociedad

disponer de ellas; de no procederse a la venta, cualquiera que sea la razón, los títulos quedarán extinguidos y habrá de procederse a la inmediata reducción del capital social, en la inteligencia de que, durante el lapso en que las acciones permanezcan en poder de la sociedad, no podrán estar representadas en asambleas, todo lo cual resulta por demás lógico.

Sobre este punto, **Barrera Graf**¹⁸ escribe que el apuntado supuesto legal se refiere solamente a las acciones judicialmente otorgadas a la sociedad cuando el socio respectivo haya sido omiso en el pago de los llamados “dividendos pasivos”, o sea cuando no haya cubierto el valor nominal de las acciones y la sociedad se haya visto obligada a exigir judicialmente el pago de las sumas insolutas a su favor.

Sin embargo, del texto legal no puede inferirse la restringida conclusión de este autor, por dos razones:

- El texto legal sólo menciona, de modo general, “créditos a favor de la sociedad”, pero no apunta a los créditos constituidos por dividendos pasivos.
- Los créditos sociales pueden constituirse también a cargo de terceros, por operaciones frente a la sociedad, en la inteligencia de que es posible que tales terceros sean accionistas de ella, la que hubo de acudir al embargo de los títulos, pero también es posible que el tercero haya obtenido que un accionista constituyera prenda sobre sus acciones en garantía de pago y, como en el caso anterior, la sociedad acudió al embargo de los títulos.

No puede haber duda sobre que, en ambos casos, la adjudicación judicial operó como pago de créditos a cargo de terceros y a favor de la sociedad.

10.3.2 Otros títulos de crédito análogos o relacionados

Con la reserva inmediatamente antes apuntada, es necesario hacer mención a la existencia de otros títulos que pueden expedir estas sociedades anónimas, respecto de los cuales, con mayor razón, puede objetarse su calidad de títulos de crédito, estos son los siguientes:

- **Bonos de fundador.** Representan la participación que se conceda a los fundadores de la sociedad anónima en las utilidades, que no podrá exceder del diez por ciento de las mismas, ni tendrá una duración de más de diez años a partir de la constitución de la sociedad, y que sólo se les cubrirá después de haber pagado a los accionistas un dividendo del cinco por ciento sobre el valor exhibido de sus acciones. Además, estos bonos no guardan relación alguna con el capital social ni dan derecho a sus

¹⁸ *Instituciones de derecho mercantil*, 3a. reimp., Editorial Porrúa, México, 1999, pág. 491.

tenedores a cuota alguna de liquidación, ni para intervenir en la administración.

Finalmente, hay que decir que estos documentos son nominativos y en ellos deberán, especificarse los derechos conferidos a sus tenedores (arts. 105 a 110, *L GSM*).

- **Cupones.** Son también documentos, en este caso invariablemente adheridos a los títulos de las acciones, y destinados a desprenderse de los mismos, para entregarse a la sociedad a cambio de dividendos o intereses, en la inteligencia de que tales dividendos pueden entregarse en acciones, cuando se decida capitalizar utilidades (art. 127).
- **Certificados provisionales.** Como su nombre lo indica, se trata de documentos con duración temporal, en rigor de un año, que pueden expedirse a los accionistas mientras se les entregan los títulos definitivos de las acciones, lo cual debe ocurrir dentro del indicado plazo. Estos certificados deben ser también nominativos, e igualmente pueden amparar varias acciones, en la inteligencia, de que llegado el momento, habrán de canjearse por los títulos definitivos (art. 124).
- **Acciones de goce.** Estos títulos sólo pueden expedirse a los accionistas si así lo prevén los estatutos sociales, para el caso de amortización de acciones con utilidades repartibles, a cambio de las cuales, siempre si lo autorizan los estatutos, se entregarán estas acciones a los afectados con derecho a participar en las utilidades, después de haber cubierto a los verdaderos accionistas el dividendo estatutariamente previsto; además, podrá también concederse a los tenedores el derecho de voto y, por último, participarán también de la cuota de liquidación, siempre que las verdaderas acciones puedan ser íntegramente reembolsadas, salvo disposición estatutaria en otro sentido (art. 137).
- **Acciones preferentes o de voto limitado.** Antes de examinar estos documentos, parece conveniente recordar que los accionistas pueden ser, para estos efectos, de dos categorías: los que sí se interesan en la vida compartida de la sociedad, y por ello reclaman su derecho a participar en todo tipo de asambleas con voz y voto, al lado de aquellos otros que más bien actúan como inversionistas, vale decir, cuyo fundamental propósito es el de garantizarse cierta percepción anual, por lo cual no sería correcto alinearlos con los anteriores, pues el capital que aportan no está expuesto a los riesgos normales de las aleatorias utilidades de la sociedad. Se trata aquí de las acciones de voto limitado, también conocidas como preferentes, calificativos que se ajustan, cabalmente, al régimen legal estatuido para ellas:

- a) No otorgan derecho de voto en las asambleas ordinarias, sino sólo en las extraordinarias que deban resolver sobre la prórroga de la duración de la sociedad, la disolución anticipada de la misma, el cambio de objeto, el cambio de nacionalidad, su transformación y su fusión con otra sociedad.
 - b) Antes de asignarse dividendos a las acciones ordinarias, debe cubrirse a las de voto limitado un dividendo del cinco por ciento sobre su valor nominal, en la inteligencia de que, cuando en un ejercicio social no haya utilidades o las mismas no permitan cubrir el indicado porcentaje, su importe, o el faltante, se cubrirá en ejercicios ulteriores, con la prelación antes mencionada.
 - c) Al liquidarse la sociedad, antes de efectuar al reembolso de las acciones ordinarias, deberán ser reembolsadas las de voto limitado.
 - d) Podrá estipularse que a las acciones de voto limitado se les asigne un dividendo superior al de las acciones ordinarias.
 - e) Por último, los tenedores de estas acciones tendrán derecho a oponerse a las decisiones de las asambleas y a revisar el balance y los libros de la sociedad (art. 113).
- **Obligaciones.** Puesto que el estudio de las obligaciones, éstas sí títulos de crédito, es propio de un curso de derecho cambiario, basta dejar consignado que, conforme a la definición legal, se trata de documentos que representan "... la participación individual de sus tenedores en un crédito colectivo constituido a cargo de la sociedad emisora" (art. 208, *LGTOC*), con las siguientes características:
 - a) Son títulos de crédito siempre nominativos.
 - b) Si se trata de obligaciones convertibles en acciones, su emisión debe ir aparejada a la existencia en la tesorería de acciones por el importe que habrá de requerir la conversión.
 - c) Durante su vigencia, la sociedad emisora no puede tomar acuerdo alguno que perjudique los derechos de los obligacionistas consignados en las bases de la emisión.
 - d) No pueden emitirse por cantidad mayor que el activo neto de la emisora (arts. 210 *bis*, 212 y sigs., *LGTOC*).
 - **Certificados bursátiles** (arts. 61-64, *LMV*):
 - a) Al igual que las obligaciones, son títulos de crédito que representan la participación individual de sus tenedores en un crédito colectivo a

cargo de la emisora y pueden ser preferentes, subordinados o tener distinta prelación (art. 62).

- b) Deben consignar la mención de ser certificados bursátiles al portador; el lugar y fecha de la emisión; la denominación de la emisora y su objeto social; el importe de la emisión; el número de certificados y, en su caso, las series que la conforman; el valor nominal y la especificación del destino que se dará a los recursos captados con motivo de la emisión; el tipo de interés o rendimiento estipulado; el plazo para el pago del capital y de los intereses o rendimientos; las condiciones y formas de amortización; el lugar de pago; las obligaciones de dar, hacer o no hacer de la emisora y, en su caso, del garante o del avalista; las causas o condiciones de vencimiento anticipado, en su caso; la especificación de las garantías constituidas a favor de los inversionistas; el nombre y firma autógrafa del representante o apoderado de la emisora; la firma autógrafa del representante común de los tenedores (art. 67).
- c) Pueden llevar cupones adheridos para el pago de los intereses y, en su caso, para las amortizaciones parciales, que pueden negociarse por separado (art. 64).

- **Títulos opcionales** (arts. 65-67, *LMV*):

- a) Son títulos de crédito que confieren a sus tenedores derechos de compra o de venta, a cambio del pago de una prima de emisión.
- b) Los títulos opcionales de compra atribuyen a su tenedor el derecho de adquirir de la emisora un activo subyacente, mediante el pago de un precio de ejercicio previamente determinado durante un plazo o en una fecha preestablecida.
- c) Los títulos de venta atribuyen al tenedor el derecho de vender a la emisora un activo subyacente a un precio de ejercicio previamente determinado, durante un plazo o en una fecha preestablecida.
- d) Tales activos subyacentes sólo pueden ser acciones de sociedades anónimas inscritas en el Registro Nacional de Valores, o títulos de crédito que representen dichas acciones, pero puede tratarse también de grupos o canastas integrados por los referidos títulos de crédito que representen acciones de dos o más sociedades de las mencionadas, acciones o títulos equivalentes a éstas, listados en un sistema internacional de cotizaciones, así como índices de precios accionarios nacionales y extranjeros de mercados reconocidos por la CNBV (art. 66).
- e) Estos títulos opcionales deben consignar: la mención de serlo, ya sea de compra o de venta y podrán ser al portador; el lugar y fecha de

emisión; la denominación social de la emisora; los datos de identificación del activo subyacente y de las coberturas respectivas; el plazo de vigencia y el período o fechas para el ejercicio del derecho que confieran; el número ordinal; la prima de emisión que debe cubrir el primer adquirente a la emisora, así como el número y tipo de los activos subyacentes; el precio de ejercicio, así como la forma y el lugar de liquidación; las condiciones de circulación ante circunstancias extraordinarias sobre los activos subyacentes, así como los procedimientos para el ejercicio, liquidación y ajustes que, en su caso, resulten aplicables; el nombre y la firma autógrafa del representante o apoderado de la emisora, así como la firma autógrafa del representante común de los tenedores (art. 67).

10.3.3 Aumentos y reducciones de capital

Cualquier sociedad anónima puede constituirse con un capital fijo, o bien con capital variable. En el primer caso, los aumentos o reducciones deberán ser acordados por una asamblea general extraordinaria, por cuanto implican una reforma a los estatutos (art. 182-III, *LGSM*).

En cambio, si se trata de una sociedad de capital variable, el mismo “... será susceptible de aumento por aportaciones posteriores de los socios o por admisión de nuevos socios, y de disminución de dicho capital por retiro parcial o total de las aportaciones, sin más formalidades...” (art. 213) que las previstas en los arts. 214 y sigs. de la propia ley societaria.

En el mismo supuesto de variabilidad de capital, las consecuencias son las siguientes:

- A la denominación social deben añadirse las palabras “de capital variable”, si bien debe tenerse presente el generalizado empleo, en la práctica mexicana, de la abreviatura “de c.v.”.
- Podrá fijarse un capital mínimo y un capital autorizado, el primero de los cuales no deberá ser inferior al ya citado mínimo legal. En cuanto al capital autorizado, constituye el máximo que puede alcanzar el total de acciones en circulación, sin modificar los estatutos sociales y, en tanto no esté representado por acciones suscritas, podrá expresarse en acciones de tesorería, que en verdad no son auténticas acciones, pues todavía no significan aportaciones al capital, y quizá nunca lleguen a ser acciones verdaderas.
- En consecuencia, cualquier aumento en el capital por encima del autorizado, requiere de una reforma estatutaria.

- En caso de anunciarse el capital autorizado, deberá hacerse mención también del mínimo.
- La sociedad deberá llevar un libro en el que se registren los aumentos o reducciones del capital social.
- Dentro de los aumentos del capital fijo, los accionistas tienen derecho preferente, en proporción al número de sus acciones, para suscribir cualquier aumento, en la inteligencia de que este derecho debe ejercitarse dentro de los quince días siguientes a la publicación, en el periódico oficial del domicilio de la sociedad, del acuerdo sobre el aumento del capital (art. 132). Los derechos patrimoniales de los accionistas se examinarán, con más detenimiento, más adelante (*infra* 10.15.1.2).

10.4 Formas de constitución

Como se expondrá inmediatamente después, en realidad sólo existe una forma legal de constitución de la sociedad anónima: comparecencia, ante fedatario público, de las personas físicas o morales que han de constituir la nueva sociedad. Lo que puede variar es el procedimiento previo a tal requisito, que se examinará *infra*, 10.6.

10.5 Suscripción por comparecencia ante notario público

Se trata en realidad, como antes se dijo de la única forma legal de constituir una sociedad anónima:

- Comparecencia, ante notario o corredor público, de las personas físicas o morales que han de constituir la sociedad anónima de la que, consecuentemente, serán accionistas (art. 90).
- Otorgamiento de la escritura constitutiva, mediante la firma de los comparecientes en el protocolo o libro del notario o corredor público, y autorización del fedatario, mediante su firma e impresión del sello correspondiente (arts. 5o., *LGSM*, 100, *Ley del Notariado para el Distrito Federal*, y 6o.-VI, *LFCP*).
- Obtención del permiso respectivo, que debe gestionarse ante la Secretaría de Economía (art. 15, *LIE*).
- Inscripción de la nueva sociedad en el Registro Público de Comercio (arts. 18, 21-V, *C.Com.* y 2o., *LGSM*).

10.6 Suscripción pública

Este mecanismo, por ser totalmente desconocido en la práctica mexicana, ameritará sólo una somera referencia a los requisitos que habrían de satisfacerse en caso de que se pretendiera constituir una sociedad anónima mediante invitación al público para que suscriba acciones.

Ante todo, se precisaría la previa autorización de la Comisión Nacional Bancaria y de Valores (CNBV; art. 5o., *LMV*).

A muy grandes rasgos, el mecanismo habría sido el siguiente:

- Depósito del proyecto de estatutos en el Registro Público de Comercio.
- Captación de las futuras aportaciones en duplicados del indicado proyecto, con mención de las señas del suscriptor y de la forma en que hará el pago ofrecido.
- Depósito de las futuras aportaciones en la institución de crédito designada por los fundadores.
- Plazo de un año para que se suscriba el total del capital previsto; de no ser así, los suscriptores quedarían facultados para recuperar sus aportaciones.
- Celebración de la asamblea general constitutiva, que aprobaría la constitución de la sociedad y los estatutos de la misma.
- Otorgamiento de dichos estatutos ante fedatario público y satisfacción de los requisitos mencionados *supra*, 10.5.

10.7 Los órganos de la sociedad anónima

A diferencia de lo que ocurre en las llamadas sociedades de personas, en la anónima se perfilan, con toda claridad, los tres órganos sociales aptos para el funcionamiento de todo tipo social: el órgano supremo o asamblea general, el órgano de administración y el de vigilancia.

Aquí cabe hacer referencia a la teoría conocida como orgánica u organista, que tal vez sería más adecuado calificar de antropomórfica, según la cual si las sociedades son personas, deben estar dotadas, al igual que las personas físicas, de los tres órganos fundamentales con los que ambas actúan y se manifiestan. De este modo, el cerebro es, en las sociedades, la asamblea general, ya que en los dos casos se surten los mismos supuestos del acto volitivo, a saber, concepción, deliberación y decisión. En efecto, a la asamblea general corresponde, como a poco se verá, el conocimiento de los asuntos más importantes, tras de lo cual se presenta la deliberación por parte

de los socios y, finalmente, la decisión, no así la ejecución, que corresponde a otros órganos que, en las personas físicas, son la lengua, los brazos y las piernas, al paso que en las sociedades son el órgano de administración y el de vigilancia.

Siempre conforme a esta concepción organicista, el principal órgano dinámico está constituido por el administrador o administradores, a quienes corresponde la manifestación y actuación frente a terceros, en acatamiento de las decisiones del cerebro-asamblea. Finalmente, el órgano de visión y denuncia, en las sociedades, está formado por el comisario o comisarios, en su función de vigilantes permanentes del manejo de la sociedad y de información a la asamblea.

10.7.1 Órgano supremo. Asambleas de accionistas

En su calidad de órgano supremo de la sociedad, la asamblea general de accionistas "... podrá acordar y ratificar todos los actos y operaciones de ésta y sus resoluciones serán cumplidas por la persona que ella misma designe, o a falta de designación, por el administrador o por el consejo de administración" (art. 178).

Pero además, reviste especial importancia la disposición legal (art. 179), en el sentido de que las asambleas generales de accionistas deben reunirse en el domicilio social, "... y sin ese requisito serán nulas, salvo caso fortuito o de fuerza mayor".

El calificativo de *generales*, atribuido a estas asambleas, pone de manifiesto la circunstancia de que en ellas deben y tienen derecho de participar todos los accionistas con derecho a voto. En cambio, son asambleas especiales las que sólo requieren la presencia de una categoría de accionistas, y a ellas se hará referencia *infra*, 10.8.5.

El citado carácter de órgano social supremo por parte de la asamblea, suscita la opinión de **Vásquez del Mercado**¹⁹ en el sentido de que "... sin la asamblea no será posible realizar ninguna operación por la sociedad, toda vez que no se podrá acordar ni ratificar ninguno de los actos necesarios para la marcha de la empresa y, como consecuencia, no habrá designación de persona alguna para ejecutar los actos, por no haber actos que ejecutar". Afirmación tal resulta por demás excesiva, y el propio autor rectifica más adelante su *lapsus calami*, de la siguiente manera: "Aun cuando la asamblea es el órgano supremo de la sociedad, carece de una facultad ab-

¹⁹ *Asambleas, fusión y liquidación y escisión de las sociedades mercantiles*, 9a. ed., Editorial Porrúa, México, 2003, págs. 35 y 36.

soluta para deliberar sobre materias que salgan de su competencia. En otras palabras, sus facultades se encuentran delimitadas por la ley o por los estatutos...”.

En efecto, es cierto que: “La asamblea general de accionistas es el órgano supremo de la sociedad” (art. 178, *LGSM*), y también lo es que puede acordar y ratificar todos los actos de ésta, pero, con todo y su rotundidad no es posible tomar tal expresión al pie de la letra, so pena de propiciar una aparente contradicción con otros preceptos de la misma ley.

Nada de original tiene la afirmación en el sentido de que esta última no puede contener disposiciones contradictorias, máxime si se atiende a que proclama, con meridiana claridad, las facultades de los tres órganos sociales, a la cabeza de los cuales figura, sin reparo alguno, la citada asamblea. Por lo mismo, si, como ya se ha visto, el art. 10 de la misma proclama al órgano de administración como representante de toda sociedad mercantil y, además, le atribuye la facultad de realizar las operaciones sociales; si, además, el art. 142 encomienda sólo a dichos personajes la administración de la sociedad anónima, no parece un dislate el sostener que la asamblea general no puede compartir tales funciones, vale decir, no le corresponden la representación de la sociedad, las facultades de realizar las operaciones sociales y tampoco la administración de la sociedad.

A estas alturas, pues, parece que bastará un ejemplo para dejar precisado lo anterior: la multicitada asamblea carece de potestad para conferir poderes, cualesquiera que sean su forma y alcances, pero en cambio puede acordar que se confieran, si bien el cumplimiento de tal acuerdo deberá corresponder al órgano de administración.

En parecidos términos se pronuncia **Barrera Graf**:²⁰ “... pese a que el art. 178 atribuye competencia a la asamblea general para ‘acordar todos los actos y operaciones’ de la sociedad, hay límites infranqueables, que imponen tanto la ley como la doctrina; a saber, respecto al órgano de administración, sus facultades de gestión interna y de representación ante terceros...”.

A pesar de todo ello, la jurisprudencia se muestra favorable a la validez del poder otorgado por una asamblea general de accionistas, y así resulta de la tesis de jurisprudencia 46/2004, aprobada por la Primera Sala de la SCJN el 26 de mayo de 2004, en cuyos términos “... es indudable que cuando es la asamblea de socios, en manifestación de la voluntad de sus integrantes, quien otorga el poder es innecesario que se acredite con los estatutos que dicho órgano cuenta con facultades para ello, porque no se trata de una fa-

²⁰ *Instituciones...*, cit., pág. 549.

cultad delegada —como sería el caso en que el poder fuera otorgado por el órgano de administración— sino del ejercicio directo de esta facultad, por la propia sociedad mercantil...”.

Por supuesto, no es posible compartir tal criterio, pues la citada Sala parte de un evidente error de principio, como lo es el de considerar que el órgano de administración de una sociedad mercantil actúa con facultades delegadas, afirmación palmariamente contraria a lo dispuesto por el art. 10 de la *LGSM*, en cuyos términos: “La representación de toda sociedad mercantil corresponderá a su administrador o administradores, quienes podrán realizar todas las operaciones inherentes al objeto de la sociedad, salvo lo que expresamente establezcan la ley y el contrato social”.

Como fácilmente puede apreciarse, las facultades de representación que asisten al administrador o administradores de una sociedad en modo alguno son delegadas por la asamblea, sino otorgadas por la ley, la que, en cambio, no otorga a la asamblea de accionistas de la sociedad anónima facultades de administración o de representación; a pesar de que es, sin duda alguna, el órgano supremo de la sociedad, no puede olvidarse que está impedida de actuar, pues “... sus resoluciones serán cumplidas por la persona que ella misma designe, o a falta de designación, por el administrador o por el consejo de administración” (art. 178), lo que debe entenderse, como antes se expresó, en el sentido de que, ciertamente, la asamblea puede acordar que se confieran poderes, e incluso la medida de los mismos, pero no puede conferirlos por sí misma, lo que debe encomendar a alguien más y a falta de designación, será el órgano de administración el encargado de conferir el poder.

Por tales razones, también es censurable la tesis que a continuación se menciona.

Jurisprudencia. “Poderes otorgados por la asamblea de accionistas de una sociedad mercantil. Es innecesario exigir del delegado especial encargado de formalizar el acta relativa ante fedatario contar con facultades para otorgarlos y ratificarlos, para llevar a cabo su encargo”.

Primer Tribunal Colegiado en Materia Civil del Cuarto Circuito. Amparo en revisión 180/2004. Óscar Rojas Casas y otra. 21 de enero de 2005. Unanimidad de votos. Ponente: Lucio Antonio Castillo González. Secretario: Helmuth Gerd Putz Botello.

10.7.2 Órgano representativo

Al llegar a este punto parece necesario poner de relieve la lamentable contradicción en que incurre la *LGSM* cuando, por una parte, atribuye al órgano

de administración el carácter de representante de toda sociedad mercantil, y afirma que, por tanto, el administrador o administradores "... podrán realizar *todas* las operaciones inherentes al objeto de la sociedad, salvo lo que expresamente establezcan la ley y el contrato social" (art. 10), en la inteligencia de que la propia Ley no consigna limitantes a dichas facultades de los administradores, por lo que habrá de acudir, en cada caso, a lo que prevean los estatutos sociales mismos que, según enseña la práctica, no suelen limitar las atribuciones de estos personajes en lo que se refiere a la realización de las operaciones sociales.

Más absurdo aún resulta que el art. 142 del mismo ordenamiento societario, al mencionar la administración de la sociedad anónima ya no reconoce a los administradores la calidad de representantes que les confiere el antes citado art. 10, pues afirma que se trata de simples *mandatarios* temporales y revocables. No es de extrañar, por tanto, que en varias ocasiones aparece, en los doctrinarios mexicanos, reprobada esta contradicción.

Por supuesto, la verdad es que el órgano de administración tiene la calidad de *representante legal* de la sociedad anónima, y por ello resulta un despropósito el considerar que sus integrantes son *mandatarios*. A este efecto conviene tener muy presente la diferencia entre representación y mandato: mientras que la primera está legalmente conferida a ciertas personas, como el tutor (arts. 449, 486, 489, 537-V, *C.Civ.*), el delegado fiduciario (art. 80, *LIC*) y el albacea (art. 1706-IV y VIII, *C.Civ.*), el segundo, como se sabe, "... es un contrato por el que el mandatario se obliga a ejecutar por cuenta del mandante los actos jurídicos que éste le encarga" (art. 2546, *C.Civ.*), o sea que en este caso se está de frente a una forma de representación voluntaria, lo que no ocurre, como quedó apuntado, en la representación legal, cuyo otorgamiento y alcances resultan de la voluntad legislativa y no de un contrato.

Como era de esperarse, en la misma forma se pronuncia **Bernardo Pérez Fernández del Castillo**,²¹ el que, tras de informar que la idea de la representación aparece primeramente estructurada entre los pandectistas alemanes, transcribe opiniones de tratadistas germanos en el sentido de que tal invento jurídico del "poder representativo" es el invento jurídico más importante que haya hecho la doctrina alemana a la ciencia jurídica, y transcribe las diversas teorías sobre la representación, entre ellas algunas que la niegan, y expresa que son tres los tipos de representación: voluntaria, legal y orgánica, a la que adscribe las facultades del órgano de administración que aquí se examinan, por cuanto, en efecto, el de administración es uno de los tres órganos sociales.

²¹ *Representación, poder y mandato. Prestación de servicios profesionales y su ética*, 5a. ed., Editorial Porrúa, México, 1991, págs. 8-18.

Por su parte, **Manuel Borja Martínez**²² acepta que: “La representación legal es la que se encuentra establecida por la ley; su origen radica en un precepto legal que faculta a una persona para obrar en la esfera jurídica de otra. Sus límites y las facultades que se otorgan al representante están también representadas por la ley”, todo lo cual se cumple, cabalmente, en la determinación legal del carácter del órgano de administración.

Pero además, también con acierto escribe este autor que el caso plantea la representación necesaria, pues las personas morales “... tienen que valerse de alguna persona física para poder realizar sus funciones...”; finalmente, justifica la afirmación en el sentido de que se trata aquí de una representación orgánica..., mediante lo dispuesto por el art. 27 del *C.Civ.*, en cuanto dispone que las personas morales obran y se obligan por medio de los *órganos* que las representan.

Jurisprudencia. Personalidad. El administrador o administradores de una sociedad tienen facultades de representación en el juicio aunque no se otorguen expresamente “para pleitos y cobranzas”.

Segundo Tribunal Colegiado del Décimo Cuarto Circuito. Amparo directo 65/97. Transportación Turística Urbana de Cancún, S.A. de C.V. 14 de marzo de 1997. Unanimidad de votos. Ponente: Fernando Amorós Izaguirre. Secretario: Gonzalo Eolo Durán Molina.

Por supuesto, todo lo anterior no impide la existencia, en las sociedades mercantiles, de representantes *voluntarios*, esto es, de verdaderos mandatarios, que operan merced a los respectivos contratos, lo que no ocurre con los representantes legales, y de ahí la reprobable corruptela en la que, desde 1934, fecha de expedición de la *LGSM*, se vive en nuestro país por lo que hace a la determinación de las facultades conferidas al órgano de administración.

Así, mientras conforme al art. 10 de la *LGSM*, no haría falta conferir, en las escrituras constitutivas, facultad alguna a los administradores, pues ya el concepto legal lo determina con absoluta claridad, la circunstancia de que más adelante se les califique de mandatarios ha dado lugar a que, para evitar interpretaciones apartadas de la ortodoxia legal, así como argucias curialescas, se considere necesario conferir a los administradores una larga serie de facultades, generalmente apegadas a la regulación del mandato civil, con todas sus consecuencias, y ello a pesar de que la asamblea, al nombrar administradores, no celebra con ellos contrato de mandato alguno.

Mas a lo anterior deben añadirse las exigencias impuestas por ciertos organismos, estatales algunos y paraestatales otros, como Petróleos Mexicanos, la Comisión Federal de Electricidad, el Instituto Mexicano del Seguro Social, etc., que sólo reconocen la válida actuación de un mandatario cuando

²² *Representación, poder y mandato*, Editorial Porrúa, México, 2002, págs. 8, 10 y 13.

en el documento notarial respectivo se le faculta, expresamente, para actuar frente a la entidad respectiva, lo cual es, para decirlo en pocas palabras, el colmo de la ignorancia legal, pues con ello se desconoce, o pretende desconocer, el texto del tantas veces mencionado art. 10 de la *LGSM*.

10.7.3 Órgano de control

He aquí, según la concepción antropomórfica de las sociedades, los personajes a quienes corresponde actuar como si fueran sus ojos: el comisario o comisarios, que en este segundo caso constituirán el consejo de vigilancia.

Estructurado originalmente —y así aparece todavía en nuestra *LGSM*— para realizar sólo labores de supervisión interna, modernas disposiciones han venido ampliando el papel y atribuciones de los comisarios, pero particularmente sus responsabilidades, de tal manera que frente a la casi cincuentenaria pasividad con la que se desempeñaron estos personajes, justamente censurada por **Barrera Graf** (*véase infra* 10.14 *bis*), las nuevas regulaciones exigen de ellos un desempeño más acometido, que en ciertos aspectos debe complementarse con el de la actuación de auditores externos, de actuación también cada vez más frecuente.

10.8 Asamblea de accionistas

Sin poner, ni mucho menos, en tela de duda el rango supremo de la asamblea general, resulta necesario precisar que, sin embargo, sus facultades resultan implícita pero claramente acotadas en la ley. No puede por menos que ser así, si no se olvida que es un órgano deliberante y no de administración: ordena, dispone, pero no actúa.

Para recordar el símil antes mencionado, las sociedades mercantiles, en cuanto personas, están igualmente dotadas de órganos que les permiten *pensar y decidir, moverse y actuar*, así como *ver*. Se trata de la concepción orgánica u organicista de estas sociedades, que estima, por supuesto virtualmente, que están dotadas de un *cerebro*, que es la asamblea general y que les sirve para pensar, decidir y ordenar, no así para actuar; de *brazos y piernas*, que les permiten actuar, moverse, y que son los administradores, pues claramente dispone el art. 10 de la *LGSM*, que a ellos corresponde la representación de estas sociedades, y por ello son quienes pueden realizar todas las operaciones inherentes al objeto de la misma; por último, no les podía faltar el órgano de la *visión*, que desempeña el órgano de vigilancia, constituido por el comisario o comisarios, cuya misión fundamental consiste,

como se verá más adelante, en “... vigilar ilimitadamente y en cualquier tiempo las operaciones de la sociedad” (art. 166-IX, *LGSM*).

En la misma forma se pronuncia **Mantilla Molina**:²³ la asamblea es un órgano deliberante, no de ejecución; no puede actuar en representación de la S.A., pues esta facultad corresponde a sus administradores; lo único que puede hacer la asamblea es nombrar un ejecutor especial (art. 178, *in fine*).

De esta suerte, y sólo a guisa de ejemplo, la asamblea puede acordar y ordenar que se confieran poderes a un tercero, pero en cambio no puede conferirlos ella misma, de manera que la respectiva protocolización notarial sólo podrá otorgarse por conducto del órgano de administración, el cual, como se explicará *infra*, 10.14 y 10.14.1, es el facultado para ejecutar el acuerdo respectivo, y así resulta de lo dispuesto por los arts. 10, 142 y 178, *LGSM*.

Importa, y no poco, dejar precisado que toda asamblea general de accionistas debe celebrarse en el domicilio social, pues de lo contrario será nula, salvo caso fortuito o de fuerza mayor, según dispone el art. 179.

Jurisprudencia. Domicilio social. La ciudad en que se establece, según el acta constitutiva de la sociedad anónima, no comprende la zona conurbada y las asambleas celebradas fuera de aquélla, son nulas.

Segundo Tribunal Colegiado en Materia Civil del Tercer Circuito. Amparo directo 436/2005. Vallarta Internacional, S.A. de C.V. 9 de septiembre de 2005. Unanimidad de votos. Ponente: Rodolfo Moreno Ballinas. Secretario: Juan Luis González Macías.

10.8.1 Asamblea constitutiva. Concepto. Asuntos que debe tratar

No existe, en rigor, una verdadera asamblea constitutiva, salvo la referida a las sociedades anónimas que habrían de suscribirse por suscripción pública, prevista en los arts. 92 a 110 de la *LGSM*, pues, en efecto, el art. 99 prevé que, una vez suscrito el capital planeado para constituir estas sociedades, y previa la convocatoria respectiva, deberá celebrarse la *asamblea general constitutiva*, que, entre otras cosas, habría de aprobar los estatutos sociales.

No hace falta detenerse en consideraciones sobre este punto, puesto que nunca se constituyeron sociedades anónimas por suscripción pública, luego la apuntada preceptiva fue siempre letra muerta.

En cambio, nuestra legislación no prevé la celebración de una asamblea constitutiva respecto de las sociedades anónimas otorgadas *momentá-*

²³ *Derecho...*, *cit*, pág. 383.

neamente, dado que la comparecencia ante notario o corredor público para otorgar la escritura respectiva no podría calificarse de asamblea constitutiva, puesto que en tal comparecencia no se surten los requisitos establecidos en los propios estatutos para la celebración de asambleas. Se trata, simplemente, de una multilateral expresión de voluntades, hecha ante el fedatario público, como consecuencia de la cual surgirá el clausulado social, con todas sus consecuencias.

10.8.2 Asambleas ordinarias. Concepto. Asuntos que pueden tratar

Son varias e importantes las reglas en materia de asambleas generales ordinarias. Resumidamente expuestas, son las siguientes.

Conforme a lo dispuesto por el art. 180, estas asambleas ordinarias deben conocer de cualquier asunto que no sea de los previstos por el art. 182, que competen a la asamblea extraordinaria. Por su parte, el art. 181, tras de precisar que esta asamblea ordinaria ha de reunirse por lo menos una vez al año, dentro de los cuatro primeros meses de calendario, prescribe que se ocupará, además de los asuntos previstos en el orden del día, de los que más adelante se mencionarán, mismos que, como fácilmente podrá apreciarse, son en verdad propios de una asamblea anual, lo que ha dado lugar a la errónea creencia de que la asamblea ordinaria sólo debe celebrarse anualmente, para resolver sobre los tres asuntos previstos por el art. 181.

En efecto, en rigor la asamblea ordinaria puede reunirse en cualquier momento, para examinar los asuntos de su competencia pero, cuando se trate de reunir a todos los accionistas con derecho de voto, para darles a conocer la situación de la sociedad durante el ejercicio anterior, indudablemente se tratará de la asamblea prescrita por la *LGSM* en el tantas veces mencionado art. 181.

Pues bien, los temas que *necesariamente* debe cubrir tal asamblea anual son, por lo menos, los siguientes:

- a) El informe de los administradores sobre la situación de la sociedad al concluir el ejercicio anterior, a la vista del informe de los comisarios.
- b) Si es el caso, nombrar al administrador o a los integrantes del consejo de administración, así como al comisario o comisarios.
- c) Determinar las percepciones de los administradores y de los comisarios, cuando su importe no se haya fijado en los estatutos sociales.

Todo ello amerita los siguientes comentarios:

- Es asamblea ordinaria la que debe conocer de cualquier asunto no encomendado a la extraordinaria por el art. 182.

- La llamada asamblea anual debe conocer, además de los asuntos consignados por el art. 181, cualesquiera otros previstos en el orden del día, en la inteligencia de que si en la convocatoria respectiva se precisare que se trata de la asamblea anual, en rigor no haría falta incluir los tantas veces mencionados asuntos a que se refiere el art. 181, cuyo texto es por demás claro sobre el particular, pues dispone que esta asamblea "... se ocupará, además de los asuntos incluidos en la (sic) orden del día, de los siguientes...". Resulta así claro que estos asuntos no hace falta que se incluyan en el orden del día.

Por lo que se refiere a la información financiera que deben rendir los administradores y los comisarios, debe contener, por lo menos, los siguiente:

- a) Un informe de los administradores sobre la marcha de la sociedad al concluir el ejercicio anterior.
 - b) Un informe en el que se expliquen las principales políticas y criterios contables y de información que haya servido para preparar la información financiera.
 - c) Un estado que muestre la situación financiera de la sociedad al cierre del ejercicio;
 - d) Un estado que muestre los resultados de la sociedad durante el ejercicio.
 - e) Un estado que muestre los cambios operados en la situación financiera durante el ejercicio.
 - f) Una relación de los cambios operados en las partidas que integran el patrimonio social.
 - g) Las notas que sean necesarias para completar o aclarar los informes anteriores.
 - h) El informe del comisario o comisarios, previsto en el art. 166-IV (art. 172).
 - i) Toda la documentación en la que se consignen los informes, estados y notas antes referidos, deberá ponerse a disposición de los accionistas por lo menos quince días antes de la fecha de la asamblea que habrá de examinarlos, en el entendido de que dichos accionistas tienen derecho a que se les expida una copia de la información que soliciten (art. 173).
- Finalmente, en lo que hace a los emolumentos de los administradores y de los comisarios, parece necesario aclarar que no es usual dejarlos previstos en los estatutos sociales, por lo que su determinación corresponde igualmente a la asamblea ordinaria. En la práctica mexicana se observan muy variados mecanismos: percepciones periódicas con arreglo a la asistencia de estos personajes a las juntas respectivas, emolumentos anuales únicos, entrega de monedas de oro por cada reunión a la que asistan, y algunos otros.

En cuanto al punto relativo a la aprobación del balance, es correcta la apreciación de **Vásquez del Mercado**²⁴ en el sentido de que ella es potestad exclusiva e indelegable de la asamblea, pero en cambio son por lo menos dudosas sus expresiones, que admite compartir con algunos tratadistas extranjeros, en el sentido de que la aprobación del balance es una mera declaración de ciencia, con eficacia puramente interna e irrelevante frente a terceros, por

²⁴ *Asambleas...*, cit., pág. 161.

cuanto la asamblea no emite una declaración de voluntad dirigida a conseguir un fin práctico reconocido por el ordenamiento jurídico, sino sólo una declaración enunciativa de una determinada situación de hecho.

Resulta difícil compartir tal postura, por razón de que no sólo la práctica, sino también diversos preceptos legales, y especialmente fiscales, implícita pero claramente atribuyen importantes efectos al balance una vez aprobado, pues de su contenido dependerá el cumplimiento de las obligaciones en curso de la sociedad, del monto de los impuestos a su cargo y, además, revelará la verdadera situación patrimonial de la sociedad, que mucho repercutirá en sus relaciones con clientes, proveedores, bancos, fisco, etc. Es por ello que no puede dejarse establecido que se trata de una mera "... declaración de ciencia, con eficacia puramente interna e irrelevante frente a terceros...".

El calificativo de órgano supremo social, que acertadamente atribuye la ley a la asamblea general, no puede, empero, entenderse en un sentido lato. En otras palabras, no sería correcto afirmar, según principio jurídico válido en otras manifestaciones jurídicas, que "el que puede lo más puede lo menos", pues en este caso la ley societaria determina, con meridiana claridad, la existencia y, de modo especial, las facultades, atribuciones y responsabilidades de los tres órganos sociales; en ningún momento atribuye a la asamblea facultades de representación, y menos aún de administración, que claramente reserva, precisamente, al órgano administrativo, lo cual debe llevar a la conclusión en el sentido de que, ciertamente, corresponde a la asamblea, en su papel de órgano supremo, instruir al órgano de administración sobre la forma y términos en que debe actuar, siempre con apego a las disposiciones legales y estatutarias del caso, que ni siquiera la propia asamblea puede infringir.

De esta suerte, si, como tantas veces se ha dicho, la representación de la sociedad, así como las facultades de actuar en nombre de ella, son un coto reservado a los administradores y si, por otra parte, el otorgamiento de un mandato supone, obligadamente, la actuación en nombre de la sociedad, la conclusión no puede ser otra: la asamblea general puede *acordar* que se otorguen ciertos poderes, pero ella misma no puede conferirlos, lo que corresponderá hacer al órgano de administración, en acatamiento del acuerdo tomado por el órgano supremo.

En consecuencia, resulta criticable la opinión diferente, sustentada por la SCJN, respecto de lo cual véase lo dicho (*supra*, 10.7.1).

10.8.3 Asambleas extraordinarias. Concepto. Asuntos que pueden tratar

En la teoría legal, están reservados a las asambleas extraordinarias los asuntos de mayor trascendencia en la vida de la sociedad, no así, por mucha que sea su importancia, los relacionados con la operación normal de la misma.

He aquí la relación de los que han de someterse a dicha asamblea extraordinaria, que, como fácilmente podrá apreciarse, en su gran mayoría suponen modificaciones estatutarias:

- I. Prórroga de la duración de la sociedad.
- II. Disolución anticipada.
- III. Aumento o reducción del capital social.
- IV. Cambio de objeto.
- V. Cambio de nacionalidad.
- VI. Transformación.
- VII. Fusión con otra sociedad.
- VIII. Emisión de acciones privilegiadas.
- IX. Amortización por la sociedad de sus propias acciones y emisión de acciones de goce.
- X. Emisión de bonos.
- XI. Cualquiera otra modificación del contrato social, y
- XII. Los demás asuntos para los que la ley o el contrato social exija un quórum especial (art. 182).

Relación tal amerita algunas apostillas.

En cuanto a la frac. I, conviene recordar que la duración de la sociedad puede ser indefinida, en cuyo caso nunca dará lugar a prórroga alguna.

Por lo que hace a la frac. III, los aumentos o reducciones del capital social, dentro de la porción variable en las sociedades que adopten tal modalidad, no precisa de acuerdo alguno de la asamblea extraordinaria, a menos que así se establezca de modo expreso en los estatutos sociales (art. 213).

Los bonos previstos por la fracción X no son sino las obligaciones de las que se trató *supra*, 10.3.2.

En cambio, suscita inquietantes dudas, y por supuesto complicaciones prácticas, lo previsto en la fracción XII, puesto que es frecuente práctica la de adoptar, para la resolución de asuntos propios de una asamblea ordinaria, mayorías especiales, en cuyo caso el precepto legal obligaría a considerar tales asambleas como extraordinarias, lo que conduciría a situaciones absurdas de contradicción legal. Por ello, parece válido el criterio de seguir considerando ordinarias las aludidas asambleas, a pesar de la exigencia estatutaria de mayorías especiales.

Vásquez del Mercado²⁵ informa que en algunos estatutos se prohíbe a la asamblea decidir sobre la modificación de los mismos, cláusula que estima perfectamente válida,

²⁵ *Ibidem*, pág. 186.

por lo que tal prohibición debe respetarse, a menos que la totalidad de los accionistas muestre la conformidad con la modificación. En apoyo de su opinión, este autor expresa lo siguiente: “La base de la prohibición la encontramos en la protección que deben recibir las minorías; sin que esto suponga que una minoría de socios sea capaz de paralizar la vida de la sociedad”.

Me resulta difícil compartir el postulado de **Vásquez del Mercado**. Tamaña cláusula atendería contra cualquier intención de, por ejemplo, ampliar o reducir, aun en mínima parte, el objeto social, aumentar o reducir el capital fijo, modificar el esquema de administración y, en general, adoptar medidas que implicaran una mínima o importante modificación a los estatutos sociales. No tiene fuerza de convicción el pretendido plano protector de las minorías, si como es bien sabido, y lo proclaman todas las leyes societarias mercantiles, en las asambleas debe prevalecer el principio mayoritario, por una simple razón, entre otras: se juegan los intereses patrimoniales de los socios mayoritarios, merecedores de protección, sin desconocer, por supuesto, los derechos e intereses de las minorías.

Estos últimos intereses suelen encontrar protección por caminos que, en cambio, encuentran un irrefutable fundamento legal. Así, y sólo a guisa de ejemplo, en la práctica se opera con cláusulas por virtud de las cuales ciertas decisiones precisan del voto favorable de una mayoría calificada, dentro de la cual suele incluirse la necesaria participación de la minoría. Tampoco es desconocida la cláusula en el sentido de que cuando la minoría muestre su inconformidad con ciertas decisiones, le asistirá el derecho de retiro.

Por último, cabe tener presente que **Vásquez del Mercado** sólo invoca, en apoyo de su postura, las opiniones de algunos tratadistas extranjeros, no así el contenido de ley mexicana alguna.

10.8.4 Asambleas mixtas. Concepto. Asuntos que pueden tratar

La doctrina atribuye el calificativo de asambleas mixtas a las convocadas para conocer de asuntos propios de las ordinarias y de las extraordinarias. Tal posibilidad no contraviene precepto legal alguno, si bien en la convocatoria habrán de precisarse los asuntos que se examinarán en una y otra asamblea, habida cuenta, además, de que primordialmente habrán de respetarse las mayorías de asistencia y de votación estatutaria o legalmente previstas para la extraordinaria. Va de suyo que con ello se satisfarán las mayorías requeridas para la asamblea ordinaria.

Consecuentemente, es fácil suministrar un concepto de estas asambleas: se trata, en realidad, de una sola asamblea que, por los asuntos a tratarse, es ordinaria y extraordinaria; por lo mismo, en ella podrán tratarse asuntos de ambas categorías, e incluso nada impide que se examinen alternadamente, puesto que la adopción de los acuerdos respectivos puede estar

condicionada a lo resuelto inmediatamente antes con votación de asamblea extraordinaria, o viceversa.

En otro orden de ideas, la disposición legal antes examinada (*supra*, 10.8.3) en punto a la necesidad de protocolizar las actas de asambleas extraordinarias, deberá acatarse aquí también, en la inteligencia de que el notario o corredor público podrá consignar, exclusivamente, las notas relacionadas con los puntos de la asamblea extraordinaria.

10.8.5 Asambleas especiales. Concepto. Asuntos que pueden tratar

Estas asambleas sólo implican la reunión de una categoría de accionistas, esto es, de los tenedores de una serie de acciones con derechos especiales. Pues bien, "... toda proposición que pueda perjudicar los derechos de una de ellas deberá ser aceptada previamente por la categoría afectada, reunida en asamblea especial, en la que se requerirá la mayoría exigida para las modificaciones al contrato constitutivo, la cual se computará con relación al número total de acciones de la categoría de que se trate" (art. 195).

Por lo demás, también estas asambleas deben reunirse en el domicilio social, ser convocadas en la forma que se mencionó *supra*, 10.7.1, respecto de las asambleas generales y, en cuanto a las mayorías de instalación, así como para la validez de los acuerdos, les son aplicables las reglas establecidas para las asambleas extraordinarias. Finalmente, en lo que se refiere a la mecánica que debe observarse en el curso de su celebración, se ajustarán a las reglas establecidas para las asambleas generales que se consignarán *infra*, 10.10.

En opinión de **Vásquez del Mercado**,²⁶ una asamblea especial sólo puede convocarse cuando una decisión de la asamblea general lesione los intereses de una categoría afectada. Comparto tal criterio, pues resulta implícitamente consignado en el art. 145 de la ley societaria.

10.8.6 Periodicidad de su celebración

Como antes se dijo, toda asamblea, general o especial, puede reunirse en cualquier momento, cuando lo requieran los asuntos a tratarse y, por supuesto, cuando así lo dispongan los estatutos.

²⁶ *Ibidem*, págs. 46 y 47.

Ahora bien, esta asamblea ordinaria, además, debe celebrarse “... por lo menos una vez al año dentro de los cuatro meses que sigan a la clausura del ejercicio social...” (art. 181). En otras palabras, y puesto que el ejercicio social transcurre entre el 1 de enero y el 31 de diciembre de cada año, la asamblea de que se trata habrá de celebrarse, a más tardar, el último día de abril.

Por lo demás, el órgano de administración, o en su caso el comisario e incluso el juez, podrá convocar a estas asambleas cuando así proceda (arts. 166-VI, 183, 184 y 185).

10.9 Convocatorias

Más adelante se volverá (*infra*, 10.15.1 y 10.15.1.1), si bien brevemente, sobre el régimen legal de la convocatoria a asambleas, pero es necesario dejar informado, por ahora, lo siguiente: ante todo, que el órgano de administración y el de vigilancia están facultados para convocar, en cualquier tiempo, a las asambleas generales ordinaria y extraordinaria, así como a las especiales (art. 183), si bien igualmente puede hacerlo la autoridad judicial del domicilio social, ante la omisión de los citados órganos (art. 184).

10.9.1 Requisitos de las convocatorias

Con cierta dosis de razón, critica **Mantilla Molina**²⁷ el citado mecanismo legal de la convocatoria, pues afirma que “... los accionistas ignoran en qué periódico va a aparecer, si en el oficial o en ‘uno de los de mayor circulación’; esta expresión es ambigua y abre ancho margen al arbitrio de los administradores”.

Efectivamente, el respectivo precepto legal es un tanto deficiente, pero una recta interpretación del mismo debe llevar a la conclusión de que es en los estatutos en donde debe precisarse el órgano publicitario en el que habrán de aparecer las convocatorias, y en la práctica se conocen casos de recta interpretación del precepto. Por supuesto, es aconsejable que una futura redacción exija que en los estatutos se precise el medio en el que habrán de publicarse las convocatorias, para evitar los desconciertos, en ocasiones no exentos de una torcida intención, a los que se refiere este autor.

Por lo que se refiere a la forma de la convocatoria, el citado **Vásquez del Mercado**²⁸ apunta la posibilidad del mecanismo “de reunión preestablecida”, consistente en que el día y la hora para la celebración de la asamblea queden de antemano establecidos en los estatutos, en cuyo caso los accionistas se reunirían sin previa convocatoria y sin necesidad de cualquier otro acto por parte de los administradores o de los comisa-

²⁷ *Derecho...*, cit., pág. 385.

²⁸ *Asambleas...*, cit., págs. 61 y 62.

rios, si bien aclara que en este caso no puede hablarse propiamente de convocatoria, y que sólo se aplicaría a la asamblea ordinaria anual.

Es por lo menos dudosa tal posibilidad, puesto que, por una parte, nuestra *LGSM* no exige que se consigne en los estatutos la apuntada cláusula; por la otra, el terminante y claro texto de los arts. 183, 186 y 187, que no dejan lugar a duda sobre la necesidad de que la convocatoria se ajuste al ya mencionado mecanismo publicitario, con la igualmente apuntada salvedad de la asamblea totalitaria. De todo ello resulta, a mi parecer, que carecería de validez la cláusula estatutaria apuntada por **Vásquez del Mercado**, pues sería contraria a los referidos preceptos legales.

Por otra parte, resulta importante, por su trascendencia, el expresar aquí una práctica que se viene observando en el medio mexicano, por ventura no generalizada todavía, consistente en que los avisos de convocatoria sólo mencionan al secretario del consejo de administración, sin precisar el verdadero órgano social convocante. Aunque pareciera obvio deducir que dicho personaje lanza la convocatoria por acuerdo del citado órgano colegiado, nada permite suponerlo legalmente, atenta la clara disposición legal sobre este punto, en el sentido de que solamente el órgano de administración y el comisario pueden expedir la convocatoria, y en su caso el juez del domicilio de la sociedad.

En tales condiciones, parece necesario concluir que una convocatoria suscrita solamente por el secretario del consejo de administración sin mención del acuerdo de este último, no puede surtir los necesarios efectos legales, por lo que podría resultar dudosa la validez de la celebración, y con ello la de los acuerdos que se tomen, dado que cualquier accionista podría aducir que la asamblea no fue legalmente convocada.

Son lamentablemente frecuentes los casos, en la práctica mexicana, de expedir la llamada “doble convocatoria”, consistentes, como es fácil adivinarlo, en que el órgano convocante prevea la posibilidad de que el día, lugar y hora señalados no se reúna el necesario *quórum* de asistencia y, para hacer frente a tal posibilidad, al mismo tiempo se prevea que, de darse tal supuesto, los accionistas quedan advertidos, en “segunda convocatoria”, de que la asamblea deberá celebrarse el mismo día, pero en hora posterior, o en día subsecuente. Con todo y la parcial opinión favorable de **Barrera Graf**,²⁹ quien estima que esta práctica es aceptable, a condición de que en la segunda convocatoria se indique una fecha diferente, tal práctica resulta del todo inadmisibles, a la vista de la clara disposición contenida en el art. 191: “Si la asamblea no pudiere celebrarse el día señalado para su reunión, *se hará una segunda convocatoria con expresión de esta circunstancia...*”, fraseología que no puede entenderse sino en el sentido de que tal segunda convocatoria sólo puede expedirse una vez que haya fracasado la primera convocatoria, y de ninguna manera por anticipado.

²⁹ *Instituciones...*, cit., pág. 553 en nota 38 al pie.

Ahora bien, la convocatoria de que se trata debe publicarse "... con la anticipación que fijen los estatutos, en su defecto quince días antes de la fecha fijada para su celebración", por lo que resulta inexacta la afirmación de **Barrera Graf**⁵⁰ en el sentido de que la anticipación es, siempre, de quince días previos a la fecha de la reunión; tal vez este autor considera aplicable en todo caso lo previsto por el art. 173, que, ciertamente, exige tal anticipación, pero sólo para los casos en los que la asamblea deba conocer el informe anual previsto por los arts. 172 y 173.

Jurisprudencia. Nulidad, acción de, es improcedente contra la emisión de una convocatoria a asamblea de accionistas de una sociedad anónima.

No hay acción para demandar de manera independiente y por su sola emisión la nulidad de una convocatoria a asamblea de accionistas de una sociedad anónima, pues ante la infracción de las reglas relativas a la publicación y formalidades de dicha convocatoria, las resoluciones tomadas en la asamblea podrán resultar nulas, salvo que al momento de la votación haya estado representada la totalidad de las acciones, lo que implica que esta salvedad haga evidente que será hasta la celebración de la asamblea donde, de no existir la representación de la totalidad de las acciones, podrá generarse la acción de nulidad, de existir los defectos que se le atribuyen, a la convocatoria, lo cual sólo puede apreciarse hasta la celebración de la asamblea, pues así se desprende de una interpretación sistemática de los arts. 186 y 187 en relación con el 188 de la *Ley General de Sociedades Mercantiles*.

Noveno Tribunal Colegiado en Materia Civil del Primer Circuito. Amparo directo 107/2008. Televisora del Valle de México, S. A. de C. V., 12 de diciembre de 2008. Unanimidad de votos. Ponente: Gonzalo Hernández Cervantes. Secretario Raúl Angulo Garfias. Tesis aislada.

10.9.2 Quórum de presencia

Una asamblea ordinaria sólo se considera legalmente reunida si está presente, por lo menos, la mitad del capital social, y sus decisiones son válidas tomadas por simple mayoría de votos. Ahora bien, si en primera convocatoria no estuviere presente la indicada mayoría de asistencia, habrá de expedirse una segunda convocatoria, con expresión de ello; en tal supuesto, la asamblea podrá celebrarse cualquiera que sea el número de acciones representadas y, como en el caso anterior, los acuerdos serán válidos si se toman por mayoría de los votos presentes.

⁵⁰ *Ibidem*, pág. 561.

Un punto doctrinalmente muy debatido, y a la vez de evidente importancia práctica, es el relativo, ante el silencio legal, a la validez de una cláusula estatutaria en la cual se establezcan mayorías de instalación y de votación superiores a las legalmente previstas. La práctica ofrece reiterados ejemplos de cláusulas en tal sentido, para cuya procedencia se aduce que los estatutos sociales fueron, en su momento, unánimemente aprobados por los accionistas fundadores, quienes, por su parte, con ulterioridad ya no podrían objetar la validez de las cláusulas respectivas. En cuanto a los nuevos accionistas, por hipótesis también convinieron en las cláusulas, cuando suscribieron capital social o adquirieron sus acciones, en ambos casos sin reparo alguno. Por último, se aduce también que no se trata de estipulaciones adoptadas en infracción de algún precepto legal o en perjuicio de derechos de tercero y, por el contrario, con ellas resultan protegidas las minorías sociales, cuyos votos tendrán mayor beligerancia que con los supuestos legales.

En cambio, si de asamblea extraordinaria se trata, salvo que en los estatutos se adopte una mayoría más elevada, sólo podrá celebrarse, en primera convocatoria, cuando estén representadas, por lo menos, las tres cuartas partes del capital, en la inteligencia de que si no existiere tal quórum, se expedirá una segunda convocatoria, con motivo de la cual bastará la presencia de acciones que representen el cincuenta por ciento del capital social.

10.9.3 Quórum de votación

En lo que concierne a la asamblea ordinaria, las resoluciones sólo serán válidas cuando se tomen por mayoría de los votos presentes, tanto en primera como en segunda convocatoria.

Adviértase, empero, que en estos casos los estatutos pueden exigir mayorías de votación más elevadas.

Un tanto diverso es el esquema legal de la asamblea extraordinaria, pues, tanto en primera como en segunda convocatoria, las resoluciones serán válidas si se toman por el voto de las acciones que representen la mitad del capital social, en la inteligencia de que aquí también pueden adoptarse, en los estatutos, mayorías de votación más elevadas.

10.9.4 Quórum de presencia según la ley

El quórum de presencia arriba mencionado (10.9.2), en lo que hace a la asamblea ordinaria, está previsto en los arts. 189 y 191; referido a la asamblea extraordinaria, en los arts. 190 y 191.

10.9.5 Quórum de votación según la ley

Respecto de la asamblea ordinaria, el quórum de votación antes mencionado (*supra*, 10.9.3) se consigna en los arts. 189 y 191; el de la asamblea extraordinaria, en los arts. 190 y 191.

10.10 Formalidades (ante notario o corredor público)

De modo resumido, a continuación se expresarán las reglas aplicables a los tres tipos de asambleas, en la inteligencia de que, salvo que otra cosa se indique, son aplicables a todo tipo de reuniones:

- Si lo prevén los estatutos, los acuerdos podrán tomarse fuera de asamblea, siempre que la votación sea unánimemente favorable, y a condición de que se ratifiquen por escrito (art. 178).
- Serán válidos los acuerdos que se tomen aun respecto de asuntos no previstos en el orden del día o incluso sin que haya mediado convocatoria previa, siempre que se trate de una asamblea *totalitaria*, esto es, en la que se encuentre representada la totalidad de las acciones (art. 188).

Mantilla Molina³¹ muestra su disconformidad con el contenido de este último precepto en cuanto a la validez de la asamblea totalitaria no convocada o deficientemente convocada; apunta que con ella resulta burlado el derecho de información de que gozan los accionistas, pero a ello habría que argüir que nada impide a los mismos o a algunos de ellos el oponerse a la celebración, mediante su retiro de la misma.

- Siempre a menos que los estatutos lo prevean de otra manera, las asambleas serán presididas por el administrador o por el consejo de administración; a falta de ellos, por la persona que en ese momento designen los accionistas (art. 193).
- Toda acta de asamblea debe llevarse al libro que al efecto habrán de llevar todas las sociedades anónimas, y requerirá la firma de quien haya presidido la reunión, así como la del secretario y las de los comisarios que hubieran asistido; se agregarán a ellas los documentos con los que se acredite que la convocatoria respectiva se hizo legalmente, en la inteligencia de que cuando por cualquier razón no pudiere asentarse un acta en el mencionado libro, la misma deberá protocolizarse ante notario o corredor público y, si se tratare de una asamblea extraordinaria, deberá inscribirse además en el RPC (art. 194).

³¹ *Derecho...*, *cit.*, pág. 388.

Jurisprudencia. Acto de imposible reparación. Tiene tal carácter la negativa de la autoridad jurisdiccional de ordenar la exhibición del libro de actas de una sociedad mercantil.

Segundo Tribunal Colegiado en Materia Civil del Sexto Circuito. Amparo en revisión 47/2006. María Josefina Osorio Bernaldez y otra. 27 de febrero de 2006. Unanimidad de votos. Ponente: Gustavo Calvillo Rangel. Secretario: Raúl Rodríguez Eguíbar.

- Además de las limitaciones justificadas que al derecho de voto se establezcan en los estatutos, “El accionista que en una operación determinada tenga por cuenta propia o ajena un interés contrario al de la sociedad, deberá abstenerse a (*sic*) toda deliberación relativa a dicha operación”, regla que a una parte de la doctrina parece un tanto draconiana, por estimar que debería concederse tal derecho al accionista cuando advierta a la asamblea la existencia de su interés contrario al de la sociedad. Pero además, cuando, a pesar de la disposición legal, el accionista participe con su deliberación y voto, responderá de los daños y perjuicios que se causen a la sociedad si con su voto se logró la mayoría necesaria para la validez del acuerdo (art. 196).

Barrera Graf³² opina que, por el contrario, el precepto “... no se refiere al derecho de discutir el asunto, sino sólo al derecho de votar para resolverlo...”, por cuanto estima que el art. 166-VII y VIII es por demás claro al conceder invariablemente el derecho de “voz” a los accionistas. Por supuesto, no es fácil compartir tal postura, por razón de que el ya citado art. 196 indica que el socio debe abstenerse de “toda deliberación”, lo que no puede sino entenderse como expresiones verbales del socio.

- Otra importante restricción al derecho de voto es la que pesa sobre los accionistas que sean a la vez administradores o comisarios, que no deben votar cuando las deliberaciones se refieran a los informes que todos ellos deben rendir a la asamblea, o bien a su responsabilidad. Si a pesar de ello emitieren su voto, y el mismo fuere decisivo en la adopción del acuerdo correspondiente, la resolución será nula (art. 197).
- A diferencia de lo que ocurre en otras leyes, la nuestra prohíbe el llamado “pacto de voto”, conocido también como “sindicación de acciones”, pues considera nulo cualquier convenio que restrinja la libertad de voto (art. 198).
- También es de importancia, en ciertas situaciones, el derecho que asiste a los accionistas tenedores del treinta y tres por ciento de las acciones re-

³² *Instituciones...*, cit., págs. 554 y 555.

presentadas en una asamblea, de obtener que se aplace, para dentro de los tres días siguientes, sin que la ley aclare si son hábiles o naturales, y sin necesidad de nueva convocatoria, "... la votación de cualquier asunto respecto del cual no se consideren suficientemente informados. Este derecho no podrá ejercitarse sino una sola vez para el mismo asunto" (art. 199). Para juzgar la trascendencia de tal precepto, considérese que un solo accionista podría ser el titular de las acciones de que se trata, con lo cual está a su alcance paralizar momentáneamente la asamblea y obligar a su reanudación dentro de los tres días siguientes, con todas las molestias e inconvenientes que ello puede representar.

- En cuanto órgano supremo de la sociedad, los acuerdos válidamente tomados por cualquier asamblea general son obligatorios para los ausentes e incluso para los disidentes, quienes, sin embargo, podrán formular el juicio de oposición que se describirá *infra*, 10.12 (art. 200).
- Como antes se dijo, toda acta de asamblea extraordinaria, así como las de asambleas que no puedan llevarse al libro respectivo, deberán protocolizarse ante notario o corredor público; las de asambleas extraordinarias, además, deben inscribirse en el RPC (art. 194).

Vásquez del Mercado³³ pone en tela de duda la fuerza probatoria de las actas que aquí se examinan:

"No consideramos que el acta tenga fuerza de documento esencial y de cuya redacción dependa la existencia de la deliberación... La falta del acta podrá dar lugar a una irregularidad a los libros de la sociedad, pero no puede impedir que la resolución surta sus efectos... pero no da de ninguna manera el valor al acuerdo mismo... El acta, repetimos, no es más que un medio de prueba y tan es así, que se admite que si el acta faltase, la deliberación podría probarse a través de los otros medios de prueba que la ley reconoce."

Es necesario precisar, por encima de todo ello, el contenido del sistema legal mexicano, pues **Vásquez del Mercado** no aclara en dónde se admite que una deliberación de asamblea pueda probarse en otra forma diferente del acta respectiva, y sólo invoca algunas opiniones doctrinales italianas, casi todas ellas vertidas sobre los textos del antiguo *Código de Comercio* italiano de 1882. Por el contrario, la legislación mexicana impone la ineludible fuerza probatoria de las actas, siempre, claro es, que satisfagan los respectivos requisitos legales:

- a) El art. 41 del *C.Com.* prescribe que tales actas deben constar en el libro correspondiente, y también los datos mínimos que deben contener, principalmente las firmas de las personas estatutariamente facultadas para ello.

³³ *Asambleas...*, *cit.*, pág. 224.

- b) Por su parte, el art. 1295 del mismo ordenamiento mercantil dispone, en forma rotunda, que los libros de los comerciantes —obviamente entre ellos los de actas— probarán contra los propios comerciantes, sin admitirles prueba en contrario.
- c) Finalmente, el art. 194 de la *LGSM* exige que las actas de las asambleas generales se asienten en el libro respectivo y que sean firmadas por el presidente y por el secretario de la asamblea respectiva, así como por los comisarios que concurren, con la circunstancia de que cuando no puedan asentarse en el libro correspondiente, será necesaria su protocolización ante notario, y además su inscripción registral cuando se trate de asambleas extraordinarias.

Ante todo ello, cabe preguntarse si estas actas admiten prueba en contrario, si de ninguna manera atribuyen valor probatorio a los acuerdos y, por último, si a falta de ellas las deliberaciones podrían probarse a través de otros medios legalmente admitidos.

No parece haber duda sobre que a tales preguntas debe responderse negativamente.

En épocas recientes se viene apuntando, con acopio de razones y argumentos en pro y en contra, la conveniencia de que legalmente se regule y admita la validez de asambleas celebradas mediante los mecanismos conocidos como *teleconferencia* y *videoconferencia*.

A favor de tales mecanismos se aduce la facilidad con la que pueden celebrarse las asambleas, sin la exigencia de que los accionistas se reúnan forzosamente en cierto lugar y a cierta hora; pero además, se aduce que ya en la mayoría de las legislaciones actuales figuran preceptos que reconocen y admiten la validez de instrumentos otorgados y transmitidos mediante los modernos sistemas de telefax, electrónicos o constantes en discos ópticos, mediante la adopción, claro es, de claves, contraseñas, números o palabras confidenciales, todos los cuales permiten verificar la autenticidad de su procedencia. En el caso de las videoconferencias se tendría, además, la visión y la audición auténticas de los accionistas o de sus apoderados.

Por el contrario, no faltan inconvenientes a semejantes mecanismos. En cuanto a las teleconferencias, se podrían invocar las serias dificultades para identificar la autenticidad de la voz de los accionistas o supuestos accionistas, o bien de sus presuntos representantes, y tampoco sería fácil dar por sentada la real y espontánea emisión de los pareceres y de los votos, ante la posibilidad de presiones al momento de las deliberaciones o de la votación, sin excluir la posibilidad de momentáneos pactos de voto, que, como antes se vio, nuestra *LGSM* califica de nulos.

Más allá de todo lo anterior, no puede excluirse la posibilidad de que, mediante ciertos mecanismos precautorios, pudieran adoptarse como válidas dichas asambleas cibernéticas, como ya ha ocurrido en otras manifestaciones jurídicas de la vida de los negocios.

Jurisprudencia. Acta de asamblea de sociedad mercantil. Certeza de su fecha.

Segundo Tribunal Colegiado del Décimo Cuarto Circuito. Amparo directo 35/2002. Consorcio Azteca del Caribe, S.A. de C.V. 15 de marzo de 2002. Unanimidad de votos. Ponente: Alfonso Gabriel García Lanz, secretario de tribunal autorizado por la Comisión de Carrera Judicial del Consejo de la Judicatura Federal para desempeñar las funciones de Magistrado. Secretaria: Leticia Evelyn Córdova Ceballos.

Jurisprudencia. Actas de asamblea de sociedad mercantil. Producen convicción y eficacia probatoria frente a la autoridad hacendaria a partir de la fecha en que se protocolizan.

Segundo Tribunal Colegiado del Décimo Cuarto Circuito. Amparo directo 35/2002. Consorcio Azteca del Caribe, S.A. de C.V. 15 de marzo de 2002. Unanimidad de votos. Ponente: Alfonso Gabriel García Lanz, secretario de tribunal autorizado por el Pleno del Consejo de la Judicatura Federal para desempeñar las funciones de Magistrado. Secretaria: Leticia Evelyn Córdova Ceballos.

10.11 Nulidad de las asambleas

En varias ocasiones nuestra ley hace referencia a la nulidad de asambleas, de acuerdos, de pactos, etc., pero en numerosos casos no precisa el carácter jurídico de las actuaciones contrarias a alguna ley o a los estatutos, de todo lo cual resulta que el régimen tutelar de los derechos que asisten a los accionistas es sumamente confuso e incompleto. Confuso, por cuanto no es clara la vía judicial a la que pueden acudir los afectados, e incompleto, por razón de que tampoco resulta claro el camino a seguir para obtener la satisfacción de derechos-medio de los accionistas, como el de información, el de deliberación, el de combatir los abusos de la mayoría, el de obtener que a lo menos la asamblea anual de balance sea convocada con toda oportunidad, el de que se entreguen oportunamente los dividendos y otros.

En cuanto a los casos de nulidad de una asamblea o de sus acuerdos, previstos por los arts. 179 y 188, no queda sino estimar que la acción para obtener que se declaren habrá de intentarse en un juicio ordinario mercantil, si bien surge una nueva incógnita en cuanto a la determinación de la parte demandada. Al parecer, este carácter sólo corresponde a la sociedad misma, pues atribuir tal carácter a los socios que tomaron el acuerdo o a los administradores que lo ejecutaron, ofrecería muy serias dificultades de orden práctico y procesal.

10.12 Oposición en las asambleas

En cambio, el régimen legal del juicio de oposición a acuerdos de las asambleas resulta de mayor claridad.

En principio, sólo puede formularse cuando el acuerdo de la asamblea sea contrario a un precepto legal o a una cláusula estatutaria, y siempre que el reclamante no haya concurrido a la asamblea o haya votado en contra del acuerdo, de donde se desprende que si concurrió a la asamblea y se abstuvo de votar, no le asistirá el derecho de formular esta oposición.

10.13 Impugnación de los acuerdos de la asamblea. Requisitos para hacerlo

El escrito de oposición debe presentarse dentro de los quince días siguientes a la clausura de la asamblea, plazo que, por ser de índole procesal, deberá entenderse que comprende sólo días hábiles judicialmente hablando, si bien debe aclararse que este juicio de oposición no procede en contra de acuerdos relativos a la responsabilidad de los administradores o de los comisarios, que se examinarán más adelante, en 10.14.1.2, y 10.14 bis F).

Ahora bien, quien formule juicio de oposición podrá obtener que el juez suspenda la ejecución de la resolución impugnada, siempre que otorgue "... fianza bastante para responder de los daños y perjuicios que pudieren causarse a la sociedad por la inejecución..., en caso de que la sentencia declare infundada la oposición" (art. 202).

Jurisprudencia. Suspensión de la ejecución de las resoluciones o acuerdos tomados en la asamblea de accionistas de una sociedad mercantil. Para decretar su procedencia basta con que el actor cumpla con los requisitos que establece el artículo 202 de la *Ley General de Sociedades Mercantiles* (inaplicabilidad supletoria de los artículos 1172 y 1173 del *Código de Comercio*).

Décimo Cuarto Tribunal Colegiado en Materia Civil del Primer Circuito. Amparo en revisión 464/2003. Grupo Sidek, S.A. de C.V. y otra. 10 de marzo de 2004. Unanimidad de votos. Ponente: Alejandro Sánchez López. Secretaria: Laura Díaz Jiménez.

Finalmente, es preciso dejar sentado que todas las oposiciones que se formulen contra una misma resolución deben acumularse para ser decididas en una sola sentencia (art. 204), misma que surtirá efectos respecto de todos

los socios y, naturalmente, frente a la sociedad misma (art. 203). También hay que decir que tanto esta acción de oposición, como las de nulidad antes mencionadas, precisan del previo depósito de los títulos de acciones ante notario público o en una institución de crédito, quien expedirá el certificado correspondiente para acompañarse a la demanda. Las acciones sólo se devolverán una vez concluido el juicio respectivo (art. 205).

Al abordar este punto, **Vásquez del Mercado**³⁴ parece confundir la acción de nulidad antes examinada, con la de oposición prevista por el art. 201, que, como fácilmente puede apreciarse, ofrece profundas diferencias con la primera, a su vez prevista por los arts. 179 y 188.

En efecto, ya se dijo que esta acción de oposición sólo puede formularse por una minoría calificada de accionistas, y únicamente cuando la asamblea haya infringido un precepto estatutario o una disposición legal; además, y también a diferencia del procedimiento de nulidad, mediante esta acción de oposición los actores pueden obtener que se suspenda la ejecución de las resoluciones impugnadas, mediante el otorgamiento de la fianza prevista por el art. 202; finalmente, opera aquí un brevísimo plazo de prescripción, puesto que los reclamantes sólo disponen de quince días para presentar la demanda, y todo ello a condición de que no hayan incurrido a la asamblea o hayan emitido su voto en contra.

Pues bien, **Vásquez del Mercado** opina que esta acción debería limitarse a las deliberaciones “anulables”, y aduce que el acto nulo no crea situación jurídica alguna, ni produce efectos, luego aunque no se haga valer la acción dentro del indicado plazo, la deliberación seguirá siendo nula y podrá impugnarse en cualquier tiempo.

Ahora bien, por el contrario, y tanto legal como prácticamente se demuestra, una decisión de asamblea que viole algún precepto legal o estatutario, en perjuicio de accionistas, puede surtir desde luego todos sus efectos, y buena prueba de ello es que la apuntada disposición de la ley societaria abre la posibilidad de que se suspenda la ejecución del acto impugnado, luego a pesar de que se haga valer el juicio de oposición, la decisión es perfectamente ejecutable.

Pero además, los respectivos preceptos legales, supletoriamente aplicables en caso de que **Vásquez del Mercado** tuviera razón, serían los arts. 2226 y 2227 del *C.Civ.*: “La nulidad absoluta por regla general no impide que el acto produzca provisionalmente sus efectos,... La nulidad... relativa... Siempre permite que el acto produzca provisionalmente sus efectos”.

La crítica que este autor formula al texto de la fracción II del artículo que se examina, es todavía más difícil de compartir, pues expresa que se priva del derecho para impugnar las deliberaciones a los accionistas que hayan votado en favor de las mismas “por error” a favor de la resolución: “Es muy posible que por informaciones falsas, por ignorancia o por cualquier otra circunstancia ajena, el accionista sea inducido a votar con la mayoría, en este caso no es justo dejarlo sin defenderse y debe concedérsele el dere-

³⁴ *Ibidem*, págs. 245 y 246.

cho para impugnar la deliberación”. Apenas si hace falta comentar lo infundado de tal pretensión, máxime que en este caso, como en algunos anteriores, **Vásquez del Mercado** no invoca en apoyo de su postura precepto legal mexicano alguno, y sólo menciona dos opiniones doctrinales extranjeras, que ameritan un muy breve comentario: la admisión del derecho de impugnar un acuerdo, por parte de los accionistas que votaron a favor del mismo, equivaldría a restar toda seguridad a las decisiones asamblearias, con las nefastas consecuencias fáciles de imaginar.

Jurisprudencia. Atento lo expuesto, es plausible la jurisprudencia sustentada por uno de nuestros tribunales colegiados en materia de trabajo al sostener que en un juicio laboral no puede combatirse un acuerdo de asamblea, ya que, como se ha visto (arts. 185, 201 y 205), los acuerdos de asambleas sólo pueden impugnarse por accionistas:

“Personalidad en el procedimiento laboral. No puede ser materia del análisis de la misma la designación del administrador único o del consejo de administración de una sociedad mercantil”.

Sexto Tribunal Colegiado en Materia de Trabajo del Primer Circuito.

Amparo en revisión 126/2003. César Francisco Álvarez Nieto. 6 de marzo de 2003. Unanimidad de votos.

Amparo en revisión 1086/2003. Marcos Mohedano Hernández. 15 de enero de 2004. Unanimidad de votos.

Amparo en revisión 116/2004. Corporación Jesa, S.A. de C.V. 26 de febrero de 2004. Unanimidad de votos.

Amparo en revisión 386/2004. Gabriel Durán Morales. 20 de mayo de 2004. Unanimidad de votos.

Amparo en revisión 626/2004. Salvador Rodríguez Rubio. 12 de agosto de 2004. Unanimidad de votos.

Supuesto diferente es el del acreedor cuyo derecho está garantizado con prenda sobre una o varias acciones. He aquí el interesante criterio sustentado por un tribunal colegiado.

Acreedor prendario. Su legitimación para ejercer la acción de oposición a los acuerdos de la asamblea general ordinaria de accionistas depende de la afectación que en virtud de dichos acuerdos sufran las acciones dadas en prenda.

De conformidad con el art. 338 de la *Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito*, el acreedor prendario está obligado y, a la vez, facultado para ejercer los derechos inherentes al bien dado en prenda, que se encaminen directamente a conservarlo o a su valor. Esta disposición no entraña la existencia de un cúmulo de facultades que de manera general puedan ejercerse por el acreedor prendario, sino que es necesario revisar si, en el caso específico, efectivamente se está llevando a cabo una defensa del valor del título dado en prenda a fin de dilucidar si dicho acreedor está legitimado para ejercer un determinado derecho. En este sentido, si los bienes dados en prenda consisten en acciones

continúa

representativas del capital social de una sociedad mercantil, y si el acreedor prendario pretende ejercer la acción de oposición regulada en el artículo 201 de la *Ley General de Sociedades Mercantiles*, la cual tiene por objeto impedir la ejecución de los acuerdos adoptados en una asamblea general de accionistas, entonces, será la naturaleza de tales acuerdos de la cual dependerá la existencia o no de una disminución en el valor de las acciones, así como la legitimación del acreedor prendario para defender dicho valor a través del ejercicio de la acción referida. Por tanto, si los acuerdos tomados en una determinada asamblea general de accionistas, consistieron medularmente en lo referente a diversos nombramientos y a la decisión de instaurar una denuncia penal, entonces, estas cuestiones no implican variación alguna en el valor de las acciones de la sociedad, pues no existe una relación directa de causa-efecto entre tales decisiones y la variación en el capital social de la empresa, situación que implica la falta de legitimación por parte del acreedor prendario para ejercer la aludida acción de oposición, pues ello no actualizaría la hipótesis de defensa del valor de los títulos dados en prenda a que se refiere el citado artículo 338 de la *Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito*.

Décimo Tribunal Colegiado en Materia Civil del Primer Circuito. Amparo Directo 501/2008, Televisora del Valle de México, S.A. de C.V., 25 de febrero de 2009. Unanimidad de votos. Ponente: Gilberto Chávez Priego. Secretario: Rafael García Morales.

10.14 Órgano de administración

Como varias veces se ha expresado, la operación directa de una sociedad anónima corre a cargo del órgano de administración, que, en la terminología de los partidarios de la concepción orgánica, cumple las funciones dinámicas, esto es, las dos principales manifestaciones de la anónima ante terceros y ante los socios, que son la representación externa y la gestión interna, respectivamente.

Por lo mismo, a este órgano de administración corresponde la facultad de "... realizar todas las operaciones inherentes al objeto de la sociedad, salvo lo que expresamente establezcan la ley y el contrato social" (art. 10), al igual que la operación interna (art. 142).

10.14.1 Consejo de administración

Una vez más con la salvedad de lo que expresen los estatutos o lo que dispongan las leyes reguladoras de específicos tipos sociales, el órgano de adminis-

tración puede ser unitario o colegiado; en el segundo caso quedará constituido como consejo de administración, por lo que a sus integrantes se les conoce, en la práctica, indistintamente como administradores o consejeros.

Surge aquí uno de los llamados derechos de minorías, pues, en efecto, “Cuando los administradores sean tres o más, el contrato social determinará los derechos que corresponde a la minoría en la designación, pero en todo caso la minoría que represente un veinticinco por ciento del capital social nombrará cuando menos un consejero. Este porcentaje será del diez por ciento, cuando se trate de aquellas sociedades que tengan inscritas sus acciones en la Bolsa de Valores”; en estos casos, únicamente podrá revocarse el nombramiento de los administradores designados por minorías, cuando se revoque también el nombramiento de todos los demás (art. 144).

Lo anterior plantea la duda sobre la solución al caso en el que existan dos minorías del diez por ciento cada una, sin que se pongan de acuerdo en la designación de un consejero. A menos que se les conceda el derecho de nombrar sendos administradores, todo parece indicar que deberá acudir a cualquier otro mecanismo práctico para resolver la situación, como el sorteo, la persuasión o alguno otro.

A. Características del cargo

Erróneamente califica el art. 142 de mandatarios a estos personajes, pues la verdad es que no son apoderados de la sociedad y tampoco se celebra con ellos contrato de mandato alguno. Lo cierto es, como afirma el art. 10, que son representantes de la sociedad, de donde resulta que sus facultades para actuar derivan directamente de la ley, como ocurre por ejemplo, en los casos de quienes ejercen la patria potestad del menor, la tutela del incapaz, el manejo patrimonial de un fideicomiso, el albaceazgo, etcétera.

La errónea afirmación en el sentido de que se trata de un mandato, conduce a la equivocada práctica de conferir a los administradores las facultades que a favor de los mandatarios consigna el art. 2554 del *C.Civ.*, sin que ello sea necesario, atento lo dispuesto por el ya citado art. 10 de la *LGSM*, en el sentido de que realmente son representantes. Por la misma razón, siempre a guisa de ejemplo, el padre y la madre del menor no requieren del otorgamiento de mandato alguno, como tampoco el tutor de un incapaz.

El cargo, por otra parte, es personal, temporal, revocable y generalmente remunerado, características que plantean, primeramente, la imposibilidad de desempeñarlo por conducto de otra persona, la improcedencia de una designación definitiva, así como la nulidad de una cláusula en la que se pactara su irrevocabilidad. Por lo que hace al carácter remunerado del car-

go, resulta de lo que dispone el ya invocado art. 181-III, en cuanto dispone que corresponde a la asamblea ordinaria la determinación de los emolumentos de estos personajes.

Llama poderosamente la atención el hecho de que la práctica italiana haya conducido a la adopción de una regla interpretativa del silencio de la ley sobre este punto, por cuanto el respectivo estatuto legal nada dice sobre el carácter personal o no del cargo de administrador de una sociedad, lo que en años recientes condujo a que tanto los abogados como los notarios y los jueces hayan llegado a la conclusión, principalmente auspiciada por el Consejo Nacional del Notariado, en el sentido de que también personas morales pueden desempeñar el cargo de que se trata, por conducto, claro es, de un apoderado con las necesarias facultades, cuya responsabilidad será solidaria entre ambos.

Sin embargo, en la práctica es frecuente que los propios administradores renuncien a la percepción de emolumentos, decisión que no puede calificarse de nula o ilegal, especialmente si se considera que estos administradores son, con frecuencia, también accionistas de la sociedad.

Mantilla Molina³⁵ considera que la remuneración de estos administradores no es de la esencia del cargo, por lo que, siempre a su juicio, sería válida la cláusula estatutaria que estableciera su gratuidad.

No es fácil compartir tal opinión, y ya el propio **Mantilla Molina** apunta varios preceptos de los que se infiere la obligatoriedad de remunerar a los administradores, en su calidad de mandatarios, que les atribuye la misma *LGSM*, de que el mandato no se presume gratuito y de que la asamblea general ordinaria debe conocer, entre otros asuntos, de la remuneración de los administradores cuando su importe no se haya fijado en los estatutos.

No carece de interés la información según la cual en Noruega, a partir del comienzo de 2008, cierta disposición legal exige que el cuarenta por ciento de los cargos en los órganos directivos de las empresas debe corresponder a mujeres, lo que incluye a 487 compañías que cotizan en la bolsa de valores.

Por último, el desempeño personal del cargo conlleva la imposibilidad de que se designe como administrador a una persona moral.

B. Requisitos

Independientemente de los requisitos que fijan otras leyes a las personas que hayan de ocupar el cargo, la nuestra dispone que no pueden ser administradores los inhabilitados para ejercer el comercio, tema que se abordó *supra*, 4.4.1 (art. 151).

³⁵ *Derecho...*, *cit.*, pág. 399.

Por otra parte, nuestra Ley permite que en los estatutos, o por acuerdo de la asamblea que los designe, se establezca la obligación a cargo de estos administradores, "... de prestar garantía para asegurar las responsabilidades que pudieran contraer en el desempeño de sus encargos" (art. 152), garantía que, obviamente, puede fijarse con toda libertad, luego es posible que consista en una prenda, hipoteca, fideicomiso, depósito de dinero y demás formas que se consideren apropiadas. Importa, con todo, tener presente que cuando se fije tal garantía, los nombramientos de los administradores no podrán inscribirse en el RPC si no se comprueba que han prestado tal garantía (art. 153).

Cabe recordar que la forzosa inscripción del nombramiento de estos administradores resulta de lo dispuesto por el art. 60.-IX.

C. Funciones

Siempre con la salvedad de lo que dispongan los estatutos, ya se apuntó que las funciones de los administradores corresponden a dos esferas de actuación, la interna y la externa, sin más limitación que el cumplimiento del objeto social.

Ahora bien, en razón de la importancia cuantitativa y cualitativa de la sociedad, los administradores, al igual que la asamblea general, pueden nombrar uno o más gerentes generales o especiales, quienes tendrán las facultades que se les confieran estatutariamente o al ser designados, con la circunstancia de que "... gozarán, dentro de la órbita de las atribuciones que se les hayan asignado, de las más amplias facultades de representación y ejecución", todo lo cual explica que estos cargos gerenciales sean también personalísimos (arts. 145, 146 y 147).

A otra forma de auxiliarse puede acudir el consejo de administración. Se trata del consejero delegado, tan frecuente en cierto tipo de sociedades como las financieras, aseguradoras, afianzadoras y casas de bolsa, a quien corresponderá la ejecución de actos concretos, en la inteligencia de que, si no se procediere a tal nombramiento, la representación del consejo corresponderá siempre a su presidente (art. 148).

Otra faceta importante del órgano de administración está configurada por sus facultades para conferir poderes en nombre de la sociedad, mismos que serán revocables en cualquier momento (art. 149), sin que nuestra Ley aclare si tales poderes son revocables también por decisión de la asamblea, lo que parece indudable, en razón de su carácter de órgano supremo de la sociedad, si bien, conforme a la opinión antes vertida, tal asamblea no podrá revocarlos directamente.

Jurisprudencia. Presidente del consejo de administración de una sociedad mercantil. Carece de facultades para obligarse solidariamente a nombre de la empresa por el solo hecho de tener ese carácter, si no existe acuerdo en ese sentido por parte de dicho órgano colegiado.

Primer Tribunal Colegiado en Materia Administrativa del Tercer Circuito. Revisión fiscal 314/2001. Administrador Local Jurídico de Guadalajara, en representación de las autoridades demandadas. 22 de enero de 2002. Unanimidad de votos. Ponente: Luis Francisco González Torres. Secretario: Daniel Guerrero Nuño.

Las delegaciones y poderes antes mencionados, en modo alguno restringen las facultades de los administradores, pero más importante aún es dejar precisado que la terminación de las funciones de tales administradores no extingue tales delegaciones ni los poderes que hayan otorgado (art. 150).

Jurisprudencia. Apoderado legal de una sociedad anónima. No está facultado para impugnar judicialmente actuaciones del presidente del consejo de administración, si previamente no es legitimado *ad procesum* por la asamblea general de accionistas, o por el treinta y tres por ciento de los socios que representen el capital social.

Sexto Tribunal Colegiado en Materia Civil del Primer Circuito. Amparo directo 956/2001. Fábrica de Papel San José, S.A. de C.V. 1o. de marzo de 2001. Unanimidad de votos. Ponente: Gustavo R. Parrao Rodríguez. Secretario: José Guadalupe Sánchez González.

En otro orden de ideas, concluido el plazo para el que hubieren sido designados, o revocado el nombramiento por la asamblea, los administradores no deben abandonar el cargo mientras los nuevamente designados no se presenten a asumirlo (art. 154). Tal disposición muestra la justificada preocupación del legislador en el sentido de no propiciar la falta del órgano de administración en las sociedades, como también se muestra en la regla según la cual, en caso de falta del administrador único o de un número tal de consejeros que los restantes no reúnan el quórum necesario para actuar, los comisarios están facultados para designar, provisionalmente, a los administradores faltantes (art. 155).

Por último, cuando un administrador tenga, en cualquier operación, un interés contrario al de la sociedad, deberá ponerlo en conocimiento de los demás y abstenerse de intervenir en las deliberaciones y en la votación; de no acatar tales disposiciones, será responsable de los daños y perjuicios que se causen a la sociedad (art. 156).

D. Designación de administradores suplentes

Aunque la institución de los consejeros suplentes no está prevista en nuestra Ley, la práctica corporativa mexicana acude a ella casi invariablemente, por las indudables ventajas que reporta, a pesar de algunos reparos que se le podrían formular.

En cuanto a las ventajas, una de ellas es obvia: ante la ausencia de los consejeros propietarios, los suplentes pueden actuar, en principio, sin entorpecer la actuación del órgano de administración, para lo cual es necesario, naturalmente, o bien el previo y oportuno aviso de su ausencia, por parte del propietario, a efecto de citar al suplente, o bien citar, de modo invariable, tanto a los propietarios como a los suplentes, en el entendido, claro es, de que estos últimos sólo intervendrán por ausencia de los propietarios.

Por el contrario, opera un inconveniente que en algunos casos podría revestir cierta gravedad. Se trata de la posible ausencia de todos los propietarios y presencia de los suplentes, a pesar de que en el orden del día se consignan asuntos de especial importancia y trascendencia para la vida de la sociedad; la pregunta es de no fácil respuesta: ¿hasta qué punto disfrutan los suplentes exactamente de las mismas facultades que corresponden a los propietarios, máxime si se trata de adoptar resoluciones graves?

Por otra parte, resulta aconsejable el que la designación de consejeros suplentes se haga con especificación del propietario al que cada uno de ellos deberá suplir, con lo cual, siquiera, se evitaría la dispersión con la que suele operarse en la práctica societaria mexicana. Y todo ello, sin pasar por alto la posibilidad, más o menos remota, de que la ausencia del propietario no resulte en verdad justificada, sabedor de que el suplente lo sustituirá en la reunión respectiva.

10.14.1.1 Funcionamiento del consejo de administración

Salvo disposición estatutaria sobre el particular, será presidente del consejo el administrador primeramente nombrado y, a falta de él, quién le siga en el orden de la designación. A él corresponde, en caso de empate, la decisión de los asuntos, habida cuenta de que el consejo sólo puede funcionar legalmente con la mitad de sus integrantes. Desde luego, y siempre salvo que los estatutos dispongan otra cosa, las decisiones se tomarán por simple mayoría de votos.

Como en el caso de la asamblea, los estatutos podrán prever la posibilidad de que las resoluciones se tomen sin necesidad de una sesión formal de consejo, pero aquí también será preciso que los acuerdos se tomen por una-

nimidad de todos los integrantes, quienes deberán confirmar su voto por escrito (art. 143).

Aunque no especifica nuestra Ley el lugar en el que deben celebrarse las sesiones del consejo, parece necesario concluir que deben llevarse a efecto en el domicilio social, con sólo recordar que el lugar en que se administren las sociedades constituye el domicilio social, por disposición del art. 33 del *C.Civ.*

Al tratar este punto, **Vásquez del Mercado**³⁶ se pregunta por la consecuencia que acarrearía el hecho de que el número de miembros del consejo de administración no alcance, en su momento, al mínimo fijado por los estatutos para la validez de sus sesiones, y aunque afirma que, *prima facie*, el consejo quedaría inhabilitado para actuar, inmediatamente después afirma que “La ley y la doctrina han superado esta dificultad y han dado las soluciones correctas. Si por muerte o dimisión de los miembros del consejo, éste no puede sesionar con el mínimo requerido, los administradores restantes pueden y tienen el poder para convocar”; expresa, a continuación, que es frecuente la adopción, en los estatutos, de la cláusula que faculta a los administradores restantes para designar nuevos administradores en sustitución de los ausentes, para lo cual le parece aplicable, por analogía, la disposición respectiva del art. 155 de la *LGSM*.

Empero, hay que decir, ante todo, que cualquier posible doctrina extranjera no podría ser de observancia en nuestro medio, como tampoco es admisible la aplicabilidad al caso del art. 155, ante su claro texto:

*“En los casos de revocación de (sic) nombramiento de los administradores, se observarán las siguientes reglas: I. Si fueren varios los administradores y sólo se revocaren los nombramientos de algunos de ellos, los restantes desempeñarán la administración **si reúnen el quórum estatutario**; y II. Cuando se revoque el nombramiento del administrador único o cuando habiendo varios administradores se revoque el nombramiento de todos o de un número tal que los restantes no reúnan el quórum estatutario, **los comisarios designarán con carácter provisional a los administradores faltantes**. Iguales reglas se observarán en los casos de que la falta de los administradores sea ocasionada por muerte, impedimento u otra causa”.*

Así pues, este art. 155 no necesita de aplicación extensiva alguna: sólo los comisarios pueden designar, con carácter provisional, a los administradores faltantes, con lo cual nuestro sistema legal rechaza la posibilidad de la cooptación.

Ahora bien, por encima de las apuntadas disposiciones legales, mucho se proclama, en los últimos tiempos, la necesidad de adoptar medidas que prohíben,

³⁶ *Asambleas...*, cit., pág. 55.

mediante el llamado *gobierno corporativo*, la adopción de medidas éticas y de transparencia, mediante las cuales la administración de las empresas se realice en forma confiable para los accionistas, pero también para los deudores y acreedores, no menos que para las autoridades fiscales y puramente administrativas, pero también para las entidades bursátiles.

Como es bien sabido, el detonante de este novedoso esquema fueron los sonados casos constituidos por las quiebras de las famosas empresas estadounidenses Enron y WorldCom, que propiciaron la tan sonada *Ley Sarbanes-Oxley*, en julio de 2002.

En efecto, es notable la contemporánea insistencia en que, además de obligarse a las empresas a cumplir con la legislación, se les constriña también para adoptar, en forma más o menos voluntaria, esquemas de auto-control, como el del llamado *gobierno corporativo*, que es no más que un sistema protector de los intereses de sus integrantes, de modo especial los accionistas, pero que se ha venido ampliando para incluir también los intereses de los empleados, clientes, proveedores, socios y acreedores. Se pretende, en suma, que las empresas utilicen su capital de manera eficaz y en forma que inspiren confianza a todos los que integran, interna y externamente, el mundo empresarial.

La referida *Ley Sarbanes-Oxley* se propone, confesadamente, la protección de los inversionistas, el impulso del desarrollo de prácticas de buen gobierno corporativo, el establecimiento de una mayor vigilancia de las actividades que realizan los consejos de administración, la inclusión de consejeros independientes y, primordialmente, la adopción de mecanismos para la divulgación y transparencia de la información interna relacionada con las finanzas.

Aunque dicha Ley, como es sabido, se aplica sólo a las empresas estadounidenses que cotizan en la Bolsa de Valores, igualmente son objeto de ella las empresas mexicanas que coticen en la referida Bolsa.

En tales condiciones, tal vez encuentra explicación la circunstancia de que, en nuestro país, la CNBV haya expedido la llamada *Circular Única*, de aplicación obligatoria a todas las entidades sometidas a su control y vigilancia, y que consigna el llamado *Código de Mejores Prácticas Corporativas*, elaborado por el Consejo Coordinador Empresarial. He aquí sus principales disposiciones:

- La administración debe encomendarse a un consejo con miembros que no estén involucrados en la operación diaria de la sociedad y que puedan aportar una visión externa e independiente.
- Además de las obligaciones legalmente impuestas a los administradores, tanto en la *LGSM* como en los demás estatutos que rigen la operación de sociedades específicas, deben incluirse las siguientes:

- Establecer la visión estratégica de la sociedad.
 - Asegurar que los accionistas y el mercado tengan acceso a la información pública de la sociedad.
 - Establecer mecanismos de control interno.
 - Asegurar que la sociedad cuenta con los mecanismos necesarios que permitan comprobar que cumple con las diferentes disposiciones legales que le son aplicables.
 - Evaluar regularmente el desempeño del director general y de los funcionarios de alto nivel.
- El consejo de administración ha de estar integrado por un mínimo de cinco y un máximo de quince propietarios, en la inteligencia de que debe evitarse que tales consejeros propietarios, en caso de inasistencia, sean suplidos indistintamente por cualquiera de los suplentes.
 - Pero además, no debe haber consejeros suplentes y, si los hubiere, únicamente deban suplir al propietario previamente establecido; es recomendable que cada candidato a consejero propietario recomiende al suplente.
 - Deben actuar consejeros independientes, seleccionados por su experiencia, capacidad y prestigio profesional, que no se encuentren, además, en alguno de los siguientes supuestos al momento de su nombramiento:
 - Ser empleados o directivos de la sociedad.
 - Sin ser empleados o directivos, y en caso de que sean accionistas de la sociedad, tengan poder de mando sobre los directivos de la misma.
 - Ser asesores de la sociedad o socios o empleados de firmas que funjan como asesores o consultores de la sociedad o sus afiliadas, y que sus ingresos dependan significativamente de esa relación contractual.
 - Ser clientes, proveedores, deudores o acreedores de la sociedad, o bien socios o empleados de una sociedad que sea clienta, proveedora, deudora o acreedora importante.
 - Ser empleados de una fundación, universidad, asociación o sociedad civil que reciba importantes donativos de la sociedad.
 - Ser director general o funcionario de alto nivel de una sociedad en cuyo consejo de administración participe el director general o un funcionario de alto nivel de la sociedad.
 - Ser parientes cercanos de algunas de las personas físicas antes mencionadas.
 - También debe adoptarse la figura del consejero patrimonial, que es un accionista significativo o que actúa como mandatario del mismo, si bien

cualquiera de ellos satisface las características del consejero independiente, antes mencionado.

- Igualmente deben actuar consejeros relacionados, que son los que no se encuentran en supuesto alguno de los antes descritos.
- Los consejeros independientes y los patrimoniales deben constituir, conjuntamente, por lo menos el cuarenta por ciento del consejo de administración; los independientes deben constituir, por lo menos, el veinte por ciento del total de consejeros.
- En el informe que anualmente debe presentar el consejo de administración a la asamblea, habrán de mencionarse los nombres de los consejeros independientes y de los patrimoniales, así como los principales cargos que desempeñan los consejeros.
- El consejo de administración debe realizar funciones de evaluación de auditoría, de finanzas y de planeación, como se definen en el referido Código, a través de uno o varios órganos intermedios.
- El consejo de administración debe reunirse por lo menos cuatro veces al año, y por lo menos una de tales reuniones debe dedicarse a definir la estrategia a mediano y largo plazo de la sociedad.
- Es necesario establecer un proceso que faculte por lo menos al veinticinco por ciento de los consejeros, para exigir que se convoque a una sesión del consejo de administración.
- Los consejeros deben tener acceso, por lo menos cinco días hábiles antes de la reunión respectiva, a la información relevante para la toma de decisiones, con arreglo al respectivo orden del día.
- Los activos o servicios de la sociedad sólo deben destinarse al cumplimiento del objeto social, por lo que deben definirse políticas claras para los casos en que, excepcionalmente, se utilicen dichos activos para cuestiones personales.
- Los consejeros deben mantener absoluta confidencialidad sobre toda la información que pudiera afectar la vida de la sociedad.
- Por lo que se refiere a la auditoría o vigilancia externa:
 - Habrá de adoptarse un mecanismo de apoyo al consejo de administración, que le permita verificar el cumplimiento de la función de auditoría interna y externa.
 - El propio consejo debe designar, de entre varios candidatos, a los auditores externos de la sociedad, e igualmente deben quedar claramente establecidas las condiciones de contratación y el alcance de las facultades que correspondan a los auditores externos.

- La auditoría interna debe servir como canal de comunicación entre el consejo de administración y los auditores externos, así como asegurar la independencia y objetividad de estos últimos.
 - Debe examinar el programa de trabajo, las cartas de observaciones y los reportes de auditoría e informar al consejo de administración sobre los resultados.
 - Le corresponde recomendar al consejo las bases para preparar la información financiera.
 - Debe contribuir en la definición de los lineamientos generales del sistema de control interno y evaluar su efectividad.
 - También debe verificar que se cuente con los mecanismos necesarios que permitan comprobar que la sociedad cumple con las diferentes disposiciones a las que está sujeta.
- La sociedad debe contar con un área de auditoría interna, si bien corresponde a los auditores externos la verificación de la efectividad de los sistemas de control interno, a fin de emitir un reporte sobre dichos controles.
 - Deben adoptarse mecanismos que permitan determinar si la sociedad cumple debidamente con las disposiciones legales que le sean aplicables para los anteriores efectos; sobre el particular, debe efectuarse una revisión, por lo menos anual, e informarse al consejo de administración sobre la situación legal de la sociedad.
 - Debe excluirse del orden para la celebración de asambleas el rubro de “asuntos varios”; tampoco deben agruparse en un solo punto asuntos relacionados con temas diferentes.
 - Toda la información sobre cada punto del orden del día de las asambleas deberá estar a disposición de los accionistas con quince días de anticipación.
 - Cuando en una asamblea haya de procederse a la designación de consejeros, la información previa debe mencionar el nombre de los que se proponen y el perfil profesional de los candidatos.

Por supuesto, el Código incluye otras prevenciones en materia de políticas de inversión y de financiamiento, planeación estratégica y demás, que aquí se omiten para no exagerar lo farragoso de la presente enumeración.

Se sabe que importantes empresas del país, tanto industriales como puramente comerciales y de servicios, han implantado ya los mencionados esquemas corporativos.

10.14.1.2 Responsabilidades

A poco que se observe la actuación de las sociedades anónimas, fácil será localizar un amplio elenco de obligaciones, deberes y responsabilidades de los administradores, algunos de los cuales se han examinado en el curso de este libro, si bien debe dejarse constancia de que otros más pueden estar consignados en los estatutos y en las leyes reguladoras de específicas formas sociales.

Sin embargo, *véanse* a continuación otros aspectos importantes en torno a la responsabilidad de los administradores, que, de modo general, puede resumirse como la "... inherente a su mandato (*sic*) y la derivada de las obligaciones que la ley y los estatutos les imponen" (art. 157):

- De la realidad de las aportaciones hechas por socios.
- Del cumplimiento de los requisitos legales y estatutarios en cuanto al reparto de dividendos.
- De la existencia y mantenimiento de los sistemas de contabilidad, control, registro, archivo e información que prevengan las leyes.
- Del exacto cumplimiento de los acuerdos de las asambleas (art. 158).
- De las irregularidades en que hayan incurrido los administradores previos, si, a pesar de conocerlas, no las denunciaren por escrito a los comisarios. En este caso la responsabilidad es solidaria con la de dichos administradores precedentes (art. 160).
- También es responsable el administrador que, en cualquier operación, tenga un interés opuesto al de la sociedad y no lo manifieste así a los demás administradores, en la inteligencia de que, además, debe abstenerse de toda deliberación y resolución (art. 156). **Barrera Graf**³⁷ opina que cuando a pesar de todo ello, el administrador emita su voto, el mismo será válido, y solamente podrá imponerse la mencionada responsabilidad al administrador cuando su voto haya sido determinante para obtener la mayoría necesaria.
- De los daños y perjuicios que se causen a la sociedad y a sus acreedores, en caso de que autoricen la adquisición de acciones del capital de la propia sociedad por un camino diferente de la adjudicación judicial (art. 138).
- Del indebido reparto de dividendos a los accionistas (art. 19).
- En caso de que no se haga la separación del cinco por ciento anual de las utilidades, para constituir o reconstituir el fondo de reserva (arts. 20 y 21).

³⁷ *Instituciones...*, cit., pág. 580.

- “La responsabilidad de los administradores sólo podrá ser exigida por acuerdo de la asamblea general de accionistas, la que designará la persona que haya de ejercitar la acción correspondiente, salvo lo dispuesto en el art. 163”, que se examinará más adelante (art. 161).

Como era de suponerse, así lo ha sostenido el Segundo Tribunal Colegiado en Materia Civil del Sexto Circuito, en el amparo directo 476/2002, Silvia Rosas de Zárate, resuelto el 13 de febrero de 2003:

“... por tanto, los actos de dicho administrador que lo hagan incurrir en responsabilidad sólo pueden concernir a la citada asamblea por ser la titular exclusiva de las acciones de responsabilidad correspondientes, pero no a un tercero que no forma parte de la sociedad ni tiene representación de la misma, por lo que tampoco se está en el caso de excepción previsto por el artículo 163 del mencionado cuerpo legal, que dispone que los accionistas que representen por lo menos treinta y tres por ciento del capital social podrán ejercer directamente la acción de responsabilidad civil aludida.”

En la misma forma se había pronunciado, previamente, el Sexto Tribunal Colegiado en Materia Civil del primer circuito, que al resolver el amparo directo 956/2001, Fábrica de Papel San José, S.A. de C.V., el 1 de marzo de 2001, expresó lo siguiente, con referencia, claro es, a los respectivos textos de la *LGSM*:

“... de lo anterior se advierte que tal ley no contempla hipótesis alguna de que un apoderado legal esté facultado para cuestionar las actuaciones del presidente del consejo de administración de una sociedad... luego el referido presidente sólo puede responder de sus actos con motivo inmediato y directo del ejercicio de su cargo, ante la asamblea general de accionistas, y... no sólo se le podrá exigir responsabilidad por daños y perjuicios,... pero para ello se deberá cumplir con el requisito de procedibilidad, consistente en el acuerdo de la asamblea de accionistas...”

- En cuanto la asamblea acuerde exigir estas responsabilidades, los administradores respectivos cesarán en sus cargos, y sólo podrán ser nuevamente nombrados una vez que se dicte sentencia judicial que declare infundada la acción (art. 162).
- Finalmente, la acción de responsabilidad podrá ejercitarse por accionistas titulares de un mínimo del treinta y tres por ciento del capital social, siempre que no hayan votado en favor de la resolución tomada por la asamblea en el sentido de no proceder contra dichos administradores, y que la demanda comprenda el total de las responsabilidades a favor de la sociedad a la que, en su caso, asistirá el derecho de percibir los bienes que se obtengan como resultado de la reclamación (art. 163).

La actuación de estos administradores ofrece un cada vez más amplio escenario de responsabilidades de la más variada índole, pues van de las fiscales frente a la autoridad gubernativa, con frecuencia federal, estatal o municipal, a las civiles y penales en las que pueden incurrir ante las sociedades mismas, los accionistas y los terceros acreedores; modernamente, incluso frente a las autoridades ambientales y sanitarias.

En efecto, el punto de que se trata viene siendo objeto, durante los últimos años, de apasionados debates y draconianas leyes, tema que se abordará más adelante.

Se dice, en efecto, que al tomar posesión de sus cargos, los consejeros deben tener una clara noción de dichos deberes y responsabilidades, conscientes de que la carga operativa recaerá sobre ellos, que nunca podrán escudarse en un posible desconocimiento de la actuación del personal administrativo, pues precisamente una de sus obligaciones consiste en mantenerse permanentemente informados de los mecanismos operativos con arreglo a los cuales se desarrollan las actividades de la sociedad.

También, según se dice, deben definir rumbos estratégicos acordes con los requerimientos de los accionistas, que fundadamente esperan de ellos una adecuada y económicamente exitosa gestión.

Claro es que a la vista de lo anterior, la actuación de los consejeros debe resultar por demás compleja y agobiante, pero no de otra manera habrán de cumplir en debida forma con su cometido.

Por último, también asiste a los consejeros la misión de profetas, pues sobre ellos cae el peso del examen y calibramiento de las circunstancias económicas, sociales y políticas, tanto nacionales como extranjeras, en previsión de contratiempos que pudieran afectar favorable o desfavorablemente las actividades de la empresa.

Ello explica el que la exigencia de cauciones muestre también panoramas igualmente variables, que también pueden ir desde las legislaciones que no les exigen caución alguna, a las que les imponen la obligación de garantizar su manejo en una o más formas. Como ya se vio, la *LGSM* deja en libertad a los accionistas para fijar cualquier mecanismo de garantía en los estatutos sociales, o bien para exigir la caución en el momento en que se haga la designación.

Tal vez el esquema más reciente sea el constituido por la resolución 20 de la Inspección General de Justicia argentina, que empezó a regir el 7 de febrero de 2005, por virtud de la cual se adoptó un nuevo régimen de garantías, que a continuación se transcribe en forma resumida:

- Los administradores de las sociedades anónimas y los gerentes de las limitadas, así como de las comanditas por acciones, deberán constituir una garantía mínima de diez mil pesos (por supuesto se trata de moneda argentina); cuando en el segundo de dichos tipos sociales el capital sea inferior a doce mil pesos, la garantía será de un mínimo de dos mil pesos.
- Tales garantías podrán otorgarse mediante depósito de dinero en moneda nacional o extranjera, en cualquier entidad financiera o caja de valores, a la orden de la sociedad; en su defecto, podrá consistir en bonos, títulos de deuda nacional o provincial, fianzas, avales bancarios, seguros de caución o de responsabilidad civil, siempre a favor de la sociedad.

- En todos los casos, el costo de la garantía deberá ser soportado precisamente por el administrador o gerente, y nunca con fondos de la sociedad.

Otras disposiciones se consignan en la citada resolución, pero son de segunda importancia y, por lo demás, complementarias de las anteriores.

Todo lo anterior parece justificar las dificultades que en los tiempos recientes vienen encontrando las sociedades mercantiles para encontrar personas dispuestas, por una parte, a arrostrar las crecientes responsabilidades que como administradores se les fincan en un creciente panorama legislativo, pero también a hacer frente a la necesidad de sufragar el costo de las apuntadas garantías. De ese modo, se ha venido perdiendo el atractivo y encanto que en el pasado significaron la asunción de estos cargos. Son explicables, por tanto, las recientes palabras de **John Thain**, presidente ejecutivo de la Bolsa de Valores de Nueva York: “En la actualidad los costos y beneficios que implica convertirse en director de empresa ya no parecen tan atractivos. La remuneración no ha mejorado tanto, mientras que las horas y las responsabilidades han aumentado mucho”.

En efecto, la prensa mundial da cuenta, en forma por demás frecuente, de los despidos, renunciaciones e incluso demandas judiciales y fincamiento de responsabilidades a directores, ejecutivos y consejeros de empresas de la más diversa índole, de modo especial después de las estrepitosas quiebras de empresas tan importantes como Enron y WorldCom. Todo ello, por una parte, ha ocasionado que cobren auge los seguros de responsabilidad civil de administradores y funcionarios, generalmente conocidos en el mercado, incluso el hispanohablante como el nuestro, por las siglas D&O, por la otra, precisamente el encarecimiento de este tipo de seguros.

A fines de junio de 2006 entró en vigor la nueva *Ley del Mercado de Valores*, que, como es bien sabido, recoge algunos conceptos de la estadounidense *Ley Sarbanes-Oxley*, principalmente, como es de suponerse, en materia de obligaciones y deberes de los administradores de sociedades, al mismo tiempo que de serias y cuantiosas responsabilidades, todo ello referido, naturalmente, a las sociedades que cotizan en la BMV, pero también a las empresas públicas. He aquí algunos de los temas que se abordan en el propio estatuto legal:

- En las sociedades de participación estatal mayoritaria, la autoridad y los accionistas minoritarios pueden cuestionar y exigir sanciones a los administradores e incluso a los accionistas oficiales mayoritarios, cuando adopten acuerdos ilegales o injustificadamente perjudiciales para las minorías.
- En cuanto a las sociedades privadas, tanto los accionistas minoritarios cuanto la CNBV, pueden demandar a los consejeros y a los funcionarios de alto nivel el pago de daños y perjuicios, e incluso exigir la imposición de sanciones cuando su actuación perjudique injustificadamente a tales minorías.
- Mediante una atribución de importantes facultades de vigilancia y calificación, atribuidas a los llamados “consejeros independientes”, se pretende una amplia intervención, por parte de los accionistas minoritarios, en la actuación de los mayoritarios, con las consecuentes limitaciones a las facultades del consejo de administración.

- Un aspecto por demás delicado y que está ocasionando enconados debates, es el relativo a la amplia serie de obligaciones, deberes y responsabilidades de los consejeros y funcionarios de alta dirección de estas empresas, cuya calificación se sujeta a delicadas presunciones y criterios subjetivos; así, por ejemplo, se presume, mediante una serie de hipótesis, que los consejeros han incurrido en conductas ilegales, sancionables con multas, suspensiones e inhabilitaciones y hasta privación de la libertad, en la inteligencia de que a cargo de las personas imputadas queda la prueba de hechos negativos. Harto sabido es que este moderno, amplio y polémico escenario es el resultado de la caudalosa corriente de fraudes corporativos cometidos por encumbrados personajes de muy importantes empresas estadounidenses, coludidos con auditores internos y externos, todo lo cual mostró la vulnerabilidad de los sistemas contables tradicionales, que igualmente están siendo objeto de nuevas regulaciones, que algunos sectores interesados califican de sobreregulación.
- Como forma de resumir lo anterior, resulta por demás ilustrativo el verter los criterios que, en el derecho estadounidense, informan una especie de código de conducta de estos administradores:
 - Deben actuar con un máximo cuidado en el manejo de los negocios sociales.
 - Han de observar un escrupuloso deber de lealtad hacia la sociedad.
 - Reportan una absoluta prohibición de arrebatar a la sociedad oportunidades de negocios.
 - En todo momento deben actuar con absoluta buena fe.
 - Han de actuar como lo haría una persona prudente en negocios propios.
 - Deben estar convencidos de que razonablemente actúan con la mira puesta en los mejores intereses de la sociedad.

Por supuesto, no faltan voces que, en tono por demás enérgico, se muestran contrarias a la que consideran como sobreregulación, por estimar que la misma fomentará, innecesariamente, la ineficiencia, aumentará los costos de operación de las empresas e impondrá una mayor discrecionalidad en la aplicación de sanciones por parte de la autoridad.

En un plano hasta cierto punto diferente, pero también como forma de garantizar la actuación de estos administradores, en los últimos años ha aparecido, primeramente en la práctica estadounidense, el llamado seguro D&O (*directors and officers*), al que antes se hizo referencia, con el que las instituciones aseguradoras cubren las responsabilidades civiles en que incurran los administradores, todavía poco operado en nuestro país, tal vez porque, en contraste con lo que ocurre en los Estados Unidos de América, conforme a nuestra legislación los administradores sólo son responsables frente a las sociedad en la que actúan, y no frente a terceros. Ello, tal vez, explique el poco mercado que han tenido en nuestro medio estas pólizas de seguro, que sin duda cobrarán cierto auge a medida que, al influjo de los nuevos mecanismos de transparencia, correcto manejo

corporativo y demás, vayan sentando su operatividad, pues a pocos sorprendería la instauración de responsabilidades civiles de los administradores frente a terceros, como ya ocurre en materia fiscal.

Pero además, en numerosos países de los considerados como del primer mundo, ha surtido efectos la campaña tendiente a reducir las remuneraciones de los administradores, intensificada por razón de la crisis financiera iniciada en los Estados Unidos de América.

Así, en Francia las más importantes empresas mercantiles adoptaron un código de conducta que evita crecidas remuneraciones a los ejecutivos de empresas que afronten dificultades económicas, mientras que en Alemania se impuso legalmente un sueldo anual máximo de quinientos mil euros y otros límites semejantes a las percepciones de los altos ejecutivos bancarios que reciban estímulos financieros.

A su vez, dentro de su esquema de rescate de la industria financiera, el gobierno de los Estados Unidos de América ha venido exigiendo que se limiten las percepciones de los altos ejecutivos que se beneficien con el plan de rescate.

La crisis financiera que se dejó sentir en 2009 dio lugar a que en algunos países, como México, ciertas empresas experimentaran la necesidad de *profesionalizar* a sus consejeros, esto es, de capacitarlos para un adecuado desempeño de sus funciones, máxime a raíz de la adopción del llamado gobierno corporativo. Para ello, algunas agrupaciones de empresas, e incluso ciertos centros docentes, elaboraron planes y programas de capacitación, con el incentivo de cubrirles atractivas prestaciones por su desempeño.

Posteriormente se ha informado del interés que vienen mostrando algunas empresas, incluso de carácter estatal, en el aprovechamiento de tales planes y programas.

10.14.2 Administrador único

Nuestra ley permite (art. 142) que la administración de la sociedad anónima se encomiende a una sola persona, quien, al igual que en el caso de la administración colegiada, tiene el carácter, erróneamente adjudicado según se expresó con anterioridad, de mandatario, en la inteligencia de que también en este caso el cargo es temporal, revocable y remunerado; puede, además, desempeñarse por socios o por personas extrañas a la sociedad.

Aquí conviene detenerse a dar cuenta de los desfavorables comentarios que en los últimos años se han vertido en cuanto a la administración unitaria, con argumentos harto conocidos, pero también es necesario dejar aclarado que, de atenerse a la práctica societaria mexicana, la administración única está condenada a desaparecer, incluso respecto de los casos, por demás frecuentes, en que la sociedad existe con un único socio verdadero y uno o dos más que aparecen como testaferros y a quienes, por supuesto, poco o nada importa la existencia del administrador único.

Solución diferente ofrecería el supuesto de que nuestra legislación admitiera la sociedad unimembre, respecto de la cual podría ser admisible la

administración a cargo del socio único, o a cargo de otra persona por él designada.

10.14.2.1 Funciones

Poco o nada nuevo puede expresarse aquí en cuanto a las funciones del administrador único, que, concentradas en él, son las mismas que la ley confiere a la administración colegiada. Las únicas salvedades son por demás lógicas:

- No existen sesiones a las que deba convocarse, puesto que el administrador único puede tomar decisiones cuando le venga en gana.
- Por lo mismo, tampoco existirán actas ni, naturalmente, libro en el que las mismas se consignent.

Otros casos ofrecerían una sencilla solución, como el concerniente a la posibilidad de que el administrador único tenga, en cierto asunto, un interés contrario al de la sociedad. Si existe una asamblea auténtica, a la misma deberá dar cuenta de la contraposición de intereses, para que resuelva el punto o para que designe a otro administrador único en forma temporal, etcétera.

10.14.2.2 Responsabilidades

Aquí, una vez más, es necesario hacer remisión al elenco de responsabilidades en la administración colegiada (*supra*, 10.14.1.2), con la obvia salvedad de que en este caso no serán compartidas.

Como se dijo en el caso del consejo de administración, a la asamblea debe corresponder la decisión sobre si existe o no responsabilidad, y sobre la persona que habrá de actuar en representación de la sociedad para exigir dicha responsabilidad.

Empero, conviene enfatizarlo, todo este panorama resulta un tanto virtual, puesto que la administración única suele presentarse sólo en los casos en que el administrador es, a la vez, el titular del paquete absolutamente mayoritario de las acciones, por lo que no será fácil que se presente alguno de los apuntados supuestos de responsabilidad.

A fines de agosto de 2010, la firma KPMG hizo saber que los altos ejecutivos de las empresas mexicanas son los autores, o por lo menos solapadores, del mayor número de fraudes corporativos en México, que al finalizar 2009 alcanzaron la suma

continúa

continuación

de 18,200 millones de pesos lo que atribuyó a que "... en esta época de crisis es cuando las empresas están sintiendo presión, han incrementado recorte de personal, medidas que abren oportunidades al fraude y entonces hay más presiones en las compañías". Entre las causas más comunes del fraude están: la falta de control interno y adecuada supervisión, la debilidad de una cultura ética, las fallas en la comunicación interna, las venganzas y la presión por alcanzar las metas de ventas o por mantener el valor de la firma. Por todo ello, los fraudes que mayor daño económico ocasionan a las compañías son los cometidos por los altos directivos, en la inteligencia de que México es el país de América Latina con mayor incidencia de este tipo de fraudes corporativos.

Se dijo también que el fraude más frecuente en las compañías mexicanas consiste en la malversación de activos, con un 43 % de incidencia.

Se apuntó, por último, que la impunidad ha sido un factor decisivo en la frecuencia de los fraudes.

Por lo mismo, es éste el lugar para informar, nuevamente, sobre las modernas tendencias endurecedoras de las responsabilidades a cargo de los administradores, tanto si funcionan en consejo como en calidad de administración única. Sobre el particular, ya se hizo referencia a las modernas corrientes responsabilizadoras. No es difícil augurar que el renovado panorama responsabilizador será aplicable a los consejeros y al administrador único, tal vez en este último caso con algunos puntos de agravamiento, por cuanto aquí las decisiones han sido unitarias y no sujetas a debate.

10.14 bis El órgano de vigilancia

A. Carácter colegiado o individual

El carácter colegiado del órgano de vigilancia resulta, en la práctica, de la existencia de diversas series de acciones, pero también de lo dispuesto por leyes reguladoras de específicas actividades sociales.

B. Características del cargo

El cargo de comisario es temporal y revocable; puede recaer en socios o personas extrañas a la sociedad (art. 164) y por regla general es remunerado.

Llama la atención que nuestra ley no exija determinados atributos en cuanto a la experiencia y conocimientos de estos personajes, así como el hecho de que no impone el carácter personal del cargo, como sí lo hace respecto de los administradores. La extrañeza resulta de la imperiosa necesidad de conocimientos contables, fiscales y frecuentemente financieros por parte

de estos comisarios, a quienes, como a poco se verá, sin práctica y sin estos conocimientos, les resultará muy difícil, si no imposible, desempeñar adecuadamente el cargo.

También de lo expuesto parece resultar que la vigilancia no puede encomendarse a una persona moral, a pesar de que la práctica ofrece ejemplos de sociedades civiles designadas con el carácter de comisarios.

Mantilla Molina³⁸ escribe que, por cuanto la *LGSM* no exige que el cargo sea personal, como sí lo prescribe para los administradores, una persona moral puede desempeñar el cargo y, como ejemplo, se refiere al antiguo texto del art. 44 de la *Ley de Instituciones de Crédito*, que establecía, como facultad de dichas instituciones, cuando pudieran llevar a cabo operaciones fiduciarias, la de desempeñar el cargo de comisario.

No parece sostenible tal postura en la actualidad, en razón de que, por una parte, el aludido precepto de la *LIC* fue derogado; por la otra, a la vista de los impedimentos que la *LGSM* fija para el desempeño del cargo, como son la inhabilitación para ejercer el comercio, el carácter de empleado de la sociedad respectiva o de las sociedades que con ella tengan comunidad de accionistas y, por último, ciertos parentescos con los administradores. Pero también a la vista de la responsabilidad *individual* que a estos personajes finca el art. 179, de la misma Ley societaria.

En cambio, es plausible la opinión del mismo autor en el sentido de que la ley debería fijar ciertos requisitos para el desempeño del cargo de comisario, cuyas funciones reclaman el conocimiento de aspectos contables y fiscales, primordialmente; el mismo autor proponía que se exija el título de contador público.

C. Requisitos

Más que requisitos, debe hablarse de impedimentos para el desempeño de la vigilancia; ellos son los siguientes:

- La inhabilitación para el ejercicio del comercio.
- El carácter de empleados de la sociedad misma o de las sociedades que sean accionistas de ella en más de un veinticinco por ciento del capital social, y los empleados de las sociedades en las que sea accionista la sociedad en cuestión por más de un cincuenta por ciento.
- El parentesco de consanguinidad con los administradores en línea recta y sin limitación de grado, o bien de colateralidad dentro del cuarto o de afinidad dentro del segundo (art. 165).

³⁸ *Derecho...*, *cit.*, pág. 414.

D. Funciones

En verdad son numerosas las facultades y obligaciones de los comisarios, lo cierto es que sus funciones podrían resumirse con la mención de que deben "... vigilar ilimitadamente y en cualquier tiempo las operaciones de la sociedad" (art. 166-IX), pero es necesario informar también que, a petición de cualquier accionista, deben dar cuenta a la asamblea con las denuncias que se les presenten a raíz de supuestas irregularidades en la administración, acompañadas de sus consideraciones y de las propuestas que estimen pertinentes (art. 167).

También la designación de estos personajes corresponde a la asamblea ordinaria, misma que debe determinar sus emolumentos, cuando no se hayan fijado en los estatutos (art. 181-II y III).

Como en el caso de los administradores, nuestra ley dispone la adopción de las medidas necesarias para conjurar el peligro de que la sociedad opere sin comisarios, pues, a falta del comisario único o de la totalidad, cuando fueren varios, inmediatamente debe convocarse a la asamblea para que haga la designación correspondiente. De no efectuarse la inmediata convocatoria, o en caso de que la asamblea no se reuniera, o bien no efectuare la designación, el juez del domicilio de la sociedad, a solicitud de cualquier accionista, nombrará provisionalmente al comisario o comisarios faltantes, quienes deberán mantenerse en el cargo mientras no se presente los designados por la asamblea (art. 168).

E. Atribuciones y facultades

Como se anunció, amplio es el elenco de facultades y obligaciones de los comisarios:

- Cerciorarse de la constitución y subsistencia de la garantía que, en su caso, deben otorgar los administradores al tomar posesión de su cargo.
- Exigir a dichos administradores la llamada balanza mensual, en la que debe incluirse un estado de situación financiera y otro de resultados.
- Examinar los libros, papeles y documentos sociales para vigilar las operaciones y rendir el dictamen que a continuación se mencionará.
- Presentar anualmente, a la asamblea general ordinaria, un informe sobre la veracidad, suficiencia y razonabilidad de la documentación informativa presentada por el órgano de administración, en la inteligencia de que tal informe comprenderá la opinión del comisario sobre si las políticas y criterios contables aplicados por los administradores son correctos

y suficientes, así como sobre si los vienen aplicando consistentemente y, por último, sobre si es recomendable la aprobación de toda esa documentación.

- Exigir que se incluyan, en el orden del día de las asambleas, los puntos que consideren pertinentes.
- Convocar a asambleas cuando omitan hacerlo los administradores y, además, cuando lo consideren pertinente.
- Asistir con voz, pero sin voto, a las sesiones del consejo de administración, para lo cual deberán ser citados y, en la misma forma, a las asambleas de accionistas (art. 166).

Sin embargo, la actuación de los comisarios se hace más notable en la información financiera que el órgano de administración debe presentar anualmente a la asamblea, cuyo contenido está previsto detalladamente en nuestra Ley, pues como anexo debe figurar el informe de los comisarios al que antes se hizo referencia (art. 172), todo lo cual ha de ponerse a disposición de los accionistas por lo menos quince días antes de la fecha en que lo examinará la asamblea, con el derecho, por parte de los accionistas, de obtener una copia de tal informe (art. 173).

Finalmente, los predichos estados financieros, con sus notas aclaratorias, el dictamen de los comisarios y, en su caso, la oposición que se haya formulado al acuerdo aprobatorio de tales documentos, deberán publicarse en el periódico oficial del domicilio social y depositarse en el RPC (art. 177).

F. Responsabilidades

“Los comisarios serán individualmente responsables para con la sociedad por el cumplimiento de las obligaciones que la ley y los estatutos les imponen”, lo que no restringe su facultad de auxiliarse de personas que actúen bajo su dirección y dependencia, o bien de técnicos o profesionistas independientes (art. 169).

Cuando estos personajes tengan un interés opuesto al de la sociedad en cualquier operación, deberán abstenerse de intervenir, pues de otro modo serán, como los administradores, responsables de los daños y perjuicios que con motivo de su actuación se causen a la sociedad (art. 170).

No le falta razón a **Barrera Graf**³⁹ al censurar duramente los términos de la regulación legal mexicana en materia de vigilancia de las sociedades mercantiles, a la que acu-

³⁹ *Instituciones...*, cit., pág. 609.

sa de inocua. He aquí algunas de sus palabras: “Como está regulado y estructurado por la *LGSM*, el órgano de vigilancia... no cumple sus funciones, porque, en efecto, en la práctica de los negocios no vigila o controla o supervisa las operaciones y la actividad de los administradores, ni verifica y comprueba realmente la llevanza y el contenido de la contabilidad... ni protege a los socios, ni a la minoría... sólo es hechura y comparsa de los administradores,...”.

Sin embargo, justo es dejar constancia que, en cambio, las sociedades sujetas al control y vigilancia del Estado Mexicano, vienen siendo objeto de una drástica regulación sobre el particular, para lo cual se establecen mecanismos —no pocas veces acusados de excesivos y costosos— en materia de vigilancia contable, financiera y fiscal, en ocasiones con visos de corporativa y hasta de agente del Gobierno. Se trata, en especial, de las instituciones de crédito, de seguros, de fianzas, casas de bolsa y algunas otras, indudablemente por las repercusiones que su manejo financiero y contable pueden tener sobre el patrimonio del numeroso sector que con ellas contrata.

Además, no resulta fuera de lugar el tener muy presente que la Institución del comisario, referida a las entidades financieras y a las sociedades cuyas acciones se cotizan en la Bolsa Mexicana de Valores, ha sido objeto de una rigurosa y exigente regulación, que en realidad persigue varios propósitos: protección de los accionistas, muchas veces artificiosamente alejados de la necesaria información; de los inversionistas, tantas veces víctimas de espejismos corporativos; por último, de las sociedades mismas, así como de sus empleados y trabajadores, también víctimas de irregulares manejos de las contabilidades. Todo este novedoso mecanismo, que forma parte de un muy amplio panorama del llamado correcto y transparente gobierno corporativo de las empresas, está confesadamente inspirado en regulaciones estadounidenses, propiciadas por los sonados fraudes corporativos que han conmovido el mundo financiero de ese país y de muchos otros, como el nuestro, que fatalmente se mueven dentro de la esfera económica de nuestros vecinos del norte.

La ley argentina abre una doble posibilidad en cuanto a la vigilancia:

- a) La asamblea puede designar uno o más síndicos y otros tantos suplentes.
- b) En caso de que la sociedad no haga oferta pública de sus acciones o debentures (obligaciones) o su capital social sea inferior a cierto monto y, en general, cuando no acuda a las aportaciones del público o no explote concesiones o servicios públicos, puede prescindir de la apuntada sindicatura, si así lo prevén los estatutos, y en tal caso, siempre que así se establezca en los estatutos, se designará un consejo de vigilancia, con la encomienda de elaborar por lo menos una auditoría anual y presentar a la asamblea su informe sobre los estados financieros (arts. 283 y 284).

10.15 El carácter de accionista

El *status* de accionista plantea, como se dijo en 7.5.1, un complejo de derechos y de obligaciones de índole corporativa y patrimonial. Indudablemente

el primero de los derechos es el de recibir el título o títulos accionarios que le correspondan, pues, como ya se dijo, serán tales títulos los únicos que le servirán para acreditar y transmitir su calidad, así como sus derechos.

Jurisprudencia. Ahora bien, el accionista puede exigir, e incluso demandar al consejo de administración, la entrega de sus títulos accionarios, según el criterio que a continuación se menciona:

“Sociedad anónima. Cuando alguno de los socios reclame la emisión de acciones nominativas y la demanda la dirija al presidente del consejo de administración, éste se encuentra legitimado pasivamente para firmarlas, aun cuando sea representante o mandatario temporal o revocable”. Segundo Tribunal Colegiado en Materia Civil del Tercer Circuito. Amparo directo 29/2007. Baleros, Ruedas y Retenes, S.A. de C.V. 16 de febrero de 2007. Unanimidad de votos.

10.15.1 Derechos del accionista

Si bien los derechos del accionista son exactamente los mencionados (*supra*, 7.7), cabe hacer algunas acotaciones adicionales, resultantes, principalmente, de la existencia de la acción como documento necesario para hacer valer prácticamente todos los derechos, salvo el de percibir los dividendos, que debe ejercitarse mediante exhibición de los cupones, muy a pesar de la inobservancia práctica de tal preceptiva, a lo menos en México.

10.15.1.1 Corporativos o personales

Desde el punto de vista cronológico, el primer derecho del accionista consiste en que se le convoque a toda asamblea con apego a las disposiciones legales y estatutarias respectivas, y no cabe duda de que los requisitos mínimos de toda convocatoria a asamblea son los legalmente previstos:

- Publicación de un aviso en el periódico oficial del domicilio social, o en uno de los de mayor circulación en dicho domicilio, “... con la anticipación que fijen los estatutos, o en su defecto, quince días antes de la fecha señalada para la reunión. Durante todo este tiempo estará a disposición de los accionistas, en las oficinas de la sociedad, el informe a que se refiere el enunciado general del artículo 172”, que se examinó *supra*, 10.7.3 (art. 186).
- La convocatoria deberá contener el orden del día y la firma de la persona autorizada para ello.

- Por lo que se refiere al derecho de participar en las deliberaciones y de emitir el voto, además de las consideraciones hechas *supra*, 10.7.1, 10.8.3 y 10.8.5, resulta necesario consignar las siguientes.
 - Como principio general, cada acción atribuye derecho a un voto, pero, si en el contrato social se estipula que podrán emitirse las llamadas *acciones preferentes* o de voto limitado, las mismas sólo conferirán derecho de voto en las asambleas extraordinarias que hayan de resolver sobre la prórroga de la duración de la sociedad, la disolución anticipada de la misma, el cambio de objeto, el cambio de nacionalidad, la transformación y la fusión con otra sociedad. Los tenedores de estas acciones tienen también los derechos que a las minorías otorga la Ley para formular oposición a los acuerdos de asambleas, así como para revisar el balance y los libros de la sociedad (art. 133).
 - Los accionistas tenedores del treinta y tres por ciento del capital social o más, pueden pedir por escrito a los administradores o a los comisarios la convocatoria a una asamblea general, con indicación de los asuntos a tratarse, como también lo puede solicitar un solo accionista, pero en este caso únicamente cuando en dos ejercicios consecutivos no se haya celebrado asamblea alguna o cuando no se hubieren examinado los asuntos propios de la ordinaria (art. 181), antes enunciados.

En ambos casos, si el órgano de administración o el de vigilancia se negare a convocar o no lo hiciere dentro de los quince días siguientes a la recepción de la solicitud, los interesados podrán acudir al juez del domicilio de la sociedad para que haga la convocatoria, en el segundo supuesto, previo traslado de la petición a los administradores y a los comisarios (arts. 184 y 185).

- No parece aventurada la afirmación en el sentido de que el voto es el más importante de los derechos del accionista, por razón de que la existencia y alcances de todos los demás están condicionados a él, con una sola salvedad, tan lógica como relativa: la de las acciones preferentes o de voto limitado, que en su lugar se examinaron.

Mucho ha discutido la doctrina sobre la naturaleza jurídica de este derecho de voto, así como en cuanto a su verdadero contenido, limitaciones a su ejercicio, abuso del derecho, transmisibilidad y algunas otras de sus manifestaciones, sin excluir la posibilidad de que estatutariamente se le atribuya la calidad de veto.

Ya el carácter de decisión libérrima y soberana es un tanto cuestionable, si se atiende a que en otras legislaciones, no así en la nuestra, es perfectamente válido el pacto por virtud del cual los otorgantes limitan su

libertad de emitir tal voto, cuyo sentido sujetan al compromiso respectivo, tema éste que se tratará un poco más adelante, en este mismo punto.

Por otra parte, también es necesario considerar que, como manifestación de voluntad del accionista, el voto forma parte, en unión de los demás, de la decisión corporativa de la sociedad, en uno u otro sentido, de tal manera que se erige en un todo multilateral, que puede o no concurrir a formar la voluntad social; en el primer caso, sí se conforma la mayoría legal o estatutariamente requerida, mientras que en el segundo, por estar en minoría, resultará del todo intrascendente.

En otro orden de ideas, este derecho de voto no es de obligatorio ejercicio, pues el accionista dispone de completa libertad para abstenerse de ejercitarlo, e incluso, según parecer doctrinalmente mayoritario, de votar en un sentido con parte de sus acciones, en sentido contrario con otras, e incluso abstenerse con otras más.⁴⁰

- El derecho de pedir el aplazamiento de una votación, el de demandar judicialmente la nulidad de una asamblea, así como el de formular oposición judicial a una resolución y, finalmente, el de exigir responsabilidades de los administradores y de los comisarios, se examinaron *supra*, 10.7.3, 10.10 y 10.14.
- Derecho de retiro, que asiste al accionista cuando haya votado en contra del cambio de objeto, el cambio de nacionalidad o la transformación de la sociedad, en cuyo caso puede exigir el reembolso de sus acciones, en proporción al activo social conforme al último balance aprobado, y siempre que lo solicite dentro de los quince días siguientes a la clausura de la asamblea que haya tomado el acuerdo respectivo (art. 206). Empero, es necesario tener muy presente que este derecho de retiro debe notificarse a la sociedad de manera fehaciente y sólo surtirá efectos al finalizar el ejercicio anual en curso, si la notificación se hace antes del último trimestre de dicho ejercicio, y al final del siguiente, si se hiciera después (art. 220); pero además, el mismo derecho de retiro no puede hacerse valer cuando tenga como consecuencia reducir a menos del mínimo el capital social (art. 221).

No carece de interés el mencionar aquí lo dispuesto por el art. 736, párr. 4, del *Código de las Obligaciones* suizo, en el sentido de que los accionistas que representen por lo menos el diez por ciento del capital tienen derecho a exigir la disolución de la sociedad, siempre que invoquen

⁴⁰ En el mismo sentido, **Jorge Barrera Graf**, *Instituciones...*, cit., pág. 537, quien invoca opiniones a favor y en contra de tal posibilidad.

“motivos justificados”, si bien el juez puede adoptar otra solución ajustada a las circunstancias y aceptable por los interesados.

- Derecho de tanto o de preferencia para adquirir los títulos de otros accionistas que deseen desprenderse de ellos. Bien cierto es que este derecho no está legalmente sancionado, pero también lo es que en la práctica mexicana su admisión estatutaria es por demás frecuente. Semejante cláusula estatutaria resulta inobjetable, y así opina **Barrera Graf**,⁴¹ tras de admitir las posturas en contrario, dentro del derecho mexicano, de **José María Abascal Zamora** y de **Walter Frisch Philipp**.
- Derecho de *veto*. Aunque la expresión peca tal vez de vaguedad, pues no indica el verdadero alcance de esta figura, es necesario aclarar que se trata, en realidad, de los llamados *derechos de minorías*, en este caso estatutariamente admitidos, bien que doctrinalmente cuestionados y prácticamente peligrosos. Así, menudean los casos en los que estatutariamente se establece que ciertos acuerdos deberán ser tomados por una mayoría calificada de votos, lo que supone, como es fácil inferir, que dentro de esa mayoría se incluyen los votos, o a lo menos algunos, de cierta minoría; cláusula casi de estilo en las sociedades con participación extranjera minoritaria, en las que la inversión foránea desea garantizarse su beligerancia en la adopción de ciertos acuerdos que considera importantes y trascendentes por diversas razones, como lo es, por ejemplo, el otorgamiento de amplios poderes, la designación de administradores o de funcionarios de alto nivel y algunos otros.

La falta de firmeza en cualquier opinión, favorable o no, resulta de lo dispuesto por los arts. 189 y 190 de la *LGSM*, el primero de los cuales reclama, para la validez de una asamblea general ordinaria, la presencia, “por lo menos”, de la mitad del capital social, y para la validez de los acuerdos, la votación favorable por mayoría de los votos presentes, mientras que el segundo prescribe que en las asambleas extraordinarias deberán estar representadas, “por lo menos”, las tres cuartas partes del capital, y que las resoluciones sólo serán válidas si se toman por el voto de las acciones representativas de la mitad del capital social.

A la vista de todo ello, se preguntan algunos: ¿es legalmente válida la adopción estatutaria de cláusulas protectoras de las minorías, como las antes expresadas? Parece que no hay más remedio que inclinarse por la afirmativa, ante la consideración de que los antes apuntados porcentajes legales no pueden considerarse como máximos, sino, por el contrario, como mínimos, pues nada se dice sobre la posibilidad de que en el con-

⁴¹ *Ibidem*, pág. 490.

trato social se incrementen, lo que no puede entenderse como prohibición, entre otras razones por la de que al otorgar la escritura constitutiva, los socios conocieron perfectamente su texto y alcances, y otorgaron su consentimiento; en cuanto a los futuros socios, tampoco pueden ignorar el texto del clausulado estatutario, pues no de otra forma decidieron adquirir acciones de la sociedad respectiva.

Con algún reparo, en verdad vago, **Barrera Graf**⁴² coincide con lo anterior:

“Sostenemos la validez del derecho de veto y de semejante cláusula, pero admitimos que, cuando opera dicha facultad concedida a la minoría, ésta no debe abusar impidiendo la adopción de acuerdos que sean convenientes o necesarios (*vgr*) modificaciones del capital social, celebración de ciertos contratos, etc. El juez, en el caso concreto, resolverá la improcedencia del derecho de veto, en cuanto imposibilite o haga imposible la consecución de la finalidad social.”

En efecto, las salvedades que apunta este autor no siempre habrían de considerarse como abusos. Así, se conocen casos prácticos en los que la mayoría es la que pretende aumentar el capital social, como forma de colocar a la minoría en serias dificultades para suscribir el aumento, y con ello reducir el número de sus votos; en cuanto a la celebración de ciertos contratos, tampoco es difícil que involucre un abuso de la mayoría, que de ese modo propicia la necesidad de incrementos en el capital social, con lo que se presentará el escenario antes examinado.

A estos abusos de poder por parte de la mayoría, en perjuicio de la minoría y tal vez incluso de terceros, se refiere acertadamente el propio **Barrera Graf**.⁴³

- Los accionistas pueden comparecer a las asambleas representados por mandatarios, los que podrán ser accionistas o no, con excepción de los administradores y de los comisarios, que no podrán ser apoderados. La representación deberá otorgarse en la forma prevista por los estatutos o, en su defecto, por escrito (art. 192). En cuanto a esta sencilla formalidad del poder, se ha aducido que no es propio de la *LGSM* el dejarla establecida en ella, pues tal punto compete al derecho civil, tal vez el *C.Civ.*, en cuanto supletorio de las leyes mercantiles. De ser así, habría necesidad

⁴² *Ibidem*, pág. 544.

⁴³ *Ibidem*, pág. 550.

de precisar la naturaleza y alcances de los puntos que habrán de tratarse en la asamblea, pues de ello, y en especial del importe patrimonial de las resoluciones que se tomen, dependería el grado de formalidad del documento.

Al referirse a este punto, **Vásquez del Mercado**⁴⁴ apunta que cuando en el documento de poder se especifique la fecha de la asamblea, el mismo estará limitado en cuanto a su vigencia en el tiempo, luego debe considerarse que el representante sólo podrá participar en la asamblea cuando la misma se celebre precisamente en la fecha indicada, no así cuando se reúna por virtud de segunda convocatoria; por ello, apunta el mismo autor, es recomendable que en el documento de poder se precisen los puntos sobre los que el apoderado podrá emitir su voto, aunque la asamblea no pueda celebrarse en la fecha prevista.

Opinión tal parece razonable, si bien cabe apuntar otra posibilidad, a la que aparentemente no existe objeción alguna: que el poder se confiera para asistir a un número indeterminado de asambleas y para emitir en ellas los votos respectivos. El precepto respectivo (art. 192) se expresa en plural, y de su texto no se infiere limitación alguna en cuanto al número de asambleas, pues, como ya se expresó, sólo requiere que se otorgue en la forma estatutariamente prevista; por tanto, también es admisible que el apoderado represente uno o más accionistas, y también que, en acatamiento de instrucciones sobre el particular, emita los votos de unos y otros en diverso sentido.

No sólo por su importancia teórica, sino también por sus indudables consecuencias prácticas, en ocasiones de no fácil solución, es necesario detenerse aquí en consideraciones sobre la posibilidad de que los derechos derivados de los títulos accionarios sufran lo que con justeza podría llamarse *desdoblamiento* de los derechos concedidos por dichos títulos. Tal ocurre con el usufructo, la prenda, el embargo, el reporto, el fideicomiso y el depósito constituidos sobre estos títulos:

A. Usufructo

Como es bien sabido, “El usufructo es el derecho real y temporal de disfrutar de los bienes ajenos” (art. 980, *C.Civ.*). De esta suerte, resulta claro que al usufructuario de acciones corresponde tal derecho, que en todo caso derivará de un contrato celebrado entre el titular y el propio usufructuario, lo que implicará, necesariamente, la anotación en el libro de registro a que se refieren los arts. 128 y 129 de la *LGSM*, muy a pesar de que ambos preceptos sólo prescriben la anotación de las *transmisiones* que se realicen, y que

⁴⁴ *Asambleas...*, cit., pág. 123.

en rigor el usufructo no supone transmisión de la propiedad de tales documentos. Así pues, ha de concluirse que ambos preceptos deben aplicarse al caso por analogía, puesto que, según opinión que más adelante se expresará, al usufructuario corresponden los derechos corporativos y patrimoniales del accionista, incluido por supuesto el de voto.

En efecto, el texto de los arts. 989, 990 y 992 del *C.Civ.* no deja lugar a dudas: si el usufructuario tiene derecho de ejercitar todas las acciones reales, personales o posesorias derivadas del bien usufructuado; si tiene derecho de percibir todos los frutos naturales, industriales o civiles; si, por último, le corresponden los frutos civiles en proporción del tiempo que dure el usufructo, la afirmación en el sentido de que le asiste el derecho de voto y el de percibir las utilidades en forma de dividendos, no puede ser objeto de reparo alguno.

Opinión que no comparte **Vásquez del Mercado**,⁴⁵ quien tras de verter algunas opiniones de doctrina extranjera, expresa como propia la siguiente: tanto el propietario de la acción cuanto el usufructuario de ella, tienen derecho para asistir a la asamblea, puesto que cuando dos o más personas tengan derecho sobre una misma acción, deberán ponerse de acuerdo y designar quién de ellas podrá asistir a la asamblea, por lo que ninguna dificultad práctica podrá presentarse, pues el que acuda a la reunión lo hará legítimamente, si bien el hecho de que no se llegue a un acuerdo sobre este punto ofrecería un serio problema, y en tal caso habría de tomarse en cuenta si se trata de asambleas ordinarias o extraordinarias; el propietario de la acción tendrá derecho de asistir a estas últimas, mientras que el usufructuario lo tendrá para comparecer en las asambleas ordinarias.

Y aunque aquí **Vásquez del Mercado** invoca en apoyo de su opinión, nuevamente, alguna doctrina extranjera, conviene hacer notar que, en cambio, no invoca precepto legal que le sirva de sustento, y tampoco doctrina mexicana.

En consecuencia, parece necesario apuntar, en primer lugar, que ningún fundamento encuentra la afirmación en el sentido de que, tanto el propietario como el usufructuario tienen los mismos derechos sobre las acciones, así como en el sentido de que cualquiera de ellos puede presentarse en asambleas y de que, por último, en caso de desacuerdo asistirá al primero de ellos el derecho de asistir a las asambleas extraordinarias, y al segundo el de comparecer solamente a las ordinarias. No debe olvidarse que el usufructuante asiste, según criterio pacíficamente admitido, el carácter de nudo propietario, mientras que al usufructuario asisten todos los derechos que, precisamente, le permiten usar y disfrutar del bien como si se tratara de cosa propia. Por supuesto, solución aparte ofrecería la posibilidad de que el usufructuario ejercite sus derechos en perjuicio del de propiedad que asiste al accionista.

En este aspecto, el proyecto de reformas a la ley argentina (art. 218) no deja lugar a dudas: “La calidad de socio corresponde al nudo propietario.- El usufructuario tiene derecho a percibir las ganancias obtenidas durante el usufructo”.

⁴⁵ *Ibidem*, págs. 115 y 116.

Finalmente, el art. 77 de la *Ley de Sociedades Anónimas* española proclama, en forma rotunda, que en el mismo supuesto de usufructo, el derecho de voto y la cualidad de socio corresponden al nudo propietario.

B. Prenda

Diverso es el escenario jurídico en el que se desenvuelve la prenda que, como es bien sabido, supone también un derecho real, pero en este caso llamado exclusivamente a servir como garantía de cumplimiento de una obligación; en consecuencia, los derechos del acreedor prendario son por lo demás limitados y, como a continuación se demostrará, no pueden incluir los atributos corporativos del accionista.

Jurisprudencia. Sin embargo, en la tesis aislada que a continuación se menciona, el juzgador sostuvo el criterio de que el acreedor prendario está facultado para solicitar que se suspenda la ejecución de ciertas resoluciones tomadas en asamblea de accionistas.

“Acciones. Acreedor prendario. Su interés para solicitar, como medida precautoria, la suspensión de la ejecución de las resoluciones tomadas en la asamblea de accionistas de una sociedad mercantil, deriva de lo dispuesto en los artículos 111 de la *Ley General de Sociedades Mercantiles* y 338 de la *Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito*.”

Séptimo Tribunal Colegiado en Materia Civil del Primer Circuito. Amparo en revisión 197/2007. Javier Quijano Baz y otras. 15 de agosto de 2007. Unanimidad de votos.

Debe quedar claro, ante todo, que se trata aquí de un derecho real mercantil, pues recae sobre un documento de tal naturaleza. En efecto, el carácter mercantil de esta prenda resulta de lo dispuesto por los arts. 75-III y XX del *C.Com.*, aplicables al caso por analogía, que implícita pero claramente atribuyen a los títulos accionarios la naturaleza de cosas mercantiles.

Si, pues, el acreedor prendario sólo disfruta de los derechos inherentes a la obtención del pago o cumplimiento de la obligación garantizada, resulta necesario concluir que no le asisten derechos ajenos a su calidad, como el de participar e influir en la vida corporativa de la sociedad.

Es cierto que el art. 338 de la *LGTOC* obliga al acreedor prendario a ejercitar todos los derechos inherentes a los títulos dados en prenda, pero no es difícil entender que se trata de los derechos conservatorios de su crédito, no así de los extrapatrimoniales, que necesariamente deben entenderse reservados al propietario o titular de las acciones, particularmente el de voto, por cuanto los mismos se proyectan a la vida de la sociedad emisora y a la libre

deliberación y emisión del voto, que en principio son ajenos al carácter de acreedor.

Y una buena prueba de tal criterio se obtiene de lo previsto por el art. 339 del mismo ordenamiento cambiario, en cuanto dispone que son aplicables a la prenda de que se trata en los arts. 261 y 263 del propio cuerpo legal, pero no menciona el 262, según el cual en el reporto sí asisten al reportador los derechos accesorios correspondientes a los títulos pignorados. De ello resulta claro, a mi juicio, que no pareció al legislador conveniente, en el caso de la prenda, conferir al acreedor tales derechos accesorios, como el de voto, pues de otro modo habría consignado aquí la aplicabilidad del ya citado art. 262.

Como consecuencia de ello, el accionista deudor tiene el pleno derecho de exigir al acreedor prendario, en cuyo poder obran los títulos pignorados, que le permita exhibirlos, en la forma que consideren adecuada, a fin de facilitarle el derecho de asistir a asambleas y de emitir el voto respectivo. Frente a tal derecho, al propio accionista le está vedado el realizar cualquier conducta que sin provecho para él, de cualquier modo menoscabe el derecho del acreedor prendario.

En cambio, el acreedor prendario reporta la obligación de guardar y conservar las acciones pignoradas y de ejercitar otros derechos inherentes a las mismas, como el de percibir dividendos y el de suscribir, por cuenta del accionista deudor, aumentos del capital social, en la inteligencia de que las sumas que perciba serán aplicadas al pago de la deuda, salvo que expresamente se estipule otra cosa.

Por otra parte, es posible que el acreedor prendario se convierta automáticamente en dueño de las acciones pignoradas, pero solamente si existe el consentimiento expreso y por escrito del deudor, manifestado con posterioridad a la constitución de la prenda (art. 344, *LGTOC*).

Por razones obvias, para que la prenda surta efectos frente a la sociedad emisora, será necesario que se inscriba en el registro de acciones previsto por los ya citado arts. 128 y 129 de la *LGSM*, una vez más aplicables por analogía.

Aquí, una vez más, diferente es el parecer de **Vásquez del Mercado**,⁴⁶ por cuanto afirma que:

“En nuestro derecho, consideramos que no debe haber duda de que el acreedor prendario puede participar en la asamblea y ejercitar el derecho de voto. El artículo 338 de la *Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito*, establece que el acreedor prendario, además de estar obligado a la guarda y conservación de los bienes o títulos dados en prenda, debe ejercitar todos los derechos inherentes a ellos.- Uno de estos derechos es el de voto, por lo tanto, y en virtud de que el acreedor prendario tiene un

⁴⁶ *Ibidem*, pág. 119.

derecho real sobre la acción, y se le confía no sólo la custodia sino también la administración de la cosa, debe considerarse con facultades para ejercitarlo.”

Por las razones y con apoyo en la preceptiva legal antes invocada, no me es posible compartir tal postura. Pero además, en cierto modo este autor pone de manifiesto la inconveniencia de que se atribuya al acreedor prendario el derecho de voto, cuando expresa que: “El acreedor prendario manifiesta en la asamblea el voto inherente a la acción *a favor de su propio interés*, especialmente en las asambleas en que se discute la modificación de la estructura de la sociedad, cuya aprobación, eventualmente, podría perjudicar el rescate de su crédito”.

El comentario resulta obvio: el acreedor prendario, en su caso, habría de emitir el voto a favor del interés del deudor, que sigue siendo accionista, por lo que la actuación del primero, “a favor de su propio interés”, podría afectar injustamente el derecho e interés legítimos del verdadero accionista. Aunque la expresión parezca un tanto excesiva, el acreedor prendario sería un advenedizo en la vida corporativa de la sociedad.

Del mismo parecer es el proyecto argentino de reformas (art. 219), al disponer que en caso de prenda o de embargo judicial, los derechos corresponden al propietario de las acciones, salvo que se convenga o el juez disponga su ejercicio por el acreedor, el cual queda obligado a facilitar el ejercicio de los derechos del propietario mediante el depósito de las acciones o por otro procedimiento que garantice sus derechos.

C. Embargo

Mucho se ha discutido sobre la naturaleza jurídica del embargo o secuestro de acciones, si bien no es éste el lugar para desarrollar dicho tema, pues a la postre lo que más importa es precisar los derechos que asisten al embargante frente a la sociedad.

En efecto, si, como sostienen algunos, se trata de un derecho real, al embargante correspondería, tal como ocurre en el usufructo antes examinado, el derecho de voto y los patrimoniales. Si, en cambio, el embargo envuelve una prenda, sería necesario hacer remisión a todo lo dicho en el apartado que antecede.

Pero es el caso que en el embargo no se surten, a la letra, los supuestos del usufructo y tampoco los de la prenda. Del primero, porque los títulos accionarios no quedan a disposición del embargante acreedor, sino de la autoridad respectiva, a la que exclusivamente corresponderá, en su momento, decidir la suerte de dichos títulos, sin que sea posible predecir el destino final de los mismos, pues, como es hartamente sabido, pueden quedar en poder del embargante, pero también de un tercero e incluso del propio embargado titular.

Menos aún se presentan las características de la prenda, la que supone también una garantía real, resultante de un contrato o de disposición legal;

ninguna ley dispone que el bien embargado queda constituido en garantía de pago, con la circunstancia, además, de que, según ya se dijo, las acciones embargadas sólo permanecen temporalmente en poder del depositario, que podría ser el embargante, el propio demandado o un tercero, pero en todo caso a disposición de la autoridad embargante.

Por lo que se refiere a las disposiciones legales respectivas, muy poca luz arrojan sobre este punto. En cuanto al *C.Com.*, es del todo omiso sobre los derechos que pudieran asistir al demandante o en su caso al depositario. La legislación supletoria, el *CFPC*, tampoco permite dilucidar el punto: el art. 449 se limita a prescribir que el acreedor, en este caso el embargante, no puede disponer del crédito respectivo, así como que los títulos quedarán bajo la guarda de un depositario, "... quien tendrá obligación de hacer todo lo necesario para que no se altere ni menoscabe el derecho que el título representa, y de intentar las acciones y recursos que la ley concede para hacer efectivo el crédito".

De todo ello resulta que la orden de autoridad sólo puede referirse a los derechos patrimoniales derivados de las acciones, en este caso los dividendos y tal vez otros beneficios que la sociedad emisora conceda al accionista, no así a los derechos corporativos, que en rigor carecen de contenido patrimonial. De esta suerte, no queda sino concluir que el derecho de voto y los demás derechos corporativos sólo corresponden al accionista, el que, para ejercitarlos, puede exigir del depositario, y en su caso de la autoridad embargante, que se le provea de la documentación apta para acreditar su derecho de asistir a asambleas y de emitir los votos correspondientes. Por otra parte, también debe tenerse muy presente que en el libro de registro de accionistas, al que tantas veces se ha hecho mención, figura como accionista el ahora deudor embargado, de tal manera que si, como es procedente, en dicho libro se anota el embargo, la sociedad queda perfectamente impuesta de que no podrá entregar al accionista prestación dineraria alguna, pero sí reconocerle todos los derechos corporativos.

De la misma opinión es **Vásquez del Mercado**:⁴⁷

"El acreedor que para garantizar su crédito, embarga acciones de una sociedad, posee la acción a título precario y no puede, ni formalmente, considerarse como socio, no tiene más derecho que a los dividendos que corresponderían al titular de la acción; en esa virtud, el embargante sólo podrá impedir que el accionista embargado disponga de dichos dividendos. En el caso de la acción embargada no hay adjudicación, el derecho está *sub judice*. El acreedor no ha adquirido un derecho real, como en la prenda."

⁴⁷ *Ibidem*, págs. 120 y 121.

D. Reporto

El reporto ofrece, necesariamente, una solución diversa, si se tiene presente que por virtud del mismo: "... el reportador adquiere por una suma de dinero la propiedad de títulos de crédito, y se obliga a transferir al reportado la propiedad de otros tantos títulos de la misma especie en el plazo convenido y contra reembolso del mismo precio, más un premio..." (art. 259, *LGTOC*). Y aunque, como se ha dicho en otro lugar, es por demás discutible el carácter de la acción como título de crédito, lo cierto es que en el mercado bursátil es por demás frecuente que se opere con reporto sobre estos títulos.

Aquí el derecho de voto corresponde necesariamente al reportador, quien, como se ha visto, asume la propiedad de las acciones; más aún, la cotidiana operación de este reporto demuestra que dicho personaje tiene, por una u otra razón, decidido interés en acudir a una asamblea provisto del derecho de voto, que por lo demás ejercita sin obstáculo alguno, en unión, naturalmente, de todos los demás derechos corporativos y patrimoniales. De la misma opinión es **Vásquez del Mercado**.⁴⁸

E. Fideicomiso

El fideicomiso, por su parte, puede plantear posibilidades corporativas y patrimoniales de la más diversa índole, y así resulta de la definición legal del mismo: "En virtud del fideicomiso, el fideicomitente transmite a una institución fiduciaria la propiedad o la titularidad de uno o más bienes o derechos, según sea el caso, para ser destinados a fines lícitos y determinados, encomendando la realización de dichos fines a la propia institución fiduciaria" (art. 381, *LGTOC*), en la inteligencia de que la entidad fiduciaria, que, como se sabe, puede ser no sólo una institución de crédito, sino también una aseguradora, una afianzadora o una casa de bolsa, "... tendrá todos los derechos y acciones que se requieran para el cumplimiento del fideicomiso, salvo las normas o limitaciones que se establezcan al efecto al constituirse el mismo..." (art. 391, *LGTOC*). De este modo, ante el amplio espectro de derechos que el fideicomitente puede afectar a favor de la fiduciaria, no es posible, *prima facie*, adoptar una postura determinada: pueden entregarse en prenda, como garantía de cumplimiento de una obligación; pero también es posible que sólo se entreguen a la fiduciaria en mero depósito o administración; por último, nada impide que, sin especificar el verdadero carácter de aportación al patrimonio fiduciario, se faculte a la entidad fiduciaria

⁴⁸ *Ibidem*, pág. 121.

para ejercer el derecho de voto y también los derechos patrimoniales, pero el fideicomitente podría reservarse estos últimos.

En tales condiciones, no es fácil compartir la opinión de **Vásquez del Mercado**⁴⁹ en el sentido de que si "... se transmite la titularidad fiduciaria, las acciones dadas en fideicomiso pertenecen en propiedad fiduciaria a la institución financiera", pues, ante todo, la expresión "propiedad fiduciaria" es por demás enigmática, ya que en verdad, según se ha venido poniendo en claro desde hace muchos años, la fiduciaria no adquiere la propiedad de los bienes, y la mejor prueba de ello es que no figuran en sus activos, puesto que, por una parte, está obligada a abrir una contabilidad y registros especiales para operar el patrimonio fiduciario y, por la otra, el fideicomiso constituye, según opina la mayoría de los tratadistas, un patrimonio autónomo de afectación, sin personalidad jurídica.

F. Depósito

Finalmente, también es frecuente la celebración del depósito de acciones en poder de las instituciones de crédito, pues tal operación figura dentro de las previstas a favor de ellas por el art. 46-XVI de la *LIC*; se trata, como es natural, de un depósito que resulta mercantil desde cualquier punto de vista, en este caso no sólo por el carácter bancario de la depositaria, sino también porque aquí las cosas depositadas son objeto de comercio, pues tienen el carácter de cosas mercantiles (art. 332, *C.Com.*).

Empero, este contrato de depósito mercantil puede celebrarse entre cualesquiera personas físicas o morales, ya que el citado precepto legal le atribuye tal cualidad mercantil por la naturaleza de las cosas depositadas y no por el carácter de los sujetos. Ahora bien, atenta la supletoriedad, en este caso, de los relativos preceptos del *C.Civ.*, el depositario está obligado a realizar el cobro de las sumas que devenguen los títulos, y "... también a practicar cuantos actos sean necesarios para que los efectos depositados conserven el valor y los derechos que les correspondan con arreglo a las leyes", si bien el depositante debe "... indemnizar al depositario de todos los gastos que haya hecho en la conservación del depósito y de los perjuicios que por él haya sufrido" (arts. 2518 y 2532, *C.Civ.*).

De esta suerte, no parece difícil concluir que en este caso el depositario es un mero custodio de las acciones, por lo que no le asisten derechos corporativos como el de voto, pero sí, mediante la autorización respectiva, el de

⁴⁹ *Ibidem*, pág. 122.

cobrar, en nombre y por cuenta del depositante, los dividendos y demás derechos patrimoniales.

Más la práctica societaria ofrece otros casos cuya solución práctica presenta dificultades de diversa índole, siempre por lo que atañe al derecho de voto. Se trata de la sucesión hereditaria del accionista fallecido y del pacto de voto.

► **Sucesión hereditaria**

Mayores son las complicaciones que presenta el ejercicio de los derechos patrimoniales y corporativos derivados de una acción correspondiente a una sucesión hereditaria en calidad de herencia yacente, esto es, antes de que se adjudique a quien corresponda. Se discute, en efecto, si el derecho de voto corresponde a los presuntos herederos en conjunto, o bien al albacea o al ejecutor testamentario.

Como se sabe, el acervo hereditario puede presentar tres situaciones diversas: los legados específicos, el resto de los bienes hereditarios antes de su adjudicación y después de ella.

- En cuanto al legatario, el *CCDF* (art. 1429) dispone, con absoluta claridad, que: “Cuando el legado es de cosa específica y determinada, propia del testador, el legatario adquiere su propiedad desde que aquél muere y hace suyos los frutos pendientes y futuros, a no ser que el testador haya dispuesto otra cosa”; a su vez, el art. 1482 del mismo ordenamiento legal prescribe que el heredero instituido en cosa cierta y determinada, debe entenderse como legatario. En tales condiciones, resulta claro que el legatario adquiere, en el caso que nos ocupa, *ipso facto*, la calidad de socio, con todas sus consecuencias, principalmente, como es obvio, el derecho de reclamar del albacea, o de quien los tenga en su poder, la entrega de los títulos correspondientes y también, por parte de dicho albacea, el endoso respectivo (art. 1408). El siguiente paso será, como es natural, el consistente en la presentación, a la sociedad emisora, de los tres documentos necesarios para que la misma haga la anotación en el libro de registro de accionistas: *a*) ejemplar auténtico del testamento; *b*) copia certificada del acta de defunción del *de cuius*; los títulos mismos, con el aludido endoso.
- Por lo que hace al heredero, será necesario que, satisfecho el respectivo procedimiento judicial o notarial, opere la adjudicación de las acciones y, anotado en los títulos el endoso por parte del juez o del notario público, presente los títulos a la sociedad, para que se efectúe el necesario registro.

- Por último, no pocas son las dificultades que ofrece la determinación de la persona legitimada para ejercitar los derechos accionarios, cuando no existe legatario de los títulos y en tanto no se ha hecho adjudicación de los mismos. Parece que aquí el ejercicio de los aludidos derechos debe corresponder al albacea o, en su caso, al ejecutor testamentario, en su carácter de representante de la sucesión, y siempre que el ejercicio de los derechos patrimoniales y corporativos no implique la autorización de un acto de dominio, pues en tal caso haría falta el consentimiento unánime o por lo menos mayoritario de los herederos, o en su caso del juez. Así resulta de lo dispuesto por los arts. 1705 y 1706-IV del mencionado ordenamiento civil.

► **Pacto de voto**

El llamado *pacto de voto* o *sindicato de voto* constituye un tema que hasta hace poco fue muy debatido en doctrina, si bien actualmente ha perdido actualidad, muy a pesar de que nuestra *LGSM* lo prohíbe mediante una expresión que no resulta suficientemente clara: “Es nulo todo convenio que restrinja la libertad del voto de los accionistas” (art. 198); ante todo, resulta por demás difícil calificar el grado de nulidad del convenio respectivo, así como precisar el interés o derecho protegido, pero tal vez, más aún, la determinación del sujeto o sujetos facultados para reclamar la nulidad, sin contar con las consecuencias que acarrearía la resolución de nulidad. Cuestión aparte es la de adoptar un criterio válido sobre las consecuencias que debe traer consigo la violación de este pacto de voto: ¿es también nulo el voto emitido en infracción del pacto?; ¿la nulidad del convenio acarrea la del voto emitido a pesar del mismo?

Conocida también esta figura como sindicación de acciones o sindicato de accionistas, **Vásquez del Mercado**⁵⁰ le dedica un amplio, tal vez excesivo estudio, en el que concluye que, como era de esperarse, “... de la interpretación que hiciéramos del artículo 198, tendríamos que concluir que los sindicatos de accionistas no están permitidos”, a pesar de lo cual afirma que: “... en la práctica no ya por compromiso que obligue al socio a votar en un sentido determinado, sino por conveniencia particular, los socios se agrupan para emitir en un cierto sentido su voto”, lo cual es absolutamente cierto.

Por su parte, **Barrera Graf**⁵¹ opina que realmente no se trata de una nulidad, pues de serlo, el pacto de voto surtiría provisionalmente sus efectos, incluso frente a la sociedad, pero no es así: “Lo que en realidad sucede es

⁵⁰ *Ibidem*, págs. 128-154.

⁵¹ *Instituciones...*, *cit.*, págs. 538 y 539.

que el pacto mismo no es coercitivo: carece de fuerza y de eficacia, tanto frente a la sociedad como frente al socio; no procedería una demanda para que el socio cumpla y vote como se indica en el pacto, ni se le puede exigir daños y perjuicios por no haber cumplido con lo pactado...”.

En efecto, no hay duda sobre que los sindicatos de voto pueden representar ciertos peligros para la vida de las sociedades, pero tal vez más aún para los intereses de los socios minoritarios, que podrían verse afectados ante el embate de los mayoritarios; con todo, y así lo apunta igualmente **Vásquez del Mercado**, en el mundo moderno, y por supuesto en la práctica corporativa mexicana, los pactos de voto son frecuentes y no se tiene conocimiento de que en su contra se hayan planteado juicios de nulidad. Empero, tal vez no resulte fuera de lugar el examinar las posibles soluciones que, en favor de accionistas afectados, podrían hacerse valer en contra de los acuerdos mayoritarios. Estos últimos tendrían a su alcance, por ejemplo, acciones derivadas del uso abusivo del derecho de formar sindicatos de voto, pero también acciones derivadas de una posible actuación de mala fe por parte de los accionistas sindicados, y tal vez de una conducta simulada y perjudicial para un grupo minoritario.

No carece de interés, e incluso de trascendencia práctica, el examinar la posibilidad de que ciertas modificaciones a los estatutos sociales afecten derechos de los accionistas. En forma terminante, **Vásquez del Mercado**⁵² afirma que la asamblea extraordinaria “... puede hacer cualquier modificación a los estatutos de la sociedad sin que esto implique una lesión a los derechos de los accionistas; su competencia es suficientemente amplia para ese fin”. Sin embargo, cabe dudar del concepto de equidad que debe entenderse implícito en estos acuerdos de la asamblea extraordinaria, que teóricamente están inspirados en un criterio de beneficio para la sociedad misma y para los accionistas.

Los hechos, sin embargo, son reveladores de que no siempre ocurre así. Es posible, a guisa de ejemplo, que en los estatutos se hayan otorgado ciertos derechos a minorías, que la asamblea extraordinaria decide suprimir; y más todavía: es también posible que algunos accionistas hayan decidido participar en la sociedad ante el incentivo de tales derechos de minorías, que ahora desaparecen. Es evidente que en el caso operaría una lesión a sus derechos, con todo y que la asamblea extraordinaria actúe en pleno ejercicio legal y estatutario de sus facultades.

En consecuencia, aquí también podría ser aconsejable la adopción de ciertas medidas protectoras de los intereses de la minoría, pero como en el

⁵² *Asambleas...*, cit., pág. 179.

caso anterior, derecho de retiro o de venta de las acciones a los accionistas mayoritarios.

A reserva de exponer más adelante las modernas tendencias, así legislativas como doctrinales, en materia de protección de los accionistas, en especial de los minoritarios, frente a la actuación de los administradores, supervisores y demás entes encargados del manejo y vigilancia de las operaciones sociales, resulta ilustrativo el referirse aquí a las expresiones que sobre el mismo punto aparecen ya a mediados del siglo pasado, por parte de un tratadista antes citado en este libro:

“... hemos visto cómo el poder de los accionistas se va haciendo cada vez menor. Sólo una parte muy pequeña del capital está representada directamente en las asambleas y juntas generales, que han quedado reducidas, en términos generales, a una ceremonia tan trivial como inútil. Los accionistas principales votan a los consejeros propuestos por la dirección general. La participación en el capital de estos directores no es generalmente muy grande, pero basta, sin embargo, para asegurarle las riendas del negocio y, de acuerdo con las apariencias, son ellos los que ejercen el poder. Consecuentemente, sólo puede admitirse, con muchas vacilaciones y reparos, que los propietarios del capital ejercen el poder de modo seguro e irrevocable.”⁵³

10.15.1.2 Patrimoniales

No sin algunos reparos, podría considerarse como derecho patrimonial el de suscribir, en la debida proporción, los aumentos del capital fijo, ya referido *supra*, 10.3.3. También sin la suficiente claridad, podría atribuirse carácter patrimonial al derecho de transmitir libremente las acciones, salvo disposiciones legales o estatutarias en otro sentido, e igualmente la facultad de obtener provecho de la acción en otras formas, como la pignoraticia, el usufructo, el reporto, etcétera.

Si bien podría aducirse que es obvia la respuesta a la pregunta sobre si es renunciable este derecho de preferencia, tal vez no faltaría quien pusiera en tela de duda la libre renunciabilidad, a la luz de lo dispuesto por el art. 6o. del *C.Civ.*, en cuanto dispone que, efectivamente, es válida la renuncia de los derechos privados, siempre que con ello no se afecte directamente el interés público, o bien cuando la renuncia no perjudique derechos de tercero.

Ahora bien, en este caso la renuncia podría afectar, por ejemplo, los derechos de un tercero con el cual se ha celebrado un contrato que obliga a su contraparte accionista a suscribir los eventuales aumentos de capital, como forma de cumplir la promesa de compraventa de las acciones que le correspondan en el capital social; parece claro que en este caso la renuncia sería ilegal, y el tercero podría accionar, incluso judicialmente, para obtener la nulidad de la citada renuncia.

⁵³ John Keneth Galbraith, transcrito por Stolze en *Capitalismo. De Manchester a Wall Street*, Luis de Caralt Editor, Barcelona, 1971, págs. 278 y 279.

Desde otro punto de vista, parece recomendable el abordar aquí la posibilidad de que, en una u otra forma, los órganos sociales o en los estatutos, pudiera desconocerse tal derecho preferente.

En forma prácticamente unánime,⁵⁴ la doctrina mexicana se ha pronunciado en contra de tal posibilidad. Así, **Joaquín Rodríguez Rodríguez**, con referencia al citado precepto legal, dice lo siguiente:

La interpretación de este precepto ha suscitado diferentes problemas, cuya acertada resolución depende en gran parte del carácter que se reconozca al derecho en cuestión.- Desde hace tiempo hemos defendido que se trata de un *derecho inmodificable* por la asamblea... Hay dos razones igualmente poderosas para el establecimiento de la norma del artículo 132: la necesidad de mantener el *statu quo* del socio y la de *impedir que se le prive parcialmente de su participación en las reservas*.

Posteriormente, **Roberto L. Mantilla Molina**,⁵⁵ siempre en relación con el precepto de que se trata, escribió lo siguiente:

a) Cuando la *Ley de Sociedades* da el carácter de simplemente permisivo o supletorio a alguno de los preceptos, así lo indica expresamente... Si el artículo 132 no establece la posibilidad de pacto en contrario es porque el derecho que concede no puede suprimirse ni restringirse en los estatutos.- b) El artículo 132 no trata de suplir la voluntad de las partes, sino de conceder un derecho... c) Los firmantes de la escritura constitutiva que hiciesen la renuncia del derecho de opción no son los únicos interesados en él, pues puede corresponder a ulteriores propietarios de las acciones, cuya buena fe se lesionaría al negarles el ejercicio de un derecho consagrado en la ley... d) Permitir el aumento del capital sin conceder el derecho de opción es hacer nugatorios los derechos de las minorías, de indudable carácter imperativo... f) Nuestra legislación no acepta en general la renuncia de las meras expectativas: no puede renunciarse una herencia futura, ni una prescripción no ganada, etc. Al constituirse la sociedad aún no existe el derecho de opción, es una mera expectativa, un derecho en potencia, luego no puede renunciarse.

Si al examinar los intereses constructivos (*supra*, 7.7), se apuntó que esta institución tiene una más adecuada justificación en la sociedad anónima, con-

⁵⁴ **Joaquín Rodríguez Rodríguez**, *Tratado de sociedades mercantiles*, tomo II, tercera edición, Editorial Porrúa, México, 1965, págs. 172 y sigs.; este autor presenta un amplio e interesante estudio del tema, con copiosas referencias doctrinales y de derecho comparado.

⁵⁵ **Roberto L. Mantilla Molina**, "Interpretación del artículo 132 de la *Ley General de Sociedades Mercantiles*", en *Comercio y administración*, época II, núm. 3, México, marzo y abril de 1945, págs. 13 a 15.

viene ahora reiterar que estos intereses pueden constituir un incentivo a la inversión en el capital de riesgo de estas sociedades, si bien debe tomarse en consideración que sólo pueden concederse por tres años, y en un porcentaje no mayor del nueve por ciento anual sobre el importe del capital exhibido, si se compara con el interés bancario, que, al escribirse estas líneas (verano de 2005), es inferior a dicho nueve por ciento (art. 123).

Mantilla Molina⁵⁶ encuentra plausible la disposición legal respectiva, pero solamente referida a la sociedad anónima, no así a la limitada, a la vista de las importantes empresas que la primera está llamada a patrocinar; censura, en cambio, la disposición en el sentido de que estos intereses se carguen a gastos generales, pues ello supone un incremento en la llamada cuenta de *resultados*, y por tal razón, a su juicio, debería dejarse en libertad a las sociedades anónimas para cargar estos intereses a una cuenta especial o a la de gastos de establecimiento.

En el moderno mundo de los negocios ha venido adquiriendo una creciente importancia la conformación de las llamadas *joint ventures* (alianzas estratégicas temporales), que suponen una serie de acuerdos entre accionistas de dos o más sociedades, o bien de personas físicas o morales no necesariamente ligadas a sociedades, quienes se comprometen a constituir una futura sociedad que de varias maneras estará vinculada a las anteriores, o bien que supondrá la realización de una o varias actividades temporales.

Un caso frecuente en nuestro país, y por lo que se sabe igualmente en otros, es el de las sociedades creadas para hacer frente a requerimientos estatales y aun privados, en materia de construcciones de la más diversa índole: hospitales, carreteras, edificios con los más diversos propósitos, centrales eléctricas y otros fines similares.

Es difícil entender que una sola sociedad disponga de los necesarios elementos técnicos, materiales y financieros como para satisfacer los requerimientos del caso concreto, y aquí es en donde se conjugan diversas sociedades o personas dispuestas a constituir las, cada una de las cuales hará específicas contribuciones a la *joint venture*, que de ese modo puede comprometerse a realizar todas las actividades que se requieran, por diversos que sean sus aspectos, incluso los financieros.

Por todo ello, es también fácil entender que estas sociedades han de tener una duración limitada al tiempo que requiera la realización de la obra solicitada. Por lo mismo, resulta ilustrativo el consignar las cláusulas más frecuentes en este tipo de acuerdos de accionistas:

⁵⁶ *Derecho...*, cit., pág. 366.

- Partes otorgantes.
- Preámbulo o declaraciones.
- Definiciones.
- Aportaciones.
- Creación de la nueva sociedad común.
- Garantías de cumplimiento.
- Condiciones suspensivas.
- Actividades que desarrollará la sociedad *joint venture*.
- Designación de integrantes de los órganos de administración, vigilancia y dirección, con especificación de sus facultades.
- Facultades de la asamblea.
- Posibilidad y requisitos de transmisión de las acciones.
- Causas de terminación anticipada.
- Posibles cambios en el control.
- Pactos de no competencia.
- Aspectos de propiedad industrial: marcas, patentes, nombres comerciales, etcétera.
- Fuentes de financiamiento.
- Plan de operaciones y presupuestos.
- Manejo de la contabilidad.
- Contratación y derechos de trabajadores, asesores y otros.
- Fiscalización.
- Políticas en materia de reparto de dividendos.
- Aspectos ambientales.
- Posibilidades de quiebra o de concurso.
- Duración.
- Actos de confidencialidad.
- Pactos de confidencialidad.
- Leyes aplicables.
- Mecanismos de solución de conflictos.⁵⁷

Sobre este contrato de *joint venture*, unión transitoria de empresas o alianza estratégica, véase **Arturo Díaz Bravo**.⁵⁸

⁵⁷ **Jean-Yves Trochon** y **Neil Curtis**, «Négociation et rédaction des pactes d'actionnaires», en *Revue de Droit des Affaires Internationales*, Forum Européen de la Communication, no. 2-2005, Paris, 2005, pág. 137.

⁵⁸ *Contratos mercantiles*, 11a. ed., Iure Editores, México, 2012, págs. 548-557.

10.15.1.3 Participación de las utilidades

Empero, es indudable que el más importante de los derechos patrimoniales consiste en la participación del socio en las utilidades de la sociedad, que, una vez decretadas por la asamblea general ordinaria (art. 181-I), asume el carácter de dividendos. Por supuesto, en cuanto órgano supremo, la asamblea goza de absoluta libertad para decidir la suerte de las utilidades, salvo disposición estatutaria en otro sentido; le es dado, incluso, resolver el no reparto y dejar las utilidades pendientes de aplicación, o bien decidir que se capitalicen. De todo ello dependerán estos derechos patrimoniales del accionista.

Es pertinente recordar que el art. 16 de la *LGSM* dispone sobre este punto, en resumen, que la distribución de las ganancias, y en su caso de las pérdidas, debe hacerse en proporción a las aportaciones del socio, sin olvidar que, en este caso, sólo habrán de referirse al capital desembolsado. También es aconsejable no olvidar que el art. 17 prohíbe la celebración del *pacto leonino*, por virtud del cual se excluiría a uno o más socios de la participación en las utilidades.

En otro orden de ideas, conviene tener presente la muy difundida práctica mexicana en el sentido de que la asamblea acuerde que momentáneamente no se repartan utilidades, esto es, que las mismas se dejen “pendientes de aplicar”, para que sea el órgano de administración el que decida sobre su destino final. Esta decisión resulta un tanto cuestionable, por cuanto plantea una forma de delegación de las facultades que corresponden a la asamblea, a favor del órgano de administración, luego es razonable pensar que uno o más socios minoritarios formularan oposición a tal acuerdo de la asamblea, por estimar que sólo a ella corresponde tomar una resolución definitiva.

Por supuesto, un acuerdo en el sentido de dejar la decisión final para el acuerdo de una nueva asamblea, no parecería propiciar reparo alguno, pues no implicaría, como en el caso anterior, una delegación de facultades.

Todavía sobre este punto, no parece objetable la opinión de **Barrera Graf**⁵⁹ en el sentido de que, una vez decretado el dividendo, y por ende constituida la sociedad en deudora del socio, cualquier acreedor del mismo puede embargar tal dividendo.

Se preguntan algunos tratadistas si es válida, y en qué medida, una resolución asamblearia que prive al accionista del reparto de utilidades.

Es evidente que la respuesta no puede ser una, pues para calificar la procedencia y validez de semejante resolución sería necesario examinar cada

⁵⁹ *Instituciones...*, cit., pág. 525.

caso. Ante todo, no debe olvidarse que al constituir la sociedad, o al integrarse a ella, los accionistas intentan obtener provecho de sus recursos, mediante la realización del fin común. Empero, no sería válido afirmar que tal propósito es el más importante, y mucho menos el único, de tal manera que sólo parecería lógico el afirmar que los socios persiguen la obtención de utilidades razonables, por cuanto generalmente se les considera como inversionistas, pero también como aportadores de capital de riesgo, lo que supone que nadie, y menos la sociedad, constituida por ellos mismos, podría garantizar el reparto de utilidades, cuyo monto, y a veces su existencia misma, están sujetos a tantos avatares de la más diversa índole.

A estas alturas, parece un desatino el considerar válida la afirmación en el sentido de que en condiciones razonablemente normales en cuanto a la situación patrimonial de la sociedad, los socios tendrían derecho de exigir el reparto de las utilidades obtenidas, pero a ello podrían formularse atendibles razones en contra. Los accionistas mayoritarios podrían, por ejemplo, acordar el no reparto de utilidades con el propósito de capitalizarlas para incrementar las operaciones sociales, o bien para hacer frente a nuevos y ventajosos compromisos operativos.

Así pues, reconocido como derecho del accionista, el reparto de utilidades puede encontrar en la práctica, y de hecho así ocurre con frecuencia, reparos más o menos válidos y atendibles, para hacer frente a los cuales se han invocado sugerencias doctrinales que tienen cierto grado de razonabilidad:

- Derecho de retiro del accionista cuando, a pesar de haberlas, en tres ejercicios consecutivos no se repartan utilidades.
- Exigencia de una mayoría calificada para decidir sobre el no reparto de utilidades.
- Derecho del accionista inconforme a exigir que los mayoritarios adquieran sus acciones a valor en libros.

Sobre este punto, y tras de informar sobre opiniones doctrinales contrarias a la posibilidad de que se vulnere el derecho del accionista a las utilidades, por tratarse de un derecho individual, **Vásquez del Mercado**⁶⁰ escribe:

“... que la asamblea tiene poderes, si las necesidades de la sociedad así lo requieren para suspender la entrega de las utilidades, pero consideramos que no debe ser permitido que de manera sistemática, cuando el balance arroje utilidades, se adopte el mismo acuerdo, es decir, se niegue a los accionistas la en-

⁶⁰ *Asambleas...*, cit., pág. 522.

trega de las mismas, toda vez que ello iría en contra de la finalidad que todo inversionista persigue cuando participa en la formación de las sociedades o adquiere acciones de las ya constituidas”,

opinión que parece compartible, pero que no encuentra repercusión en nuestra ley.

Por su parte, **Barrera Graf**⁶¹ distingue entre derecho de los socios a las utilidades y derecho al dividendo, por estimar, principalmente, que apuntan a momentos diferentes: mientras que las utilidades son las obtenidas por la sociedad, el dividendo es el acordado por la asamblea a favor de los socios.

En la misma forma se pronuncia **Jorge A. Domínguez Martínez**,⁶² mas tal opinión no es fácilmente compartible, en razón de que, como es perfectamente sabido, el dividendo es el beneficio pagadero a cada accionista, con cargo a las utilidades de la sociedad, luego no hay razón para establecer una diferencia entre ambos, a pesar de que **Domínguez Martínez** afirma que: “El derecho que en general tienen todos los socios, de llegar a participar en las futuras utilidades que pueda llegar a lograr el ente social, no debe confundirse con el derecho al dividendo; el primero nace indefectiblemente con la adquisición del *status* de socio, mientras que el segundo es eventual, porque es bien factible que en cierta época una sociedad anónima pueda verse privada de beneficios y el resultado de su balance arroje pérdidas”.

Más adelante el propio autor⁶³ vierte dos afirmaciones incompatibles: a) Que sólo con el voto unánime de los socios es válido el acuerdo de que los mismos renuncien al pago de dividendos, pues el art. 189 de la *Ley General de Sociedades Mercantiles* prescribe que “... las resoluciones serán válidas cuando se tomen por mayoría de los votos presentes”; b) Que el derecho a que sean pagadas a los socios las ganancias que sus acciones hubiere producido en determinado ejercicio social, “... ha de entenderse como de la naturaleza misma del *status* de socio en la sociedad anónima, sin dependencia alguna de acuerdo de una asamblea en ese sentido y dar otro destino a tales ganancias, ...”. Como antes se demostró, el derecho de percibir dividendos sólo nace del acuerdo de una asamblea.

⁶¹ *Instituciones...*, cit., págs. 63 y 64.

⁶² “Algunas consideraciones en relación con el derecho al dividendo en las sociedades anónimas”, en *Jurídica. Anuario del Departamento de Derecho de la Universidad Iberoamericana*, núm. 7, julio de 1975, pág. 387.

⁶³ *Op. cit.*, pág. 390.

10.15.1.4 Participación en la liquidación

En su lugar se expresó que, disuelta la sociedad, los liquidadores tendrán, entre sus funciones, la de entregar a cada socio lo que le corresponda en haber social (art. 242-IV), que no es otra cosa que el remanente del patrimonio social, una vez cobrados los créditos y pagadas las deudas sociales, en la inteligencia de que no existe inconveniente legal en que esta cuota de liquidación se entregue en especie y no en dinero, pues también para ello la asamblea respectiva dispone de amplias facultades (arts. 247-III y 248). Al percibir la cuota de liquidación, el socio deberá entregar a la sociedad los títulos de sus acciones, que, por tanto, en ese momento quedarán definitivamente extinguidas.

10.15.2 Obligaciones del accionista

10.15.2.1 Patrimoniales

No puede haber duda sobre que la principal obligación de todo accionista es la de efectuar la aportación prometida, cosa que desde el primer momento puede efectuar por la totalidad del valor nominal de la acción o sólo por una parte de dicho valor.

Desde este punto de vista, las acciones se dividen en liberadas, cuando su valor esté totalmente cubierto, y pagadoras, cuando el accionista reporte dividendos pasivos a su cargo, mismos que habrán de cubrirse en la forma que indique el título mismo o, en su defecto, cuando así lo determine el órgano social facultado para ello, en cuyo caso "... deberá hacerse una publicación por lo menos treinta días antes de la fecha señalada para el pago, en el periódico oficial de la entidad federativa a que corresponda el domicilio de la sociedad".

En cualquier supuesto de mora del accionista, "... la sociedad procederá a exigir judicialmente, en la vía sumaria, el pago de la exhibición, o bien a la venta de las acciones" (art. 118), la que debe hacerse por medio de corredor público.

"El producto de la venta se aplicará al pago de la exhibición decretada, y si excediere del importe de ésta se cubrirán también los gastos de la venta y los intereses legales sobre el monto de la exhibición. El remanente se entregará al antiguo accionista, si lo reclamare dentro del plazo de un año, contado a partir de la fecha de la venta" (art. 120).

Finalmente, si después de un mes contado desde la fecha en que debió hacerse el pago, no se iniciare la reclamación judicial o no hubiere sido po-

sible vender las acciones en un precio que cubra el valor de la exhibición, tales acciones deberán declararse extinguidas y habrá de procederse a la consiguiente reducción del capital social (art. 121).

En cambio, por la naturaleza de los bienes aportados, las acciones son de numerario o de aporte. Estas últimas suponen la exhibición de bienes diversos del numerario, mismos que habrán de entregarse desde el primer momento, a pesar de lo cual las acciones "... deben quedar depositadas en la sociedad durante dos años...", transcurridos los cuales se hará un avalúo de los bienes y, si apareciere que el valor es, respecto del original, menor en un veinticinco por ciento, el accionista deberá cubrir la diferencia a la sociedad, misma que tiene derecho preferente sobre el valor de las acciones depositadas (art. 141). Aunque nada dispone nuestra ley sobre el caso contrario, esto es, el de que los bienes aportados hayan subido de valor, parece lógico concluir que el superávit sólo beneficiará a la sociedad, no así al socio aportante.

Jurisprudencia. Accionistas de una sociedad anónima, no tienen el deber de responder de las obligaciones contraídas por la sociedad.

Tercer Tribunal Colegiado en Materia Civil del Sexto Circuito. Amparo en revisión 213/2003. Rubén Ruiz Díaz. 14 de agosto de 2003. Unanimidad de votos. Ponente: Norma Fiallega Sánchez. Secretario: Gonzalo Carrera Molina.

10.15.2.2 Extrapatrimoniales

En cuanto a las obligaciones extrapatrimoniales del accionista, la única legalmente establecida es de carácter negativo, consistente en que al tratarse un asunto en asamblea y exista, de su parte, un interés contrario al de la sociedad, deberá abstenerse de deliberar y de votar; en caso contrario, responderá de los daños y perjuicios cuando su voto haya sido decisivo en la obtención de la mayoría necesaria para la validez del acuerdo (art. 196).

Pero además, en la práctica se conocen otras obligaciones extrapatrimoniales de muy diverso contenido, por supuesto todas ellas estatutariamente adoptadas. He aquí algunas de ellas:

- No hacer competencia a la sociedad, expresión que por sí sola se explica. Se trata de impedir que el accionista directamente, o como miembro de otras agrupaciones, realice las actividades que constituyen el objeto de la sociedad respectiva, por estimar que, de hacerlo, no sólo

desplegaría un acto de competencia considerado en principio como desleal, sino lo que es peor aún, aprovecharía experiencias y tal vez datos confidenciales en perjuicio de la sociedad y en beneficio personal.

- Mantener en forma absolutamente confidencial todo lo relacionado con los informes, números y demás información relacionada con la forma en la que despliega sus actividades la sociedad.

Por muy diversas razones, de fácil entendimiento, ha parecido interesante al autor de este libro el dar cuenta aquí de las principales disposiciones contenidas en la Directiva 2007/36/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de julio de 2007 sobre el ejercicio de determinados derechos de los accionistas de sociedades cotizadas, que en nuestro medio se mencionan como sociedades bursátiles.

Como medio de convencer al Consejo y al Parlamento Europeo de la necesidad de actualizar el derecho societario y mejorar el mecanismo gubernativo de las sociedades bursátiles, la Comisión formuló las siguientes consideraciones, entre otras:

1. Debían adoptarse nuevas iniciativas adaptadas con objeto de reforzar los derechos de los accionistas en las sociedades cotizadas y contribuir a la solución de los problemas relativos a la votación transfronteriza.
2. En su Resolución el 21 de abril de 2004, el Parlamento Europeo apoyó tales propósitos, especialmente a través de la ampliación de las normas sobre transparencia, el voto mediante representación, la posibilidad de participar en asambleas por medios electrónicos y el ejercicio transfronterizo del derecho de voto.
3. Resultaba necesario suprimir los obstáculos que disuaden a los accionistas de votar.
4. Quedó establecido que los derechos distintos de voto podrían acoger la normativa de que se trata a las acciones sin derecho a voto.
5. Se subrayó la importancia de que los accionistas, con independencia del lugar en que residan, puedan votar con conocimiento de causa en las asambleas o antes de ellas. Además, deben disponer de tiempo suficiente para examinar los documentos que vayan a presentarse en las asambleas, para determinar el sentido de su voto. Para ello, es necesario que la asamblea se anuncie oportunamente y que los accionistas reciban toda la información que se vaya a presentar en la propia asamblea, a cuyo efecto deben aprovecharse todas las posibilidades que ofrecen las modernas tecnologías para hacer que la información se reciba inmediatamente. Desde luego, la Directiva parte del supuesto de que todas las sociedades bursátiles disponen ya de un sitio en Internet.

continúa

continuación

6. Deben analizarse los obstáculos jurídicos al ofrecimiento de cualquier forma de participación por medios electrónicos en las asambleas. El ejercicio del voto sin asistencia personal, ya sea por correo o por medios electrónicos, no debe estar sujeto a restricciones, salvo las necesarias para la verificación de la identidad y la seguridad de las comunicaciones electrónicas.

Examínense, a continuación, algunas de las principales disposiciones de la Directiva, que se mencionarán con la numeración de la misma:

Art. 4. *Las sociedades garantizarán la igualdad de trato a todos los accionistas que estén en la misma posición por lo que se refiere a la participación y al ejercicio de derecho de voto en la asamblea general.*

Art. 5. *Los Estados deben tomar medidas para que las sociedades bursátiles expidan la convocatoria a la asamblea general en forma adecuada por lo que se refiere a su publicidad y por lo menos 21 días antes de la fecha fijada para su celebración.*

La convocatoria debe contener, por lo menos, los siguientes datos:

- a) La indicación precisa de la fecha, lugar y hora en que habrá de celebrarse la asamblea y el orden del día propuesto;
- b) La descripción clara y exacta de los procedimientos a los que deben ajustarse los accionistas para participar y emitir su voto en la asamblea general, incluso para la emisión del voto por representación y por correo o mediante mecanismos electrónicos.

El Estado tomará las medidas necesarias para garantizar que, durante un periodo mínimo e ininterrumpido de 21 días antes de la fecha de la asamblea, la sociedad coloque en su sitio de Internet, a disposición de los accionistas, información sobre la convocatoria, el número total de acciones y derechos de voto, los documentos que se presentarán en la asamblea y otros datos importantes, previstos en la Directiva de que se trata.

Art. 6. *Los Estados deberán tomar las medidas adecuadas para que los accionistas, individual o colectivamente, tengan derecho de incluir puntos en el orden del día, siempre que se acompañen de una justificación o de un proyecto de resolución y, además, a condición de que tales accionistas tengan derecho de presentar proyectos de resolución sobre puntos ya incluidos o que deban incluirse en el orden del día.*

Art. 8. *La legislación respectiva deberá permitir a las sociedades ofrecer a sus accionistas cualquier forma de participación en la asamblea por medios electrónicos.*

continúa

continuación

Art. 9. Todos los accionistas tendrán derecho a formular preguntas relacionadas con los puntos del orden del día y la sociedad respectiva deberá responder a tales preguntas.

Art. 10. Todo accionista tendrá derecho a designar a cualquier otra persona física o jurídica para que lo represente o vote en alguna asamblea a su nombre. El representante disfrutará de los mismos derechos para hablar y formular preguntas en la asamblea, que tendría el asambleísta.

Art. 11. La legislación dispondrá que los accionistas podrán designar representante por vía electrónica y que las sociedades acepten electrónicamente tal notificación.

Art. 12. También deberá permitirse que las sociedades ofrezcan a sus accionistas la posibilidad de votar por correo antes de las asambleas. El voto por correo sólo podrá sujetarse a los requisitos y restricciones necesarios para garantizar la identidad de los accionistas.

Art. 14. La legislación establecerá un plazo no superior a 15 días, contado a partir de la fecha de la asamblea para que la sociedad publique en sus sitio de internet los resultados de las votaciones.

10.16 Estudio comparativo entre la sociedad anónima y las sociedades del derecho angloamericano

Como era de esperarse, existen importantes diferencias, de fondo y de forma, entre las sociedades comerciales angloamericanas y la anónima mexicana.

Es bien sabido que la diferencia sustancial entre la legislación angloamericana y las del derecho escrito o del *derecho civil*, reside en que esta última descansa en la existencia de leyes escritas, durante muchos siglos sustentadas en la regulación justiniana, y posteriormente influidas por los códigos napoleónicos, al paso que en los países del *common law* desempeñan un papel secundario las escasas leyes escritas, de tal manera que la práctica comercial, a un lado de los precedentes judiciales, son las principales fuentes, en este caso, del derecho societario.

- Ante todo, hay que decir que en los Estados Unidos de América no existe una regulación federal para estas sociedades, pues su régimen está contenido en las regulaciones de las diversas entidades federativas. Existen, ciertamente, materiales legislativos de índole federal, pero que se refieren solamente a determinados aspectos de las operaciones sociales, como los relacionados con las acciones y otros valores destinados a circular entre el público (*Securities Act*, 1933), y la ley concerniente a los me-

canismos corporativos que han de satisfacerse si se desea que dichos valores salgan a cotización bursátil (*Exchange Act*, 1934), que son los más importantes.

- Empero, no es posible pasar por alto, por el influjo que viene ejerciendo en las legislaciones societarias estatales, la *Model Business Corporation Act*, más conocida por sus siglas MBCA, elaborada por la American Bar Association en 1950, revisada en 1984, por lo cual modernamente es conocida como *Revised Model Business Corporation Act*, (RMBCA), a la cual se harán algunas referencias más adelante, y que ha sido adoptada por veinticuatro de los Estados.
- Aunque sobre estos últimos particulares se encuentran semejanzas en la regulación inglesa, aquí, en cambio, sí existe una sola ley reguladora de las diversas formas sociales, la *Companies Act*.
- Una vez más respecto del derecho estadounidense, conviene añadir que otros aspectos sustantivos y adjetivos en la vida de las sociedades mercantiles se encuentran en el *Uniform Commercial Code* y en las *Federal Rules of Civil Procedure*.
- Ahora bien, la limitación de responsabilidad patrimonial de los accionistas y de los socios en la limitada no configura una regla general en otros sistemas jurídicos. Así, si bien es verdad que en los Estados Unidos de América ambos tipos sociales operan conforme la regla de la limitación de la responsabilidad, también lo es que las cortes han dejado perfectamente establecido el criterio de que es válido rasgar el *velo de la personalidad*, esto es, incursionar en el patrimonio de los socios, cuando al amparo de la personalidad social se realicen actos fraudulentos, o bien cuando se simule la existencia de la sociedad, que en realidad no existe, para realizar cualquier tipo de operaciones.

Véanse, a continuación, otros puntos de divergencia entre los regímenes angloamericano y mexicano:

- La validez de los actos *ultra vires*, propia del derecho angloamericano, no admitida por nuestro régimen legal. Resulta interesante expresar que, para los comerciantes, industriales y aun los tratadistas de los Estados Unidos de América, resulta anticuada e impráctica la limitación del objeto social, entre otras razones, porque supone una indebida limitación de la libertad de actuar por parte de las sociedades y, además, porque puede ocasionar desconcertos entre los accionistas mismos y los terceros, con los consiguientes conflictos, incluso de orden judicial. Sobre este particular, *véase* lo expresado *supra*, 7.2.1 *bis*.

- La posible unimembresía del derecho angloestadounidense, no admitida por nuestra *LGSM*, que exige la actuación de dos socios por lo menos. Por lo demás, la unimembresía no impide la existencia de un consejo de administración designado, obviamente por el accionista único.
- Mientras que nuestra ley mantiene absoluta separación entre las personalidades y patrimonios de los socios y de la sociedad, la jurisprudencia angloestadounidense ha venido proclamando la teoría del *disregard*, esto es, que en ciertos casos se autoriza la rasgadura del velo de la personalidad social para incursionar en la actuación y patrimonio de los administradores, de los comisarios y de los socios mismos.
- A las formalidades que rodean la constitución de una sociedad mercantil en México, ya examinadas en este libro, la práctica estadounidense responde con una extraña facilidad para constituir cualquier tipo social: los fundadores formulan una solicitud a la respectiva Comisión estatal de sociedades, acompañada del proyecto de estatutos, que dicha Comisión revisa y, si encuentra que se cumplen las disposiciones de la respectiva ley, expide el certificado de incorporación, que constituye la autorización oficial para que la sociedad comience a operar. Obtenido el certificado, los fundadores convocan a una reunión del provisional consejo de administración, a efecto de que se adopten los estatutos y se expidan los títulos de las acciones a cambio del pago de su valor, que constituirá el capital social. Importa dejar precisado que, generalmente, los estatutos no se registran ante oficina u organismo alguno de carácter público, pues sólo surten efectos internos.
- Surge aquí una importante diferencia entre ambos sistemas jurídicos: al paso que nuestra ley societaria exige que en los estatutos se precise el objeto social, las leyes y la jurisprudencia estadounidenses abren un amplio campo, al permitir que las sociedades no precisen su objeto social, luego, salvo contados casos específicos, como los relativos a las entidades financieras, bursátiles y aseguradoras, las sociedades pueden realizar todo tipo de actos, a condición de que no sean contrarios a las leyes. De ello resulta otra diferencia, también de relevante importancia: no hace falta conferir facultad alguna a los administradores o representantes, pues la citada *RMBCA* (art. 3.01) los presume con una amplitud que a los formados dentro del sistema de derecho escrito nos resulta desconcertante, pues queda claramente establecido que, por el contrario, los poderes sólo estarán limitados cuando expresamente se indique así en el certificado de incorporación, en los estatutos o por acuerdo de los administradores.

- Es posible, sin embargo, dejar sentadas las bases teóricas y prácticas a las que están sometidas las sociedades (*corporations*) en este país, prácticamente todas ellas reconocidas en las diversas regulaciones societarias:
 - a) El documento constitutivo o *charter*, también conocido como *cláusulas* o artículos de incorporación y los estatutos o *bylaws*, son los documentos indispensables en la constitución y existencia de las sociedades.
 - b) El *charter* es el instrumento que sirve de base a la existencia corporativa de las sociedades, y por ello suele calificarse de “acta de nacimiento” de la sociedad. Este documento, otorgado ante el Gobierno del Estado respectivo, es la base de la operación corporativa en calidad de documento público.
 - c) Este *charter* debe satisfacer los siguientes requisitos informativos: nombres de los socios; nombre social; domicilio de la sociedad y nombre y domicilio del responsable apoderado; duración; objeto social; estructura del capital; organización interna; otras disposiciones permitidas.
 - d) Los estatutos sociales, *bylaws*, en cambio, suelen ser más detallados, por razón de que en ellos no tienen participación alguna los Gobiernos de los Estados, pues su adopción corre a cargo de los administradores y puede ser aprobada o no por los accionistas. En otras palabras: los *bylaws* son una reproducción, amplificada, del *charter*, y por lo mismo no pueden contener disposiciones contrarias o inconsistentes con este último.⁶⁴
- Igualmente desconocido en nuestro medio es el estadounidense *voting-trust*, fideicomiso de voto, por virtud del cual los accionistas pueden transmitir a un fiduciario, a quien se faculta para emitir los votos correspondientes a las acciones fideicomitidas, respecto de asuntos específicamente determinados.
- En contraste con el escaso derecho de información que nuestras leyes confieren a los accionistas, las regulaciones estatales de los Estados Unidos de América conceden a los accionistas el derecho de examinar los libros corporativos y los registros contables, si bien es posible que en los estatutos se limite este derecho al examen de determinados registros, en relación con el número de acciones que correspondan a los socios.
- Otra novedad interesante es la relativa a la posibilidad de que los accionistas asuman responsabilidades por las operaciones sociales, en dos

⁶⁴ Robert W. Emerson, J.D., *Business Law*, four edition, Barron's, New York, 2004, págs. 340-342.

supuestos: cuando ellos mismos *rasguen el velo de la personalidad* y actúen bajo el nombre de la sociedad, o bien cuando aprovechen la personalidad de la misma con propósitos fraudulentos.

- En cuanto al pacto de voto, prohibido por nuestra *LGSM*, según se vio con anterioridad, en el sistema estadounidense es perfectamente válido, a condición de que en el contrato respectivo se especifiquen los aspectos involucrados en el compromiso.
- Finalmente, también resulta ilustrativo el tener presente que algunas otras leyes de los Estados Unidos de América, principalmente la conocida como *Ley Antimonopolios* o *Ley Sherman*, finca serios obstáculos a la captación de crecidos capitales, así como a las concentraciones de sociedades y a la realización de ciertas actividades.⁶⁵

10.16 bis La sociedad anónima europea

A partir de la integración económica operada en los países de la Unión Europea, como era natural, se intensificaron las relaciones comerciales entre las empresas de los Estados miembros. No tardó en presentarse también el intercambio de trabajadores, pero en este caso se crearon difíciles situaciones de orden laboral, vista la diversidad de regulaciones sobre este punto.

Mas también la actuación de las sociedades anónimas ofreció complicaciones, pues durante muchos años no operó una regulación societaria internacional, lo que llegó a configurar serios obstáculos a las operaciones comerciales transfronterizas.

Consciente de ello, la Comisión Europea se dio a la tarea de estructurar la regulación de una forma comunitaria social única para todos los países. Por supuesto, tarea de tal envergadura no fue fácil, de modo especial por razón de que se hizo patente la necesidad de configurar la sociedad en forma de anónima, por ser la más conocida en los países, y por razón de que su capital social, dividido en acciones, facilitaría su tenencia y dispersión sin mayores dificultades.

Por lo demás, la Comisión no ignoraba que algunas poderosas sociedades anónimas europeas ya habían adoptado esquemas de operación trasnacional, como la Royal Dutch Shell, la Unilever, la Eurotunnel e incluso la hoy bien conocida Airbus.

⁶⁵ Gran parte de la información anterior fue tomada de: **Robert W. Hamilton**, *The law of corporations in a nutshell*, second edition, West Publishing Co., St. Paul, 1987, así como de **Emerson**, *Business Law*, fourth edition, Barron's, New York, 2004.

Pues bien, finalmente, el 20 de diciembre de 2000, el Consejo adoptó dos textos legales:

- El primero de ellos, que constituyó la Directiva 2001/86/CE, en realidad configura un estatuto de la sociedad anónima europea, pues se regulan su constitución, funcionamiento y disolución, a la vez que se anuncia el lugar que en la sociedad ocuparán los trabajadores.
- La segunda regulación está configurada por el Reglamento (CE) no. 2157/2001 del Consejo, de fecha 8 de octubre de 2001.

La nueva regulación deja fuera aspectos importantes del derecho de sociedades; así, por ejemplo, nada se dice sobre las facultades de los Estados para tomar medidas en cuanto a la adopción de la citada directiva. Tampoco se menciona la vigilancia, los aspectos competenciales relacionados con la propiedad intelectual y la insolvencia, todo lo cual deberá ser regulado por los Estados.⁶⁶

10.16 *ter* Las sociedades anónimas bursátiles

La nueva *LMV* ha venido a incursionar en el régimen corporativo y hasta en el operativo de las sociedades anónimas que, directa o indirectamente, establezcan intereses y relaciones con inversionistas que, más que interesados en la operación interna de dichas sociedades, tengan interés en adquirir valores productivos. A estas sociedades se refieren numerosos preceptos de la referida Ley, con el manifiesto propósito de proteger los intereses de los citados inversionistas, pero también los que asisten a los accionistas, y por ello no debe extrañar el que tal novedosa regulación plantee importantes adiciones, y en algunos casos modificaciones, a la *LGSM*.

Estas sociedades anónimas son, pues, de tres tipos, que se examinarán a continuación: *a*) sociedades anónimas promotoras de inversión; *b*) sociedades anónimas promotoras de inversión bursátil; *c*) sociedades anónimas bursátiles.

- Las sociedades anónimas promotoras de inversión pueden constituirse como tales o bien adoptar dicha modalidad en cualquier momento. Este segundo supuesto precisa de un acuerdo de asamblea general extraordinaria de accionistas, en la inteligencia de que los inconformes pueden

⁶⁶ **Éric Morgan de Rivery** et **Claire Stockford**, “La Société Européenne”, en *RDAI*, 2001, no. 6, Paris, 2001, págs. 711-722.

ejercer el derecho de separación al valor en libros de las acciones en ese momento, una vez que surta efectos ese acuerdo.

A la denominación de estas sociedades deberá agregarse la expresión “promotora de inversión”, o su abreviatura “P.I.”.

En los estatutos de estas sociedades podrán preverse restricciones a la transmisión de la titularidad o de ciertos derechos respecto de las acciones de una misma serie o clase, y también causales de exclusión de socios o especiales derechos de separación, de retiro o de amortización de acciones, pero también la emisión de acciones distintas de las previstas por los arts. 112 y 113 de la *LGSM*.

Otras importantes posibilidades se contemplan en los arts. 12 a 18 de la *LMV*, que no se examinan aquí por ser ello propio de un trabajo monográfico, carácter que no tiene este libro.

- Por su parte, las sociedades anónimas promotoras de inversión bursátil son objeto, igualmente (arts. 19-21, *LMV*), de una serie de disposiciones complementarias, y en algunos casos modificatorias, de las contenidas en la *LGSM*, que tampoco se examinarán aquí, pues ello también es propio de un estudio monográfico. Sólo se mencionarán las más importantes:
 - Pueden solicitar la inscripción, en el Registro Nacional de Valores de la *CNBV*, de las acciones representativas de su capital social, o bien de los títulos que las representen.
 - A su denominación social deberán agregar la expresión “bursátil” o simplemente su abreviatura “B”.
 - Habrán de modificar sus estatutos para adecuar la integración del capital social al régimen especial de las sociedades anónimas bursátiles.
 - Deberán contar con un comité que auxilie al consejo de administración en el desempeño de las actividades relacionadas con las prácticas previstas para este tipo de sociedades.
 - Podrán colocar en la bolsa, con o sin oferta pública, las acciones representativas de su capital social, mediante la satisfacción de ciertos requisitos.
 - Al igual que las anteriores, las sociedades anónimas bursátiles deberán inscribir los títulos representativos de sus acciones en el mencionado Registro Nacional de Valores y añadirán, a su denominación social, la expresión “bursátil” o simplemente la abreviatura “B” (arts. 22-57). Aquí es por demás amplio el elenco de las disposiciones regulatorias, de las cuales, una vez más, se hará referencia sólo a las más importantes:

- Los accionistas, además de los legal y estatutariamente previstos para el común de las sociedades anónimas, tienen los especiales derechos previstos por los arts. 48 a 52 de la *LMV*, sin faltar algunas restricciones al derecho de voto, como la establecida en el art. 52 *LMV*.
- Cuando se trate de entidades financieras, pueden emitir acciones de tesorería, esto es, no suscritas, para ser colocadas con arreglo a lo dispuesto por las respectivas leyes financieras.
- La integración, organización y funcionamiento de los órganos sociales deberán ajustarse a lo establecido en las leyes especiales del sistema financiero.

UNIDAD 11

Las sociedades cooperativas*

11.1 Origen constitucional, concepto y mercantilidad

El régimen legal mexicano en materia de sociedades cooperativas es por demás complejo y hasta cierto punto contradictorio, como se verá a continuación:

Ante todo, compete al Congreso de la Unión (art. 73-XXIX-N, *CPEUM*) la facultad de:

“... expedir leyes en materia de constitución, organización, funcionamiento y extinción de las sociedades cooperativas. Estas leyes establecerán las bases para la concurrencia en materia de fomento y desarrollo sustentable de la sociedad cooperativa de la Federación, Estados y Municipios, así como del Distrito Federal, en el ámbito de sus respectivas competencias”.

* Los preceptos que se mencionan en esta unidad son, salvo que otra cosa se indique, de la *Ley General de Sociedades Cooperativas (LGSC)*.

No es difícil advertir la vaguedad y autocontradicción en que incurre tal precepto, que en su primera parte parece conferir al Congreso de la Unión, de manera exclusiva, la facultad de legislar sobre todos los aspectos de la vida de estas sociedades desde su creación hasta su liquidación, pero inmediatamente después parece echar marcha atrás, al expresar que las indicadas leyes federales sólo establecerán las bases para una vaga concurrencia de las entidades federativas y hasta de la propia Federación, en materia de fomento y desarrollo sustentable de la actividad de las propias sociedades, siempre que lo hagan en el ámbito de sus respectivas competencias. Difícil concebir mayor complejidad.

Pues bien, válida de ello, la asamblea legislativa del Distrito Federal aprobó, el 4 de octubre de 2005, la *Ley de Fomento Cooperativo para el Distrito Federal*, publicada en la *Gaceta Oficial* de la propia entidad federativa, del 20 de enero de 2006. Posteriormente, el Jefe de Gobierno del propio Distrito Federal expidió el Reglamento de la citada Ley, que se publicó en el mismo órgano impreso, correspondiente al 4 de diciembre de 2006.

Como era de esperarse, tanto el ordenamiento federal como el estatal consignan disposiciones similares y hasta repetitivas, lo que resulta por demás lógico. Así, y sólo a guisa de ejemplo, compárense los conceptos consignados en el segundo de los preceptos de ambos ordenamientos. Por su parte, el de la *Ley General de Sociedades Cooperativas* prescribe que estas sociedades constituyen una forma de organización social, formada por personas físicas animadas de intereses comunes y apoyada en principios de solidaridad, esfuerzo propio y ayuda mutua, mediante la realización de actividades económicas de producción, distribución y consumo de bienes y servicios. Por su parte, la Ley expedida para el Distrito Federal proclama que, por fomento cooperativo, deberán entenderse las actividades encaminadas a la promoción de la economía cooperativista en la producción, distribución y comercialización de los bienes y servicios que generan y que son socialmente necesarios.

Y como podrá verificarse, ambos ordenamientos son coincidentes en numerosos aspectos, con lo cual se pone en evidencia la injustificable duplicidad en esta materia.

Pero además, se configura en la especie otro aspecto que también forma parte de tan confuso panorama. La *Ley General de Sociedades Mercantiles* dispone, en sus arts. 1o. y 4o., con absoluta sencillez y claridad, que reconoce como sociedad mercantil a la cooperativa, si bien se abstiene de regularla, lo que corresponde a la *Ley General de Sociedades Cooperativas*, que se analizará más adelante.

Pero de todo ello resulta que si, por disposición del citado Congreso de la Unión, la sociedad cooperativa es de naturaleza mercantil, esto es, sujeta al régimen federal de las demás sociedades de la misma naturaleza, de modo

inconcebible quedó establecida, posteriormente, la posibilidad de que en la regulación de estos entes sociales intervengan también las legislaturas de los Estados federados e incluso la del Distrito Federal, pues de ese modo quedó propiciada una clara invasión de esferas de competencia.

Más que definición, nuestra *Ley General de Sociedades Cooperativas (LGSC; DOF 3 de agosto de 1994)* suministra un concepto que, además, resulta válido calificar de finalista:

“La sociedad cooperativa es una forma de organización social integrada por personas físicas con base en intereses comunes y en los principios de solidaridad, esfuerzo propio y ayuda mutua, con el propósito de satisfacer necesidades individuales y colectivas, a través de la realización de actividades económicas de producción, distribución y consumo de bienes y servicios” (art. 2o.).

Como prueba de todo ello, es forzoso que este tipo social observe, en su funcionamiento, los siguientes principios, algunos de los cuales, como fácilmente se apreciará, no son propios de las demás sociedades mercantiles:

- I. Libertad de asociación y de retiro cuando así convenga a los socios.
- II. Administración sobre bases democráticas.
- III. Limitación de intereses a algunas aportaciones de los socios, en caso de que así se estipule.
- IV. Distribución de rendimientos en proporción a la participación y no a las aportaciones de los socios.
- V. Fomento de la educación cooperativa y de la educación en las formas solidarias de la economía.
- VI. Participación en la integración cooperativa.
- VII. Respeto a las creencias políticas y religiosas de los socios.
- VIII. Impulso a la cultura ecológica (art 6o.).

Por lo demás, conviene precisar que estas sociedades pueden realizar cualquier actividad económica (art. 8o.).

11.1 bis Antecedentes

Está unánimemente admitido que la cooperativa es de origen inglés. Así, en 1775 se reunieron varios trabajadores de empresas industriales, procedentes principalmente del sur de Inglaterra, con el propósito de formar un fondo común con sus ahorros, destinado a la construcción de las que serían sus propias viviendas; constituyeron, para ello, la *Ketley's Building Society*, seguramente por razón de que las periódicas reuniones se celebraban en el local, situado en Birmingham, de un tal Richard Ketley.

Cada miembro aportaba una cantidad semanal fija y, una vez reunida la suma necesaria, se compraban los terrenos y se construían las casas, mismas que se asignaban por sorteo; una vez que todos los cooperativistas tenían su propia casa, la sociedad se disolvía.

Las primeras sociedades constaban de escasos miembros, normalmente más de tres meses imponía la inmediata expulsión del remiso; si alguno de los socios renunciaba, su participación se ofrecía a otro miembro.

Según informes documentales, al parecer merecedores de crédito, una de las primeras experiencias cooperativas es la de 1844, mediante la constitución, como cooperativa de consumo, de la Sociedad Equitativa de los Pioneros de Rochdale. Pero la primer sociedad cooperativa constituida con duración permanente fue la Metropolitan Equitable, fundada en 1845; a ejemplo de ella, hacia fines del siglo XIX había en Inglaterra más de 2000 cooperativas, todas ellas creadas con el fin de estimular el ahorro como forma de adquirir una casa, sin excluir, por supuesto, la constitución de hipotecas como garantía de pago de las futuras aportaciones.¹

Prontamente aparecieron sociedades con la misma estructura en Alemania, los Países Bajos y en los Estados Unidos de América. Siempre con arreglo a los mismos informes, al escribirse estas notas (verano de 2008) en Europa existen unas trescientas mil cooperativas que emplean aproximadamente a cinco millones de personas e influyen en la vida cotidiana de más de ciento cuarenta millones de personas.

Por lo que se refiere a nuestro país, un remoto antecedente de este tipo social lo constituye la Sociedad Mercantil y de Seguridad de la Caja de Ahorros de Orizaba, que operaba con una triple función: como banco, montepío y caja de ahorros. Posteriormente, en 1873, surge, como taller cooperativo de sastrería, el Gran Círculo de Obreros, y en 1874 se crea la Compañía Cooperativa de Carpinteros.

Durante el régimen de **Porfirio Díaz** declinó el movimiento cooperativo, que resurgió al triunfar la Revolución Mexicana, y así los partidarios de **Francisco I. Madero** constituyeron el Centro Mutuo Cooperativo de México y prontamente surgieron, a pesar de la ausencia de regulación legal, cooperativas dedicadas a la pesca, los transportes, las artes gráficas, el consumo y servicios diversos.

Ante tal auge cooperativo, y merced a la influencia del Presidente **Lázaro Cárdenas**, en 1938 se expidió la primera *Ley General de Sociedades Cooperativas*, que en 1994 quedó abrogada por la actualmente en vigor, publicada en el *DOF* del 3 de agosto de 1994.

¹ Varios, *¿Cómo se hizo posible? Historia de las grandes realizaciones humanas*, Reader's Digest Selecciones, Madrid, 1997, pág. 301.

11.2 Clasificación. Participación de órganos gubernativos

Las cooperativas pueden ser de consumidores o de productores de bienes o de servicios. Son las primeras aquellas en las que los miembros se asocian para obtener en común artículos, bienes o servicios para sí mismos, o bien para sus hogares o sus actividades productivas, en la inteligencia de que pueden operar con sus socios o con terceros (arts. 22 y 23).

En cambio, son cooperativas de productores aquellas en las que los socios se comprometen a trabajar en común para la producción de bienes o de servicios, si bien tal trabajo puede ser manual, físico o intelectual y, por su parte, tales sociedades pueden almacenar, conservar, transportar y comercializar sus productos (art. 27).

Pero además, la propia Ley finca la posibilidad, en grado de conveniencia, de que en estas sociedades participen órganos gubernativos, en cuyo caso se estará frente a las sociedades cooperativas de participación estatal (art. 32), que son las que se asocian con autoridades federales, estatales, municipales o los órganos político-administrativos del Distrito Federal, con el fin de explotar unidades productoras o de servicios públicos dados en administración, o bien para financiar proyectos de desarrollo económico a nivel local, regional o nacional.

Pero independientemente de ello, los organismos cooperativos, que se examinarán más adelante (*infra* 11.7) deben colaborar en los planes socioeconómicos que realicen los gobiernos de los indicados cuatro niveles, en cuanto beneficien o impulsen de manera directa el desarrollo cooperativo. En otro orden de ideas, los mismos gobiernos deberán apoyar a las escuelas, institutos y organismos especializados en educación cooperativa que establezca el llamado *movimiento cooperativo nacional*, e igualmente auxiliarán, en la misma forma, las labores que en igual sentido realicen las universidades e instituciones de educación superior del país (art. 90).

La misma tendencia de estímulo se observa en otros preceptos de la LSC (arts. 92 y 93).

11.3 Procedimiento especial de constitución

En este punto se observan también importantes diferencias con el mecanismo constitutivo de las demás sociedades mercantiles:

- Cada socio tiene derecho a un voto, sin que importe el valor de su aportación.
- Siempre son de capital variable.

- En principio, todos los socios tienen los mismos derechos y obligaciones, lo que es válido también respecto de las mujeres.
- Son de duración indefinida.
- Se integran con un mínimo de cinco socios (art. 11).

Sobre tales bases se celebra la asamblea general constitutiva, de la que debe levantarse un acta con los nombres y datos generales de los fundadores, los nombres de las personas que han de integrar los primeros consejos y comisiones, así como las bases constitutivas; los socios, además, deberán identificarse plenamente y ratificar su voluntad de constituir la cooperativa y de ser suyas las firmas o, en su caso, las huellas digitales que obran en el acta constitutiva, todo ello ante notario, corredor público, juez de distrito, juez de primera instancia en la misma materia del fuero común, presidente municipal, secretario, delegado municipal o titular de los órganos político-administrativos del Distrito Federal, del lugar en donde la cooperativa tendrá su domicilio (art. 12).

Sin embargo, la personalidad jurídica de estas sociedades surge en el momento en que se firme el acta constitutiva. Dicha acta deberá inscribirse en el Registro Público de Comercio que corresponda a su domicilio social (art. 13)

11.4 Título representativo de la calidad de socio

No puede afirmarse que el certificado de aportación, en el que consta su valor y la calidad de socio, sea un título de crédito, pues carece de los atributos de tal documento, que por lo demás no es negociable, a pesar de que en él se consigna el valor aportado, la forma de pago y la de, en su momento, devolver dicho valor al socio.

Ahora bien, por cuanto las aportaciones pueden consistir igualmente en bienes de cualquier tipo e incluso en derechos, todo ello debe hacerse constar en el documento de que se trata (arts.6-IV y 16-IV).

11.5 Derechos y obligaciones de los cooperativistas

También aquí el *status* de socio se desenvuelve con arreglo a un mecanismo diverso del examinado en las demás sociedades mercantiles:

- En las sociedades cooperativas de responsabilidad limitada, los socios sólo reportan la obligación de efectuar el pago de sus certificados de

aportación. En cambio, cuando las sociedades sean de responsabilidad suplementada, los socios responden a prorrata de las operaciones sociales, hasta por la suma que se determine en el acta constitutiva (art. 14).

- Los rendimientos anuales, conforme al balance respectivo en las cooperativas de productores, debe repartirse con arreglo a la calidad y tiempo de los servicios, así como al nivel técnico y escolar de los socios (art. 28).
- Se dan como causas de exclusión de un socio: *a)* la consistente en no desempeñar sus labores con la intensidad y calidad requeridas; *b)* el reiterado incumplimiento de cualquiera de sus obligaciones sociales, sin causa justificada; *c)* la también reiterada infracción de las disposiciones legales, bases constitutivas, reglamentos interiores, resoluciones de la asamblea general, acuerdos del consejo de administración, de los gerentes o de los comisionados (art. 38).
- Por otra parte, en las cooperativas de consumidores los socios reportan la obligación de consumir o de utilizar los servicios de la cooperativa, mientras que en las de productores, deben prestar los servicios personales a los que se hayan comprometido (art. 64-I y II).

Jurisprudencia. Socios cooperativistas. Prescripción de la acción, conforme al código de comercio, para impugnar la nulidad de asamblea o de cualquier otro acto derivado del contrato de sociedad.

Tercer Tribunal Colegiado en Materia Civil del Primer Circuito. Amparo directo 9963/98. Fausto Martínez Cruz y otros. 30 de noviembre de 2000. Unanimidad de votos. Ponente: Neófito López Ramos. Secretario: Rómulo Amadeo Figueroa Salmorán.

11.6 Órganos sociales

Los tres órganos clásicos de las sociedades mercantiles encuentran también aquí una clara expresión. Además de la asamblea general, de la administración, siempre colegiada, y de la vigilancia, igualmente colegiada, la *LGSC* establece la forzosa existencia de comisiones con específicas facultades, sin perjuicio de las que prevean las bases constitutivas o establezca la asamblea general.

Como autoridad suprema, los acuerdos de esta última, legalmente tomados y con apego a las bases constitutivas, obligan a todos los socios, presentes, ausentes o disidentes.

Por su parte, el consejo de administración, como ejecutor de los acuerdos de la asamblea general, ostenta la representación de la sociedad y pue-

de, además, designar uno o más gerentes, socios o extraños a la sociedad, con las facultades de representación que les asigne, y también comisionados con el encargo de administrar las secciones respectivas (art. 41).

Este órgano de administración estará integrado por lo menos de tres personas, un presidente, un secretario y uno o más vocales, si bien, cuando los cooperativistas sean diez o menos, bastará con un administrador. En todo caso, estos personajes deberán otorgar una caución cuando se les encomiende el manejo financiero de la sociedad, mismo deber que tendrán cualesquiera otros encargados del manejo de recursos (art. 43).

Finalmente, el consejo de vigilancia estará integrado por un número impar de socios no mayor de cinco, por cada uno de los cuales se designará un suplente; funcionará con un presidente, un secretario y los vocales que se consideren pertinentes (art. 45).

11.7 Federaciones y confederaciones cooperativistas

Congruente con la finalidad solidaria que nuestra ley imprime a estas sociedades, las mismas disfrutan de libertad para agruparse en federaciones, uniones o en cualquier otra forma asociativa legalmente reconocida (art. 74). Las federaciones, a su vez, podrán formar confederaciones nacionales, pero en este caso las uniones o federaciones deberán proceder de diez entidades federativas por lo menos (arts. 74 y 75).

A la cabeza de todo este mecanismo cooperativo está el Consejo Superior del Cooperativismo, constituido con las confederaciones nacionales y con las demás instituciones u organismos de asistencia técnica al cooperativismo (art. 76).

11.8 Disolución y liquidación

Estas sociedades cooperativas se disolverán en cualquiera de los siguientes casos:

- I. Por la voluntad de las dos terceras partes de los socios.
- II. Cuando los socios lleguen a ser menos de cinco.
- III. Por la consumación de su objeto.
- IV. Cuando el estado económico de la cooperativa no permita llevar adelante las operaciones.
- V. Por sentencia ejecutoria de la autoridad judicial competente (art. 66).

Decretada la disolución, los liquidadores, designados por la asamblea general, deberán presentar a la autoridad judicial competente el proyecto para liquidar la sociedad, mismo que, aprobado por dicha autoridad, servirá para entregar a los socios los remanentes que les correspondan (arts. 69 y 70).

Parece necesario dejar consignada aquí, la declinante importancia del cooperativismo en México, que en verdad conoció mejores tiempos al finalizar la primera mitad del siglo xx. Sin expresar opinión alguna sobre ello, pues no faltan voces que claman por un resurgimiento de este esquema socioeconómico con tintes de mercantilismo laboral, no es difícil apuntar las razones de tal estado de cosas:

- Retraimiento del crédito por parte de las instituciones financieras, en razón del abuso rayano en fraudes, por parte de las sociedades cooperativas.
- Supresión de tratamientos fiscales de preferencia.
- Endurecimiento de las exigencias en materia de seguridad social.
- Abuso de poder dentro de las cooperativas mismas, por parte de los órganos directivos.
- Desconocimiento del verdadero contenido de las leyes en materia de cooperativismo.

11.8 bis Las sociedades cooperativas de ahorro y préstamo

La *Ley de Ahorro y Crédito Popular*, publicada en el *DOF* del 4 de junio de 2001, vino a proclamar una novedosa forma de sociedades cooperativas, en este caso de ahorro y préstamo (arts. 38-40, actualmente derogados con la reforma publicada en *DOF* el 13 de agosto del 2009. Sin embargo, lo tomaremos como referencia para que el lector conozca la importancia que tuvieron estos numerales antes de la dicha reforma), cuyo único objeto debe ser el de realizar operaciones de ahorro y préstamo con sus socios. Examinense, a continuación, las características especiales de dichas entidades, que, como fácilmente se apreciará, marcan importantes diferencias con las antes examinadas en esta unidad:

- a) El acta constitutiva y sus modificaciones sólo deberán protocolizarse ante notario o corredor público (art. 38-I).
- b) Su personalidad jurídica surge a partir de la inscripción de su acta constitutiva en el correspondiente Registro Público de Comercio (art. 38-II).
- c) Sólo podrán operar con un mínimo de cien socios, cuando se trate de entidades con nivel de operaciones I, y de doscientos cuando sean entidades con nivel de operaciones II a IV (art. 38-III). Estos niveles de operaciones son asignados por la Comisión Nacional Bancaria y de Va-

- lores, de conformidad con ciertas reglas de orden financiero previstas por la Ley de que se trata y por las que al efecto emita la citada CNBV.
- d) Podrán participar como socios personas morales, salvo las Sociedades Financieras Populares (art. 38-IV).
 - e) Podrán realizar operaciones con personas que no sean socios, a condición de que se les permita participar con tal carácter dentro del plazo establecido en sus bases constitutivas, no superior a doce meses (art. 38-V).
 - f) Para operar, deberán ser dictaminadas favorablemente por una Federación autorizada al efecto por la CNBV y autorizadas por esta última para operar como entidades de ahorro y crédito popular (arts. 2o. y 3o.-VII).

Examinada en otro plano la actuación de estas cooperativas, se ha sugerido que se les trate, legal y fiscalmente, como si fueran bancos, puesto que realizan la intermediación financiera, y así se apuntó en el marco de la Primera Convención Nacional de Presidentes y Gerentes de Cooperativas de Ahorro y Crédito, celebrada a fines de 2007. Frente a ello, no faltaron voces en sentido contrario, por estimar que las cooperativas son propiedad de sus socios, no tienen fines de lucro y sus ganancias o beneficios se reinvierten, luego les afectaría desfavorablemente la aplicación de los impuestos con los que se gravan las operaciones de los intermediarios financieros.

Durante la citada Convención se informó, además, que estas cooperativas, en unión de las sociedades financieras populares, tenían cinco millones de clientes, otorgaban diariamente ciento cincuenta millones de pesos en créditos y el valor de sus activos era de cincuenta y cinco mil millones de pesos.

Jurisprudencia. Vía mercantil. Resulta procedente ésta y no la civil, cuando de acuerdo con los estatutos de una sociedad cooperativa, sus actividades son de ahorro y préstamo.

Segundo Tribunal Colegiado en Materia Civil del Décimo Sexto Circuito. Amparo directo 186/2007. Jorge Carlos Miranda Rojas. 4 de mayo de 2007. Unanimidad de votos. Ponente: Juan Manuel Arredondo Elías. Secretario: Manuel Francisco Hernández Acuña.

Jurisprudencia. Sociedades cooperativas de ahorro y préstamo. Tienen responsabilidad en las operaciones que sus empleados realicen en su nombre y que sean propias de la sociedad.

Quinto Tribunal Colegiado en Materia Civil del Tercer Circuito. Amparo directo 206/2005. José Luis Barajas Fernández. 19 de mayo de 2005. Unanimidad de votos. Ponente: Enrique Dueñas Sarabia. Secretaria: María Elvia Cano Celestino.

UNIDAD 11 *bis*

Otras sociedades

En la presente unidad incluimos las sociedades en nombre colectivo, en comandita simple y en comandita por acciones, las cuales, aunque en la práctica se encuentran en desuso, es necesario su estudio ya que nuestra legislación todavía las contempla en el art. 1o. de la *LGSM*. Es importante aclarar que este desuso es motivado, principalmente, por lo excesivo de las responsabilidades a que se ven comprometidos los socios, ya que en estas sociedades ellos tienen la obligación de responder no sólo con su aportación social, sino también con su patrimonio, sin importar si éste fue o no fruto o consecuencia de la misma sociedad.

En razón de lo anterior, resulta importante que los estudiantes conozcan de su existencia, por lo que a continuación las describimos de manera breve en las siguientes secciones de esta unidad.

11 bis.1 Sociedad en nombre colectivo

11 bis.1.1 Referencia histórica y concepto

La sociedad en nombre colectivo es la forma típica de la sociedad de personas o por interés, que surge en la Edad Media como consecuencia de la comunidad patrimonial de los herederos de un comerciante, quienes continuaban explotando la negociación del autor de la herencia toda vez que quedaba indiviso entre sus hijos. Esto es un círculo cerrado a los extraños, carácter que aún conserva en la actualidad. En tal tipo de sociedades se agrupan sus componentes, por lo general a miembros de una familia o dependientes de un comerciante para dedicar de manera integral su actividad al objeto de la sociedad.¹

Dicha sociedad se considera la más espontánea organización mercantil, por surgir del hecho natural de que los miembros de una familia trabajen en común o cuando varios amigos llevan a cabo una empresa o negocio.

La sociedad en nombre colectivo se puede crear a partir de un grupo de familiares o amigos que se ponen de acuerdo para llevar a cabo un trabajo común. Normalmente la actividad se realiza con personas que se conocen entre sí y que se tienen confianza; por ello, se dice que es un núcleo cerrado; sin embargo, esto implica repercusión en problemas de la vida personal de los socios, porque afectará la vida y desarrollo de la sociedad.

Para **Roberto Mantilla Molina**:

La importancia de la sociedad en nombre colectivo en la actualidad está en decadencia. En 1941 el número de las colectivas era 12.89% de las sociedades constituidas y el capital social de ellas era 3.22% de la cifra global de los capitales sociales.

En los últimos años es tan poca la importancia de la sociedad colectiva que la Dirección de Estadística no registra por separado los datos relativos de ella; en 1972, el número de colectivas —sumado al de comanditas simple o por acciones— es de *medio al millar* del número de sociedades, mientras que el capital fundacional de las tres clases de sociedades no alcanza a ser *un centésimo al millar* de lo invertido en la constitución de sociedades.²

En la actual legislación mexicana, la *LGSM* define en su numeral 25 a la sociedad en nombre colectivo como “aquella sociedad que existe bajo una

¹ Véase **Arturo Puente y Flores y Octavio Calvo y Marroquín**, *Derecho mercantil*, 27a. ed., Banca y Comercio, México, 1979, pág. 64.

² **Roberto L. Mantilla Molina**, *Derecho mercantil*, 29a. ed., Editorial Porrúa, México, 2000, págs. 261-262.

razón social y en la que todos los socios responden, de modo subsidiario, ilimitada y solidariamente de las obligaciones sociales”.

Las características fundamentales de esta sociedad son:

- La existencia de una razón social.
- La responsabilidad subsidiaria, ilimitada y solidaria de los socios.

La razón social es el nombre con el cual funcionará y que se integra con los nombres de todos los socios o con los de algunos de ellos, pero se agregan las palabras “y compañía” u otras equivalentes; además, cuando una persona extraña a la sociedad haga figurar o permita que figure su nombre en la razón social, queda sujeta a la responsabilidad subsidiaria, ilimitada y solidaria, que es la base de la organización y funcionamiento de dicha sociedad.

El ingreso o separación de un socio no impide que continúe la misma razón social, pero cuando el socio que se separa haya figurado en ésta, deberá agregarse la palabra “sucesores”. Igualmente deberá añadirse a la razón social dicha palabra cuando la razón social de una compañía hubiere servido a otra cuyos derechos y obligaciones se hayan transferido a una nueva sociedad.

Lo anterior significa que los socios responden de las deudas y obligaciones de la sociedad no sólo con los bienes de ésta, sino también con todo el patrimonio de ellos como personas físicas.

La responsabilidad subsidiaria es aquella que se tiene en segundo término para el caso de que, si se hace efectiva a una primera persona obligada, no ha podido obtenerse de ésta el pago. A su vez, la responsabilidad ilimitada es la que se obtiene de un modo amplísimo, sin reconocer un límite, mientras que la responsabilidad solidaria es aquella que se tiene por el total y no sólo por una parte, o sea, es la forma acostumbrada en que varias personas obligadas en una relación jurídica responden cada una por sí del total de una obligación y no la reparten proporcionalmente.

Es pertinente hacer notar que en la actualidad dicho tipo de sociedad se encuentra en desuso, debido a las responsabilidades previamente descritas que tienen los socios, pues éstas se pueden considerar excesivas; así, responden no sólo con su aportación social, sino además con su patrimonio, independientemente de si lo obtuvieron como consecuencia de la misma sociedad. Sin embargo, resulta necesario abordarla ya que se encuentra vigente en la *LGSM* en su art. 1o.

11 bis.1.2 Constitución

Esta sociedad se encuentra regulada en los arts. 25 al 50 de la *LGSM*. En primer lugar se requiere la autorización de la Secretaría de Economía para usar la denominación escogida por los socios, al igual que en la constitución de todas las sociedades. Para la constitución de la sociedad en nombre colectivo, se necesita que el contrato de sociedad se otorgue en escritura pública y se inscriba en el Registro Público y del Comercio.

Para formar parte de la sociedad, los socios están obligados a realizar una aportación, o sea, lo que el socio entrega para la formación del capital social. Dicho capital lo integran recursos que sirven para hacer posible el cumplimiento de los fines y objetivos de la sociedad. Asimismo, las aportaciones pueden ser no sólo en dinero, sino también en toda clase de bienes.

11 bis.1.3 Derechos y obligaciones de los socios

En esta sociedad, el socio cuenta con ciertos derechos que le otorga la ley, los cuales pueden ser:

- Corporativos, y
- Patrimoniales.

A. *Derechos corporativos*

Estos derechos son los que tiene el socio para influir en el destino de la sociedad, a saber:

1. *Derecho de información.* Es aquel en el que tanto los socios que funjan como administradores e incluso los que no detentan este cargo tienen la prerrogativa de estar enterados del desarrollo y el estado administrativo y contable de la sociedad. Si el socio administrador se negare a rendir cuentas y proporcionar la información requerida por los socios no administradores, estos últimos podrán acudir ante la autoridad judicial con el fin de que se les respete este derecho.
2. *Derecho de nombramiento y revocación.* Los socios establecen en la escritura constitutiva quién ejercerá la función de administración y representación de la sociedad. A su vez, los socios no administradores tienen derecho a nombrar un interventor para que vigile las actividades del administrador. Igualmente, los socios podrán revocar a los administrado-

res nombrados ya sea por medio de los procedimientos que hayan establecido en el acta constitutiva o mediante la votación de la mayoría de ellos.

3. *Derecho de voto.* Se considera que es el principal derecho corporativo de los socios; sin embargo, la forma de expresar el voto es diferente en cada tipo de sociedad. Así, en la sociedad en nombre colectivo, el voto es por cabeza, de manera que cada persona tiene un voto, aun cuando puede pactarse en el acta constitutiva que el voto sea en proporción a la participación en el capital. Si se pacta esto y un socio tiene una aportación de más de 50 %, para evitar que él tome las decisiones, se establecerá que cuando un socio tenga la representación de más de la mitad del capital de la sociedad, para obtener mayoría en cualquier decisión deberá contar por lo menos con otro voto.

B. Derechos patrimoniales

Son aquellos que tiene el socio para recibir parte de los beneficios económicos que produce la sociedad, entre los cuales se encuentra la *participación de las utilidades*, la cual considera que es el principal derecho de cada socio de la sociedad en nombre colectivo, en cuyo caso es posible pactar que alguno de los socios que la integran no participe en las pérdidas, pero en ningún momento se podrá eximir del derecho a disfrutar de las ganancias obtenidas.

Los socios no podrán ceder sus derechos sin el consentimiento de todos los demás y sin éste tampoco se pueden admitir otros nuevos, salvo que en uno u otro caso el contrato social disponga que será suficiente el consentimiento de la mayoría.

11 bis.2 Sociedad en comandita simple

11 bis.2.1 Referencia histórica y concepto

Para entender el concepto, nos permitimos citar las siguientes líneas de **Arturo Puente y Flores y Octavio Calvo y Marroquín:**

La sociedad en comandita simple tuvo su origen histórico en el contrato de comandita de mar y después se hizo extensivo al comercio terrestre. Por este contrato, una persona confiaba una suma de dinero (*commenda*) a un armador o comerciante para una empresa determinada, generalmente de compra de mer-

cancias, para su venta o exportación, corriendo el riesgo de una ganancia o pérdida. Fue en un principio este contrato un medio de interesar a la nobleza en las operaciones mercantiles, sin aparecer su actividad como una operación de préstamo con interés, con la cual tenía algunas semejanzas.³

La comandita tuvo gran boga en los primeros siglos de la edad moderna, ya que permitía que intervinieran sus capitales productivamente y obtuvieran provecho de las actividades mercantiles e industriales, quienes no podían directamente aparecer en ellas, por prohibírselo la ley o los prejuicios sociales (clero, nobleza, etc.).

Hoy en día la sociedad en comandita ha decaído, aún más que la colectiva. La sustituyen contratos más simples y desprovistos de requisitos formales, como la asociación en participación o la sociedad de responsabilidad limitada, en la cual todos los socios disfrutan de las ventajas que en la comandita sólo tiene un grupo de ellos —los comanditarios— y en la cual ninguno sufre las restricciones a las que están sujetos éstos en cuanto a la administración de la compañía.

En 1941 las sociedades en comandita simples representaban 2.7% de las sociedades, pero en 1950 sólo eran de 0.60%. Respecto a capitales, los invertidos en comandita simples en 1941 sólo ascendieron a 0.13% de la suma de los invertidos en sociedades, mientras que en 1966 únicamente se constituyó 1, con capital social de \$ 5 000.00 y en 1969 ninguna. Con ello resulta evidente el desuso de esta sociedad.⁴

En la *Ley General de Sociedades Mercantiles* hay dos clases de sociedades en comandita: la primera se denomina *sociedad en comandita simple*, regulada por los arts. 51 a 57, y la segunda *sociedad en comandita por acciones*, a la que se refieren los nums. 207 a 211. Esta última forma sólo se debe estudiar después de conocer el funcionamiento de la sociedad anónima, con la cual guarda una estrecha relación. En estas líneas sólo se estudiará la primera.⁵

Así mismo, la sociedad de comandita simple se define como la que existe con una razón social y consta de uno o varios socios comanditados que responden de manera subsidiaria, ilimitada y solidaria de las obligaciones sociales, y de uno o varios socios comanditarios que únicamente están obligados a pagar sus aportaciones (art. 51, *LGSM*).

³ Arturo Puente y Flores y Octavio Calvo y Marroquín, *ob. cit.*, pág. 59.

⁴ Roberto L. Mantilla Molina, *ob. cit.*, págs. 279-280.

⁵ Joaquín Rodríguez Rodríguez, *Derecho mercantil*. t. I, 10a. ed., Editorial Porrúa, México, 1972, pág. 73.

Las características fundamentales de dicha sociedad son las siguientes:

- La existencia de una razón social.
- La responsabilidad subsidiaria, ilimitada y solidaria de los socios comanditados.
- La responsabilidad limitada hasta el importe de su aportación de los socios comanditarios.

La razón social debe formarse con los nombres de uno o más socios comanditados, seguida de las palabras “y compañía” u otras equivalentes, pero si en ésta no figuraren todos los socios, deberá ir seguida de los vocablos “sociedad en comandita” o su abreviatura “S. en C.”. Cuando un socio comanditario o un extraño a la sociedad haga figurar o permita que figure su nombre en la razón social, quedará sujeto a igual responsabilidad que los comanditados. Lo mismo sucederá con los comanditarios, cuando se omita la expresión “sociedad en comandita”.

11 bis.2.2 Constitución

En cuanto a la forma de constituir esta sociedad, se siguen las mismas reglas que para la sociedad en nombre colectivo, con la única diferencia de que se debe manifestar expresamente quiénes son los socios comanditados y quiénes los comanditarios (art. 57, *LGSM*).

11 bis.2.3 Derechos, obligaciones y órganos de la sociedad

En relación con los derechos corporativos de la sociedad en comandita simple, existen algunas cuestiones que difieren de la sociedad en nombre colectivo, pues los socios comanditarios están limitados en los casos siguientes:

- a) Puede restringirse su derecho a informarse acerca de los libros y en general del estado de la administración de la sociedad, en las formas y épocas que establezcan los estatutos.
- b) No pueden ser administradores ni representantes.
- c) A diferencia de la sociedad descrita en la unidad anterior, en este tipo de sociedad los comanditarios no tienen la prohibición referente a participar en sociedades que tengan o perciban el mismo objeto. La razón de esto obedece a que los comanditarios no cuentan con el co-

nocimiento absoluto de la administración ni de los documentos de la sociedad.

- d) Los socios comanditarios pueden nombrar a un interventor para que vigile los actos de administración.
- e) Los comanditarios podrán ejercer actos de vigilancia, pero sin considerar que son actos de administración.
- f) Cuando en la escritura social no se hubiese determinado la manera de sustituir a un socio administrador, cuando la sociedad deba continuar en los casos de muerte o incapacidad de un socio administrador, podrá interinamente un socio comanditario —a falta de comanditados— desempeñar los actos urgentes o de mera administración durante un mes, contado desde que ocurriere la muerte o incapacidad y sin que en estos casos el socio comanditario tenga responsabilidad solidaria sino sólo la derivada de la ejecución de su mandato.

11 bis.3 Sociedad en comandita por acciones

11 bis.3.1 Referencia histórica y concepto

Roberto Mantilla Molina afirma al respecto: “La sociedad en comandita por acciones es una creación del moderno derecho francés; tuvo gran boga a principios del siglo pasado, como medio de eludir las restricciones que el mencionado derecho imponía a la sociedad anónima”.⁶ En la actualidad esto es rarísimo debido a los riesgos que corren los socios comanditados, porque responden de manera subsidiaria, ilimitada y solidaria.

La sociedad en comandita por acciones es la que existe con una denominación o razón social y consta de uno o varios socios comanditados que responden de manera subsidiaria, ilimitada y solidaria de las obligaciones sociales, así como de uno o varios socios comanditarios que únicamente están obligados al pago de sus acciones (art. 207, *LGSM*).

11 bis.3.2 Constitución

Al igual que en el resto de las sociedades ya descritas, corresponde a la Secretaría de Economía autorizar el nombre con el cual se registrará la sociedad, para posteriormente acudir a un fedatario público (ya sea un

⁶ Roberto L. Mantilla Molina, *ob. cit.*, pág. 439.

notario o un corredor), quien realizara el contrato societario y, por último, hacer el registro dentro del RPC, pues a partir de la inscripción surte efectos ante terceros. Para dicha constitución, será necesario que esta sociedad mercantil se integre al menos por cinco socios.

Las notas genéricas de la comandita simple son aplicables a la sociedad en comandita por acciones, pero difieren de ella en que los derechos de los socios están incorporados en acciones (arts. 207 y 209, *LGSM*). Sin embargo, los comanditados no pueden ceder sus acciones sin la aprobación de todos los de su clase y de las dos terceras partes de los comanditarios; esta restricción a la negociabilidad de las acciones les quita en realidad el carácter de tales.

Dicha sociedad puede actuar con una razón o denominación social; cuando se opte por una razón social, ésta deberá formarse con los nombres de uno o más socios comanditados, seguidos de las palabras “y compañía” u otras equivalentes cuando no figuren todos los de esa clase, así como de las palabras “sociedad en comandita por acciones” o su abreviatura “S. en C. por A.”.⁷

11 bis.3.3 Derechos y obligaciones de los socios

Las obligaciones de los socios comanditarios son idénticas a las de los socios de la anónima, pues únicamente se limitan al pago de sus acciones. Aparte de su aportación, los comanditados responden ilimitada y solidariamente de las deudas sociales y a no hacer competencia a la sociedad.

En cuanto a los socios comanditados, además de los derechos y obligaciones de un accionista ordinario, tienen derechos y obligaciones adicionales. Un primer derecho será figurar dentro de la razón social, en segundo lugar pueden participar en la participación de la sociedad, pero carecen de un derecho de libre cesión de sus acciones.

Una obligación adicional que tienen los socios comanditados es la referente a la responsabilidad ilimitada, la cual es no sólo por el monto de las acciones de las que es titular.

Los socios comanditarios no pueden ser administradores; por ende, los comanditados podrán fungir como administradores o en su caso nombrar a un extraño para que lleve a cabo esta función. En caso de que alguno de los socios comanditados sea administrador, éste tendrá la característica de ser revocable o irrevocable; sin embargo, cuando se trate de un extraño, éste únicamente podrá ser revocable.

⁷ Véase Arturo Puente y Flores y Octavio Calvo y Marroquín, *ob. cit.*, pág. 103.

UNIDAD 12

Disolución y liquidación de las sociedades mercantiles

12.1 Disolución

Conviene precisar, ante todo, que la disolución constituye una etapa previa a la liquidación de las sociedades, pero no necesariamente conduce a ella, pues, por ejemplo, la fusión requiere que la sociedad o sociedades que desaparecen para fusionarse con otra o para dar nacimiento a otra, se disuelvan, pero no que se liquiden.

12.1.1 Concepto

Por disolución ha de entenderse el hecho de que una sociedad quede impedida para seguir realizando su objeto social y, consecuentemente, la cesación de los administradores en sus cargos.

12.1.2 Causas de disolución total y parcial

Por disolución total debe entenderse, pues, la absoluta cesación del objeto social y, por tanto, de la actividad de los administradores, quienes no podrán

iniciar nuevas operaciones, so pena de responder solidariamente por las operaciones que en lo sucesivo efectúen (art. 233).

En cambio, es disolución parcial la que supone la separación de uno o varios socios, con reembolso del capital aportado, sin que se afecte la vida de la sociedad, que por lo demás llevará adelante su operación normal (arts. 206 y 220).

Ahora bien, esta separación del socio puede operar por exclusión forzosa del mismo, en los casos en que legal o estatutariamente proceda su separación, o bien de modo voluntario, igualmente cuando la ley o los estatutos la permitan, pero también, claro es, en caso de que la asamblea o junta de socios así lo acuerde (arts. 34, 38, 39, 50, 57, 71, 206 y 220).

La disolución total de las sociedades procede:

- I. *Por expiración del término fijado en el contrato social;*
- II. *Por imposibilidad de seguir realizando el objeto principal de la sociedad o por quedar éste consumado;*
- III. *Por acuerdo de los socios tomado de conformidad con el contrato social y con la ley;*
- IV. *En la S.A. porque el número de accionistas llegue a ser inferior al mínimo que la Ley establece, o porque las partes de interés se reúnan en una sola persona;*
- V. *Por la pérdida de las dos terceras partes del capital social" (art. 229).*

No carece de interés el mencionar aquí que el *Código de las Obligaciones* suizo (art. 736-4) concede a los socios que representen por lo menos el diez por ciento del capital social, el derecho de pedir la disolución por causas justificadas, si bien faculta al juez para adoptar alguna otra solución ajustada a las circunstancias y aceptable para los interesados.

Jurisprudencia. Con criterio por demás discutible, el Primer Tribunal Colegiado en Materia Administrativa del Tercer Circuito se pronunció, ciertamente por mayoría, en la ejecutoria que más abajo se mencionará, en el sentido de que una sociedad, en el caso por haber expirado el plazo estatutario de su duración, deja de existir si no se acuerda en tiempo la prórroga y, por lo mismo, no está legitimada para promover el juicio de amparo.

Opinión tal debe considerarse del todo desacertada, e incluso en cierto modo contraria a las disposiciones legales respectivas.

En efecto, aunque es cierto que la disolución de una sociedad mercantil opera *ex lege*, atento lo dispuesto por los arts. 229-I y 232, no menos lo es que a partir de que ello ocurra, debe procederse a la liquidación, sin que pueda iniciar nuevas operaciones (arts. 233 y 234), así como que, mientras no se inscriba

continúa

continúa

en el Registro Público de Comercio el nombramiento de los liquidadores, los administradores deben continuar en el desempeño de su encargo (art. 237). Pero además, y salvo acuerdo de los socios en otro sentido, los liquidadores deben llevar adelante la conclusión de las operaciones sociales pendientes, hacer efectivos los créditos a favor de la sociedad, pagar las deudas de la misma y, en suma, deben realizar toda una serie de actos en nombre de la sociedad (art. 242), lo que demuestra, más allá de toda duda, que dichas sociedades conservan personalidad jurídica para todos los efectos legales, salvo por lo que se refiere a la realización de nuevas operaciones, y así lo preceptúa, con toda claridad, el art. 244:

“Las sociedades aun después de disueltas, conservarán su personalidad jurídica para los efectos de la liquidación”.

Y no debe caber duda sobre que dichas sociedades pueden ser víctimas de una disposición que afecte sus derechos constitucionales, luego tampoco puede caberla sobre su legitimación para invocar la protección de la justicia federal.

“Amparo. Es improcedente el promovido por una sociedad mercantil jurídicamente inexistente”.

Primer Tribunal Colegiado en Materia Administrativa del Tercer Circuito. Amparo en revisión 58/2005. Balcones de Arcediano, S.A. de C.V. Mayoría de votos. 31 de mayo de 2005.

12.2 Liquidación

12.2.1 Concepto

La liquidación acarrea, como su nombre lo indica, dos actividades fundamentales, ahora a cargo de los liquidadores: *a)* el pago de las deudas sociales y el cobro de los créditos; *b)* el pago a los socios de la cuota de liquidación.

12.2.2 Órgano de liquidación: atribuciones y funciones

Como ha quedado dicho, los administradores, decretada la disolución, no pueden iniciar nuevas operaciones, por lo que deben entregar la operación de la sociedad a los liquidadores, sin perjuicio de que los administradores mismos se conviertan en liquidadores (art. 235), cuyo nombramiento debe hacerse por acuerdo de la asamblea o junta de socios, precisamente en el acto en que se acuerde o reconozca la disolución, pues, de otro modo, tal

nombramiento puede hacerlo el juez del domicilio social a petición de cualquier socio (art. 236).

El nombramiento de estos liquidadores, que pueden ser uno o más (art. 239), debe inscribirse en el RPC (art. 237).

En cuanto a la liquidación, se practicará con arreglo a lo que sobre este punto prevean los estatutos o a lo que decidan los socios (art. 240) y, a falta de todo ello, con arreglo a lo siguiente, una vez que los administradores entreguen a los liquidadores todos los bienes, libros, papeles y documentos de la sociedad, incluido un inventario del activo y del pasivo (art. 241):

- I. *Concluir las operaciones sociales que hubieren quedado pendientes al tiempo de la disolución;*
- II. *Cobrar lo que se deba a la sociedad y pagar lo que ella deba;*
- III. *Vender los bienes de la sociedad;*
- IV. *Liquidar a cada socio su haber social;*
- V. *Practicar el balance final de la liquidación, que deberá someterse a la discusión y aprobación de los socios, en la forma que corresponda, según la naturaleza de la sociedad. El balance final, una vez aprobado, se depositará en el Registro Público de Comercio;*
- VI. *Obtener del Registro Público de Comercio la cancelación de la inscripción del contrato social, una vez concluida la liquidación (art. 242).*

Por lo que se refiere a la forma en que se debe entregar a los socios la cuota de liquidación, ha de tenerse presente lo siguiente:

- Aun después de disueltas y durante la liquidación, las sociedades conservan su personalidad jurídica (art. 244).
- Concluida la liquidación, los liquidadores deben conservar en su poder, durante diez años, los libros, papeles y documentos de la sociedad (art. 245).
- En las sociedades de personas, y salvo disposición en otro sentido de los estatutos sociales o acuerdo de los socios, la cuota de liquidación podrá repartírseles con entrega de lotes formados con los bienes que constituyan el haber social (art. 246).
- En las sociedades anónimas, y siempre salvo disposición estatutaria o acuerdo de los accionistas en otro sentido, la cuota de liquidación se les entregará en efectivo, contra entrega de los títulos de sus acciones, y una vez aprobado el balance final, previa publicación del mismo por tres veces, de diez en diez días, en el periódico oficial del domicilio de la sociedad (art. 247).

12.2.3 Cancelación del registro

Vásquez del Mercado¹ examina la posibilidad de que la asamblea respectiva revoque el acuerdo de disolución anticipada, para lo cual invoca opiniones doctrinales que se inclinan por una u otra solución; se adhiere a la postura favorable, por estimar que, mientras no se hayan producido todos los efectos de una declaración de voluntad, como lo fue el acuerdo de la asamblea, tal declaración puede revocarse, máxime que no se ha realizado la extinción de la sociedad, y que conserva personalidad jurídica, por todo lo cual no se le puede negar el derecho de revocar su propia declaración de voluntad.

No es fácil compartir tal opinión. Ante todo, adviértase que los trabajos doctrinales que menciona **Vásquez del Mercado**, todos ellos de autores italianos, fueron elaborados con anterioridad a la entrada en vigor del Código Civil italiano de 1942, luego es muy dudosa su validez a la luz de la nueva legislación. Por otra parte, implícitamente el propio **Vásquez del Mercado** insinúa la inconveniencia de adoptar una postura como la que sostiene, que en primer lugar carece de fundamento legal y, además, supone que el acuerdo de disolución ya ha surtido algunos de sus efectos, sin mayor inconveniente, luego el volver hacia atrás, para resolver que la sociedad, en verdad ya falleciente, recupera todo su vigor, en algunos casos sería imposible, ante situaciones creadas a la luz de la disolución, y algunos ejemplos servirán para dejar claro lo anterior:

1. Ciertos acreedores aceptaron percibir sólo una parte de los saldos a su favor y extendieron los respectivos finiquitos. Cabría preguntarse si el dejar sin efectos el acuerdo de disolución supondría volver las cosas al estado que guardaban, y con ello tales acreedores readquirirían sus derechos originales.
2. La sociedad misma obtuvo pagos anticipados por parte de deudores que, como requisito, exigieron y obtuvieron un castigo de sus deudas. ¿Reasumirían la obligación de efectuar el pago con arreglo a su importe original?

¹ *Asambleas, fusión y liquidación y escisión de sociedades mercantiles*, 9a. ed., Editorial Porrúa, México, 2003, pág. 199.

- Entregadas las cuota de liquidación, y aprobado el balance final, los liquidadores deberán inscribir, en el RPC, la cancelación de los datos con arreglo a los cuales aparece inscrita la sociedad (arts. 242-IV y 248).
- Las sumas no cobradas por los accionistas en el transcurso de dos meses se depositarán, a favor de los mismos, en una institución de crédito (art. 249).

Aunque es controvertible la posibilidad de que una sociedad disuelta, esto es, en liquidación, pueda otorgar poderes, pues en principio, como ya se vio, está impedida de llevar adelante su objeto social, y sólo, a través de sus liquidadores, debe actuar en vista de la realización de sus activos fijos y circulantes, así como en el pago de sus deudas y cobro de los créditos a su favor, no es necesario desplegar un esfuerzo retórico para llegar a la conclusión de que necesitará acudir al auxilio de apoderados, precisamente para que auxilién a los liquidadores en su desempeño, ante la posibilidad de que los activos sean numerosos y de que la cobranza requiera de la actuación, precisamente, de especiales apoderados para pleitos y cobranzas.

Por lo mismo, resulta explicable la opinión sustentada por el Noveno Tribunal Colegiado en Materia Civil del Primer Circuito, en el amparo directo 5279/2000, Novacel, S.A. de C.V., el 26 de marzo de 2001:

“Si bien es cierto que las sociedades mercantiles, conforme a lo dispuesto en el artículo 229, fracción I, de la *Ley General de Sociedades Mercantiles*, se disuelven al fenecer el término fijado en el contrato social, sin embargo, si continúan operando, el poder que se otorgue con posterioridad a dicha expiración tiene plena validez legal, puesto que la conclusión del término previsto por el numeral citado no implica la desaparición total de la sociedad, debido a los compromisos que adquirió con anterioridad y continúan vigentes hasta su total solución.”

Jurisprudencia. Liquidador de una sociedad mercantil. Debe continuar en su encargo aun después de haber vencido el plazo de su nombramiento, hasta que entre en funciones el nuevamente nombrado.

Segundo Tribunal Colegiado en Materia Administrativa del Tercer Circuito. Amparo directo 32/2005. Guadalajara World Trade Center. 14 de octubre de 2005. Unanimidad de votos. Ponente: Enrique Rodríguez Olmedo. Secretaria: Claudia Patricia Guerrero Vizcaíno.

Fusión de las sociedades mercantiles

13.1 Concepto

Si bien nuestra ley no suministra un concepto de fusión, no es difícil inferirlo de las consecuencias que acarrea dicha institución legal: es la unión de la personalidad y patrimonio de dos o más sociedades. Por supuesto, la unión de los patrimonios plantea la de los activos y pasivos de las sociedades involucradas en la fusión.

De esta suerte, es posible que todas ellas desaparezcan, esto es, se disuelvan, para constituir una nueva, o bien que sólo desaparezca una o más, para incorporarse a la que sobrevivirá.

La práctica comercial mexicana viene mostrando, al igual que en otros países, una tendencia hacia la concentración de empresas, mediante diversos mecanismos jurídicos, como la fusión que aquí se examina, pero también con empleo de otras formas, como la adquisición de paquetes mayoritarios de acciones, asociaciones en participación, contratos de asociación estratégica, conocidos todavía en nuestro medio con la expresión inglesa *joint venture*, y algunas otras.

Según información periodística, durante 2004 las actividades comerciales en las que se operó el mayor número de concentraciones fueron las alineadas en la industria de la construcción de inmuebles, pero también en las de acero, minería, telecomunicaciones, alimentos y bebidas, con un total de ciento cuatro transacciones, en algunas de las cuales participaron fondos financieros de capital de riesgo. Por supuesto, no faltaron empresas extranjeras, si bien participaron en minoría.

13.2 Naturaleza jurídica

Una vez más con sustento en la concepción orgánica de las sociedades, se ha pretendido que la fusión supone la unión, con efectos semejantes a los del matrimonio, salvo el carácter de personas morales en el caso de las sociedades. Por supuesto, ni legal ni prácticamente podría justificarse la semejanza y, por tanto, no queda sino considerar que la fusión participa de una especial naturaleza jurídica, desconocida en otras manifestaciones del derecho, de modo especial si se atiende a que la sociedad o sociedades que se disuelven, en cambio, no se liquidan, pues conservan sus derechos y sus obligaciones frente a terceros, si bien conjuntamente con los derechos y obligaciones de las demás, y aun es posible que también permanezcan los mismos socios, en unión de los que figuraban como tales en las otras sociedades.

13.3 Clasificación

Dos son las formas en las que puede operar la fusión:

1. La llamada *fusión propia*, que es la consistente en que de las dos o más interesadas en la fusión, todas ellas se disuelven para dar nacimiento a una nueva.
2. La llamada *fusión por incorporación o impropia*, en la que una de las sociedades, llamada *fusionante*, absorberá la personalidad y patrimonio de las fusionadas.

13.4 Acuerdos de fusión

“La fusión de varias sociedades deberá ser decidida por cada una de ellas, en la forma y términos que correspondan según su naturaleza”, lo que, expresado en otros términos, significa que, según se trate del tipo social y,

especialmente, de las facultades de su órgano supremo, el acuerdo corresponderá a la naturaleza y estructura del capital y al mecanismo de votación.

Así, por ejemplo, en la sociedad de responsabilidad limitada no es preciso que se trate de una asamblea extraordinaria, pues respecto de dicho tipo social no existe la distinción entre la ordinaria y la extraordinaria. En cambio, si se trata de una sociedad anónima, el acuerdo debe adoptarse en una asamblea extraordinaria (art. 182-VII).

Ahora bien, estos acuerdos de fusión deben inscribirse en el RPC que corresponda a los domicilios sociales respectivos, y publicarse en el periódico oficial de cada uno de dichos domicilios. Además, cada una de las sociedades deberá publicar su último balance y las fusionadas, además, el sistema que establezcan para la extinción de sus pasivos (art. 223).

13.5 Contrato de fusión: efectos

El contrato —en la práctica conocido como pacto— de fusión es, como su nombre lo indica, la serie de cláusulas en las que se consigna la forma en la que ha de operar la fusión; el tratamiento que se dará a los diversos capitales sociales, que en la práctica suelen sumarse para constituir el de la sociedad resultante de la fusión; la situación de los socios, que podrán conservar su carácter en la fusionante o la que resulte del mecanismo de fusión; los nuevos derechos y obligaciones de los socios; la forma en la que se hará frente a los pasivos de las diversas sociedades; la ratificación o revocación de los poderes conferidos por las sociedades que habrán de desaparecer, etcétera.

Como es de suponerse, en caso de que todas las sociedades se fusionen para dar nacimiento a una nueva, la constitución de esta última deberá ajustarse al régimen legal que corresponda al tipo de sociedad que se adopte (art. 226).

Por lo que se refiere a los efectos del pacto de fusión, es posible que se surtan en dos formas:

- Tres meses después de efectuarse la inscripción registral;

“Durante dicho plazo, cualquier acreedor de las sociedades que se fusionan podrá oponerse judicialmente, en la vía sumaria, a la fusión, la que se suspenderá hasta que cause ejecutoria la sentencia que declare que la oposición es infundada. Transcurrido el plazo señalado sin que se haya formulado oposición, podrá llevarse a cabo la fusión, y la sociedad que subsista o la que resulte de la fusión, tomará a su cargo los derechos y las obligaciones de las sociedades extinguidas” (art. 224).

- En el momento de la inscripción registral,

“... si se pactare el pago de todas las deudas de las sociedades que hayan de fusionarse, o se constituyere el depósito de su importe en una institución de crédito, o constare el consentimiento de todos los acreedores. A este efecto, las deudas a plazo se darán por vencidas” (art. 225).

- Casi resulta innecesario apuntar que, en la práctica mexicana, invariablemente se consigna, en el pacto de fusión, el pago de todas las deudas de las sociedades fusionadas, con lo cual se obtiene que la fusión surta efectos inmediatos.

Si bien con frecuencia se ha sostenido que como consecuencia de la fusión, opera una cesión a la fusionante, de los créditos preexistentes a favor de la sociedad fusionada, el Decimoprimer Tribunal Colegiado en Materia Civil del Primer Circuito ha sostenido, en el amparo directo 659/2003, Guadalupe Roberto Hernández Palacios y otra, resuelto el 31 de octubre de 2003, que no es así, para lo cual razonó en la siguiente forma:

“... si una persona moral se extingue y es absorbida por otra que subsiste, esta última es adquirente de la posesión o de la propiedad de los bienes que pertenecían a la sociedad que dejó de existir por una simple transmisión o traslado, en la inteligencia de que esa transferencia patrimonial es consecuencia de la fusión que se verificó entre las dos empresas, es decir la causa fue la fusión y el efecto la transmisión de los bienes propiedad de la persona extinguida... por tanto, la adquisición de uno o varios créditos por una sociedad que absorbió a otra por medio de una fusión, no debe interpretarse como una cesión que ésta haya hecho a aquélla, porque el traslado patrimonial operó por la sola fusión...”

Jurisprudencia. Poder especial. El otorgado para demandar a una sociedad mercantil, si ésta se fusiona a otra, puede utilizarse para enjuiciar a la empresa fusionante.

Segundo Tribunal Colegiado en Materia Civil del Sexto Circuito. Amparo directo 12/2003. Ricolino, S.A. de C.V. 7 de febrero de 2003. Unanimidad de votos. Ponente: Ma. Elisa Tejada Hernández. Secretario: Enrique Baigts Muñoz.

13.6 Inscripción en el Registro Público de Comercio

Como quedó expuesto, los acuerdos y el pacto de fusión deben inscribirse en las oficinas del RPC correspondientes a los diversos domicilios sociales.

Pues bien, en cualquiera de las dos formas en las que puede operar la fusión, los efectos de la misma sólo se surten, frente a terceros, una vez que se haya efectuado la multicitada inscripción (arts. 224, 225 y 226).

Consecuencia lógica y necesaria de la fusión es la pérdida de la personalidad jurídica por parte de las sociedades fusionadas, a pesar de que, como se ha visto, las mismas no se liquidan. Una importante consecuencia de ello es la de que automáticamente quedan también sin efectos los poderes que hayan conferido, pues resulta válido equiparar la pérdida de personalidad social con la muerte del mandante, prevista por el *C.Civ.* como causal de terminación del mandato (art. 2595-III). Por lo demás, así lo ha reconocido el Tercer Tribunal Colegiado del Decimosexto Circuito en el amparo en revisión 235/2000 Distribuidora Alda, s.A. de c.v. y otro, resuelto el 23 de noviembre de 2001:

“Consecuentemente, las sociedades fusionadas no conservan esa personalidad jurídica para continuar con la conclusión de sus operaciones, lo que es propio de la liquidación y, por tanto, los mandatos otorgados antes de la fusión carecen de validez, salvo que en el pacto de fusión se acuerde su eficacia por tiempo determinado o condición.”

13.6 bis El moderno auge de las fusiones

El moderno mundo del comercio, en todas sus formas, viene experimentando lo que podría calificarse como fiebre de las concentraciones, con todas sus consecuencias, favorables algunas, pero perjudiciales otras, con la esperada circunstancia de que son las empresas grandes las que absorben a las pequeñas, mediante el antes examinado mecanismo de la absorción.

A favor de tan interesante fenómeno, se ha dicho que con tales fusiones se estimulan las llamadas *economías de escala*, que propician los importantes procesos productivos con un mayor grado de eficiencia y economía de operación.

Otra corriente, en cambio, no oculta su parecer en el sentido de que el fortalecimiento de las empresas no es sano, pues limita la competencia y, además, asumen la capacidad de imponer sus intereses sobre los que asisten a los consumidores.

Por su parte, los Estados no pueden por menos que ver con preocupación este auge de las fusiones, ante las dificultades que plantea la regulación de las mismas, a tal grado que en ocasiones se ha dicho, no sin razón, que el poderío económico de las grandes empresas permea las políticas guber-

nativas, a tal grado que los Estados mismos acusan ciertos temores de orden administrativo, legislativo y aun judicial, y todo ello sin contar con el frecuente burocratismo estatal con sus devastadoras consecuencias.

Así, durante el segundo semestre de 2007, se dieron a conocer, dentro del ámbito mundial, datos tan interesantes como los siguientes: se habían operado, sólo durante ese año, 2,262 fusiones, con un valor involucrado de dos billones treinta y nueve mil millones de dólares, lo que equivalió a 2.4 veces el producto interno bruto de nuestro país.

Por supuesto, a todo ello no son ajenas las entidades financieras, que desempeñan un papel cada vez más activo, al brindar líneas de financiamiento apropiadas, mediante, claro es, suficientes y sólidas garantías.

UNIDAD 14

Transformación de las sociedades mercantiles

14.1 Concepto

El concepto de transformación lo suministra la propia *LGSM* al disponer que “Las sociedades constituidas en alguna de las formas que establecen las fracciones I a V del artículo 1o. podrán adoptar cualquier otro tipo legal. Así mismo, podrán transformarse en sociedad de capital variable” (art. 227), de donde resulta que la transformación se ajusta a un doble concepto: modificación del tipo social o adopción de la modalidad de capital variable, que se examinará *infra*, 14.3.

14.2 Diferencias y semejanzas con la fusión

Aunque los efectos de la transformación guardan respetable distancia con los de la fusión, las escasas semejanzas han dado lugar a que sean aplicables, a la primera de ellas, las reglas expuestas en la unidad que antecede, respecto de la fusión.

Sin embargo, es fácil apreciar las semejanzas y las diferencias; véanse primeramente las segundas:

- La fusión supone la preexistencia de varias sociedades con sus respectivas personalidades y patrimonios, al paso que la transformación sólo plantea la existencia de una sociedad.
- Es posible que la fusión no conduzca a la adopción de un nuevo tipo social, cuando, como es frecuente, todas las sociedades participantes hayan tenido el mismo tipo de la que subsista o de la que resulte. Por el contrario, la transformación conduce, necesariamente, a la modificación del tipo social.
- La multiplicidad de patrimonios, créditos, deudas y socios, propia de la fusión, no se presentará en la transformación.

Como semejanzas pueden apuntarse las siguientes:

- El acuerdo deberá tomarse por el órgano que corresponda según el tipo social de que se trate.
- Dicho acuerdo deberá inscribirse en el RPC y publicarse en el periódico oficial del domicilio de la sociedad.
- Habrá de efectuarse la publicación del último balance e informarse sobre el sistema establecido para la extinción del pasivo.
- La transformación surtirá efectos tres meses después de la inscripción registral, o bien de inmediato, si se precisa que todas las deudas sociales se pagarán conforme a lo estipulado respecto de cada una de ellas.
- La adopción del nuevo tipo social se ajustará a los requisitos de constitución respectivos.

14.3 Cambio de capital fijo a variable

Como antes se dijo, también la reforma del régimen adoptado para el capital social y su modificación de fijo a variable, supone la transformación de la sociedad (art. 227).

La variabilidad del capital plantea la existencia de dos segmentos del capital social: la porción fija y la parte variable. Esta última es "... susceptible de aumento por aportaciones posteriores de los socios o por admisión de nuevos socios, y de disminución... por retiro parcial o total de las aportaciones, sin más formalidades que las establecidas..." en el capítulo formado por los arts. 213 a 221 de la *LGSM*.

Lo anterior supone que dicha parte variable del capital no puede aumentarse o reducirse sino en la forma especificada, o sea que no podrá incrementarse, por ejemplo, como resultado de la capitalización de activos o de pasivos, y tampoco podrá reducirse para absorber pasivos (art. 213).

14.4 Consecuencias

Varias e importantes son las consecuencias de que una sociedad sea de capital variable:

- Se registrará por las disposiciones que correspondan al tipo social respectivo, pero, en lo que se refiere a la presentación de balances y a las responsabilidades de los administradores, por las reglas establecidas para la sociedad anónima, con las salvedades que resulten de lo que más adelante se expondrá (art. 214).
- “A la razón social o denominación propia del tipo de sociedad se añadirán siempre la palabras ‘de capital variable’ ” (art. 215). Sin embargo, es necesario dejar constancia de que, en la práctica mexicana, pacíficamente se han venido empleando dichas palabras en forma abreviada, esto es, “de c.v.”.
- En los estatutos deberán establecerse las condiciones que se fijen para el aumento y la disminución del capital social, así como, en las dos sociedades por acciones que reconoce nuestra ley, los aumentos y la forma y términos en que habrán de hacerse las emisiones de acciones, habida cuenta de que, ante el silencio estatutario, ello requerirá acuerdo de la asamblea extraordinaria. Aquí, una vez más, conviene dejar constancia de que la práctica mexicana generalizada es la de conferir estatutariamente estas facultades a la asamblea ordinaria o al órgano de administración (art. 216).
- En caso de que las acciones representativas del segmento variable del capital no se hayan emitido, configurarán las llamadas *acciones de tesorería*, que se entregarán a medida que se vayan suscribiendo (art. 216).
- En las sociedades de capitales, así como en la de responsabilidad limitada, habrá de fijarse un capital mínimo, en el que no existirá el derecho de retiro, que no será inferior a los legalmente establecidos para dichas sociedades. En cambio, las sociedades colectiva y comandita simple deberán adoptar, como capital mínimo, una cifra no inferior a la quinta parte del capital inicial o fundacional (art. 217).
- Aunque nuestra ley parte del supuesto de que existirá un capital autorizado, que es la cifra máxima de la porción variable del capital, lo cierto

es, para dejar consignada una vez más la práctica mexicana, que es frecuente la estipulación en el sentido de que este capital autorizado es ilimitado. Ahora bien, cuando estatutariamente se determine el importe máximo del capital autorizado, el mismo sólo podrá anunciarse conjuntamente con la cifra del capital mínimo, pues de otro modo los administradores culpables de la omisión, o cualquier otro funcionario a quien la misma le sea imputable (art. 217) serán responsables de los daños y perjuicios que se causen.

14.5 Derechos de los socios y de los acreedores

Aunque en principio nuestra Ley no impone el derecho de preferencia, por parte de los suscriptores del capital fijo, para suscribir acciones del capital variable, pues recuérdese que este último es susceptible de aumento por admisión de nuevos socios (art. 213), sería plenamente válida la cláusula que estableciera el citado derecho de preferencia.

En cambio, no es legalmente admisible la posibilidad de ejercitar el derecho de separación cuando se trate del capital mínimo, precisamente en razón de que se trata de una cifra fija, que sólo podría modificarse mediante una reforma a los estatutos sociales (art. 182-III).

Por lo que se refiere a los acreedores, conviene precisar que, a menos que los estatutos dispongan otra cosa, no les asiste el derecho de oponerse a cualquier reducción del capital, dentro de la cifra variable, por cuanto, como se ha dicho varias veces, las reducciones del mismo pueden llevarse a efecto sin más formalidades que las antes apuntadas (art. 213).

Finalmente, también es posible que, en caso de que una sociedad anónima haya emitido obligaciones, las mismas sean convertibles en acciones del tantas veces mencionado capital variable, en cuyo caso los obligacionistas tendrán derecho de exigir el canje respectivo con arreglo a los términos del acta de emisión y de los títulos de las obligaciones, en la inteligencia, además, de que los obligacionistas podrán oponerse validamente a cualquier acuerdo que perjudique sus derechos (art. 210 *bis*-I, II, V y VI, *LGTOC*).

UNIDAD 15

Escisión de las sociedades mercantiles

15.1 Concepto

Huérfana de regulación durante muchos años, esta figura hizo su aparición legal a fines del siglo xx, ante la necesidad de establecer el mecanismo de una figura que en la práctica se había presentado con anterioridad.

De este modo, el concepto de escisión lo suministra la propia *LGSM*: “Se da la escisión cuando una sociedad denominada escidente decide extinguirse y divide la totalidad o parte de su activo, pasivo y capital social en dos o más partes, que son aportadas en bloque a otras sociedades de nueva creación denominadas *escindidas*; o cuando la escidente, sin extinguirse, aporta en bloque parte de su activo, pasivo y capital social a otra u otras sociedades de nueva creación” (art. 228 *bis*).

15.2 Formas

De la transcrita definición resulta que este fenómeno social configura exactamente lo contrario de la fusión, a pesar de algunas semejanzas entre am-

bas, como lo es la posibilidad de que la escidente, sin desaparecer, dé nacimiento a una o más sociedades, o bien la de que la misma sociedad desaparezca en su totalidad, para propiciar el surgimiento de otras.

A la primera posibilidad se le conoce como escisión imperfecta, mientras que la segunda es perfecta, por cuanto la escidente desaparece para dar lugar a otras de nueva creación.

15.3 Sociedades que participan

De lo dicho se infiere que la escisión plantea la existencia, en un primer momento, de la sociedad escidente y, más adelante, al operar esta figura jurídica, la aparición de otra u otras que, en calidad de escindidas, recibirán el total o parte del activo, pasivo y capital social de la primera.

Parece conveniente dejar precisado que las escindidas deben ser de nueva creación, pues de otro modo no se daría la figura de la escisión, sino otras, como la de cesión de créditos, de deudas, de activos, traspaso de cartera y otras; recuérdese, además, que igualmente es preciso que opere la transferencia de la totalidad o parte del capital social, y con ello la calidad de accionistas, quienes ahora lo serán de las escindidas.

15.4 Semejanzas y diferencias con la fusión

Si bien se expresó (*supra* 14.1) que son apreciables algunas semejanzas y diferencias entre esta escisión y la fusión antes examinada, es ilustrativo añadir otras:

- En ambos casos se requiere acuerdo de la asamblea extraordinaria (arts. 182-XI y 228 *bis*-I).
- La escisión sólo es posible cuando las acciones o partes sociales de la escidente se encuentren totalmente pagadas, lo que no es preciso en la fusión (II).
- Tanto en uno como en otro caso, los acreedores pueden oponerse judicialmente a que opere cualquiera de las figuras de que se trata.
- Mientras que en la fusión la sociedad subsistente, o la que resulte de la fusión, absorbe la personalidad, capital, activos y pasivos de las fusionadas, en la escisión ocurre exactamente lo contrario, puesto que, como varias veces se ha dicho, la personalidad, patrimonio, capital, activos y pasivos de la escindida se dividirán entre la escidente y las de nueva creación, o bien sólo entre estas últimas.

15.5 Derechos de los acreedores

- En caso de que algunos acreedores no hayan dado su consentimiento expreso con la escisión, la escidente, en su caso, y las demás escindidas responderán solidariamente de las deudas respectivas, durante los tres años siguientes a la última de las publicaciones que más adelante se mencionarán, hasta por el importe del activo neto que se les haya asignado, pero la escidente que haya subsistido seguirá respondiendo por la totalidad de los créditos (IV-d).
- A efecto de que los acreedores sociales queden impuestos de la escisión, la misma deberá protocolizarse ante notario o corredor público e inscribirse en el RPC respectivo y publicarse en la gaceta oficial, así como en uno de los periódicos de mayor circulación en el domicilio de la escidente, con indicación de que el texto completo del acuerdo se encuentra a su disposición durante los cuarenta y cinco días naturales siguientes a la última publicación (V).
- Dentro del indicado plazo, cualquier acreedor está facultado para formular oposición judicial, en cuyo caso la escisión se suspenderá mientras no se dicte sentencia firme, salvo que se llegue a un convenio, y a condición de que quien se oponga otorgue fianza para responder de los daños y perjuicios que se ocasionen con la suspensión (VI).

15.6 Derechos de los socios

- Cada uno de ellos tendrá, inicialmente, una proporción en el capital social de las escindidas, igual a la que tenga o haya tenido en la escidente (III).
- Los administradores de la escidente deben informar a los socios, reunidos en asamblea, sobre las operaciones que se realicen en tanto surte efectos la escisión (IV-c).
- Están facultados, siempre que reúnan por lo menos el veinte por ciento del capital social, para oponerse judicialmente a la escisión, en la forma y con las consecuencias mencionadas *supra*, 15.5 (VI).
- También se apuntó que quienes hayan votado en contra de la resolución tienen derecho de separarse de la sociedad, en la forma y términos dispuestos por el art. 206, examinado *supra*, 15.6 (VIII).

15.7 Consecuencias

Satisfechos los requisitos y transcurrido el plazo de cuarenta y cinco días naturales al que antes se hizo referencia, "... la escisión surtirá plenos efectos; para la constitución de las nuevas sociedades, bastará la protocolización de sus estatutos y su inscripción en el Registro Público de Comercio" (VII).

En caso de que se extinga la escidente, deberá solicitarse la cancelación de su inscripción en dicho RPC (IX).

Por último, cuando en una parte del capital social de las escindidas figuren acciones de aporte, no se aplicará lo dispuesto por el art. 141, o sea que tales acciones no quedarán depositadas en las nuevas sociedades, luego deberán entregarse de inmediato a sus titulares, sin duda por razón de que el verdadero correlato en capital social, de los bienes aportados, se tuvo en cuenta al acordarse la escisión (X).

UNIDAD 16

Agrupaciones de sociedades

16.1 Grupos de sociedades

Aunque sería más propio emplear cualquiera de las expresiones modernas, como *agrupaciones de sociedades* e incluso *uniones de empresas*, la verdad es que con cualquiera de ellas se intenta denotar la existencia de nexos contractuales, y tal vez corporativos, entre dos o más sociedades, que dan como resultado la configuración de comunes intereses económicos, lo que en principio nada tendría de particular, si no fuera porque, como consecuencia de ello, pudieran verse negativamente afectados los intereses de los acreedores, de los socios mismos y, frecuentemente, los que en los últimos tiempos se han venido otorgando a los consumidores.

Conscientes de ello, los Estados, ya a fines del siglo XIX, pero especialmente en el curso de la segunda parte del XX, se han dado a la tarea de expedir leyes reguladoras, y en ocasiones restrictivas, de la constitución y actuación de estas uniones de empresas. Un buen ejemplo de tal preocupación lo constituye, en los Estados Unidos de América, la conocida como *Ley Sherman*,

por el nombre de su más conocido impulsor, a fines del siglo XIX, y en nuestro país, la *Ley Federal de Competencia Económica*.

16.2 Sociedad controladora (*holding*)

Con más propiedad debería emplearse, y de hecho así ocurre con frecuencia, el vocablo *tenedora*, puesto que se trata de la sociedad titular de la mayor parte del capital social de las también conocidas como *filiales*.

Se trata, para decirlo de una vez, de que las facultades decisorias corresponden a dicha tenedora y, por tanto, indirecta pero efectivamente, a los accionistas de esta última.

No puede por menos que reconocerse la utilidad práctica de este control vertical, pues permite el concentrar las decisiones de las filiales, en cuanto, como ocurre con frecuencia, desarrollan actividades adecuadamente encaenadas: diseño-fabricación-aprovisionamiento-venta de primera mano-comercialización, etc., lo que indudablemente acarrea una considerable economía de tiempo y de recursos.

16.3 Control de sociedades

Ahora bien, el control de las sociedades puede operar en dos formas: *a)* horizontal; *b)* vertical.

Existe el control horizontal cuando, sin operar una coparticipación accionaria entre los socios de la controladora y de las controladas, se configure el predominio jurídico de la primera sobre las demás, por virtud de uno o varios contratos de la más diversa índole:

- *Joint venture*, conocido también como alianza estratégica o unión temporal, que supone la operación de una actividad industrial o comercial determinada por parte de la controladora, la que a su vez dispone para ello de las aportaciones técnicas, jurídicas, operativas e incluso tal vez financieras, de las demás sociedades, que en principio se constituyen exclusivamente para realizar las respectivas aportaciones, o bien limitan a ello su actividad. El caso contemporáneo más frecuente de este supuesto es el de las licitaciones públicas o privadas para construir un complejo industrial, profesional, comercial, etc., mediante un contrato de “llave en mano”, en cuyos términos la sociedad adjudicataria de la licitación se compromete a diseñar, construir y entregar en operación el complejo

objeto del contrato, pero es el caso que no dispone directamente de los elementos humanos, técnicos y financieros para ello, lo que le obliga a subcontratarlos con las sociedades respectivas, respecto de las cuales, obviamente, ejercerá el control horizontal de que se trata.

- Franquicia, contrato que, como es sabido, permite a la sociedad franquiciante limitar varios de los aspectos operativos de la franquiciataria, como las fuentes de aprovisionamiento, la publicidad, la reventa de ciertos productos, etc., sin necesidad de ejercer un predominio corporativo o administrativo, y con todo ello se configura también el control horizontal.
- Distribución, agencia, exclusiva y otros, contratos que, como es fácil de suponer, con frecuencia requieren de ciertos pactos como el de zonas de operación, mínimos de venta, precios de reventa y otros, que la controladora se reserva, en unión de los medios de transporte de los bienes objeto del contrato. Pues bien, todos esos límites a la libertad de acción de las demás sociedades implican una nueva forma de control horizontal de ellas.

Mas como se apuntó, la práctica ofrece otras muchas formas de este control, por demás frecuentes en ciertos mecanismos contractuales, como la asociación en participación, la comisión mercantil y otros.

En cambio, el control vertical ofrece, en principio, una sola forma, consistente en la tenencia, por parte de la controladora, de la mayoría o de la totalidad de las acciones representativas del capital social de las controladas, lo que, por razón natural, atribuye a la primera, invariablemente, el derecho de decidir la suerte de las controladas, mediante su voto mayoritario.

Ahora bien, todos estos mecanismos confluyen en la constitución de las agrupaciones de empresas, en la práctica y en la doctrina conocidas con diversas expresiones: concentraciones, carteles, consorcios, *trusts*, asociaciones estratégicas y otras, en la inteligencia de que algunas de ellas son temporales, mientras que otras desempeñan un papel de definitividad, sin que sean raras las que persiguen un propósito extintivo, de modo especial en el caso de las fusiones

En otro orden de ideas, es importante recordar aquí que a los modernos Estados viene preocupando, desde fines del siglo XIX, este fenómeno de globalización comercial, no solamente por las grandes concentraciones de poder financiero que suponen, sino también porque tal preponderancia suele ser la causa de perniciosos efectos sociales y aun políticos, que en ocasiones trascienden las fronteras de los países. Pero además, también han sido frecuentes las consecuencias devastadoras que estas agrupaciones empresaria-

les acarrean en la libre competencia, pues conducen a los monopolios industriales y comerciales, que contribuyen al exterminio de la libertad de elección por parte de los consumidores, a la desaparición de empresas, al acaparamiento de satisfactores y a la imposición de precios.

De ese modo, en varios países se han dictado regulaciones para limitar la constitución de estas uniones de empresas y para acotar sus actividades. Tal ocurre, por ejemplo, en Argentina, mediante la adición que se operó hace varios años a su *Ley de Sociedades Comerciales*, con un capítulo sobre los contratos de colaboración empresaria; en Uruguay, cuya *Ley de Sociedades Comerciales* incluye un capítulo sobre los consorcios; en Francia, mediante la expedición, hace muchos años, de la *Ley de Agrupaciones de Interés Económico*; en Brasil, país que regula este fenómeno con la *Ley sobre Consorcios* y, finalmente, en España, mediante la *Ley de Agrupaciones de Interés Económico*.

Nuestro país siguió un camino diverso y optó por legislar sobre esta materia con la mira puesta en toda clase de actividades que restrinjan la libre competencia, incluidas, por supuesto, las uniones de empresas, y de ese modo se publicó, en el *DO* correspondiente al 24 de diciembre de 1992, la *Ley Federal de Competencia Económica*.

16.4 Agrupaciones financieras

La reconocida importancia de las actividades que realizan las entidades financieras de todo tipo dio lugar a que en nuestro país, como ya había ocurrido en otros, se admitiera y regulara la configuración de estas agrupaciones, mediante el sistema de control vertical, y en el *DO* de la Federación del 18 de julio de 1990 se publicó la *Ley para Regular las Agrupaciones Financieras*, en cuyos términos las entidades respectivas, que pueden ser instituciones de crédito, aseguradoras, afianzadoras, arrendadoras financieras, casas de bolsa, etc., están controladas por un tenedora, cuya actividad y fin exclusivo son, precisamente, los de realizar todas las actividades inherentes al manejo de las controladas, en el capital social de las cuales debe ostentar la mayor parte, o bien la totalidad.

16.5 Sociedades con inversiones de capital cruzadas

Este fenómeno, por lo demás poco frecuente en el medio societario mexicano, plantea una inesperada aunque jurídicamente lógica consecuencia. En

efecto, se trata, como es de suponerse, de que dos sociedades son tenedoras de una parte más o menos importante de sus respectivos capitales sociales, con lo cual, en el terreno puramente corporativo, opera una interrelación de mandos. La consecuencia jurídica reside en que, por cuanto el capital social es siempre un pasivo más o menos diferido a cargo de la emisora y a favor de sus accionistas, resulta que ambas sociedades son deudoras y acreedoras recíprocas, luego en estricto sentido opera la compensación, y con ello los capitales sociales respectivos presentan un alto grado de virtualidad, con posibles efectos perniciosos para los demás socios y frente a terceros.

Empero, no existe disposición alguna que prohíba o restrinja estas inversiones recíprocas, salvo la posibilidad que con ellas se encubran conductas que incurran en las prohibiciones que establece la *LFCE*, o bien ante la posibilidad de que opere la simulación.

UNIDAD 17

Sociedades extranjeras

17.1 Nacionalidad de una sociedad. Criterios para determinarla

Aunque teóricamente podría asignarse a una sociedad mercantil la nacionalidad que tengan la mayoría de sus socios, o bien la que corresponda a la procedencia de la mayoría del capital social, sin descontar la del lugar en el que tenga su principal establecimiento o centro de negocios, la verdad es que todo ello ofrecería serias dificultades prácticas y, primordialmente, de orden sustantivo, procesal y jurisdiccional.

Indudablemente por tal razón, las modernas legislaciones han optado por acudir a un doble criterio de índole confesadamente formalista, que es, cabalmente, el sustentado por nuestra *Ley de Nacionalidad* (DOF, 23 de enero de 1998): “Son personas morales de nacionalidad mexicana las que se constituyan conforme a las leyes mexicanas y tengan en el territorio nacional su domicilio legal” (art. 8o.).

17.2 Análisis de la Ley de Inversión Extranjera. Requisitos que exige la ley mexicana para que las sociedades mercantiles extranjeras puedan ejercer el comercio

Para juzgar sobre las posibilidades y la situación jurídica de la actuación de sociedades extranjeras en el territorio nacional, así como de las mexicanas en el extranjero, deben examinarse con cuidado los tratados de libre comercio celebrados por nuestro país, así bilaterales como multilaterales, pero también los tratados, usualmente bilaterales, sobre estímulos y protección recíproca de las inversiones, pues, como es bien sabido, todos ellos son “ley suprema” en el país (art. 133, *CPEUM*).

Es necesario, ante todo, dejar sentado que en nuestro sistema jurídico se reconoce personalidad a las sociedades mercantiles extranjeras, a condición de que estén legalmente constituidas en su país de origen (art. 250 *LGSM*), lo que no necesariamente significa que puedan ejercer el comercio dentro del territorio nacional.

Sobre el punto, recuérdese (*supra*, 4.4.1-C) que el *C.Com.* (art. 13) condiciona la actuación de los comerciantes extranjeros a lo convenido en los tratados con sus países y a las disposiciones legales en materia de extranjería, así como que, por cuanto hace a las sociedades extranjeras, las somete a lo dispuesto en el propio ordenamiento mercantil —entiéndase la *LGSM*— en lo tocante “... a la creación de sus establecimientos dentro del territorio nacional, a sus operaciones mercantiles y a la jurisdicción de los tribunales de la nación” (art. 15, *C.Com.*).

Pues bien, el principal de los requisitos fijados a las sociedades extranjeras para ejercer el comercio es el consistente en su inscripción en el RPC, previa autorización al efecto de la Secretaría de Economía, otorgada en los términos de los arts. 17 y 17-A de la *Ley de Inversión Extranjera* (art. 251, *LGSM*).

Ello por cuanto hace a las sociedades extranjeras no sujetas a una autorización específica, pues otras hay, en cambio, que sí la precisan, como es el caso de las reaseguradoras extranjeras (art. 28 de la *Ley General de Instituciones y Sociedades Mutualistas de Seguros*), que sólo pueden abrir y operar oficinas de representación en nuestro país mediante autorización de la SHCP.

Los criterios gubernativos en torno a la actuación de las sociedades mercantiles extranjeras varían según diversas circunstancias, por lo demás de fácil comprensión: sector industrial o comercial al que habrán de dedicarse dichas sociedades extranjeras, posibilidades de conceder estímulos a las inversiones autóctonas, retrimiento de estas últimas, impulso de zonas de escaso desarrollo, creación de fuentes de trabajo y otras más.

Por tanto, es entendible que las restricciones sean por demás variables. Así, en Argentina se expidió, recientemente, la resolución 2/2005, emitida por el Inspector General de Justicia, en cuyos términos será rechazada cualquier solicitud de inscripción, en el Registro Público de Comercio, de sociedades constituidas en el extranjero que carezcan de capacidad y de legitimación para actuar en el territorio del lugar de su constitución, así como de las sociedades extranjeras constituidas

“... en jurisdicciones consideradas de baja o nula tributación (paraísos fiscales), o sean consideradas como jurisdicciones ‘no colaboradoras’... no puede pretender una sociedad constituida en el extranjero que se le reconozca en el territorio nacional... una capacidad y legitimación para obrar de las cuales dicha sociedad carece para actuar en su propio territorio, o con un alcance mayor de las que les fuera otorgadas en su país de origen.”

Cuando en 1973 nuestro país legisló, por primera vez de modo ordenado y sistemático, la inversión extranjera, mediante la *Ley para Promover la Inversión Mexicana y Regular la Inversión Extranjera*, a nadie escapó la evidente intención gubernativa: poner coto a la inversión extranjera, encauzarla exclusivamente hacia los sectores no abarcados por los capitales mexicanos y que, además, fueran de importancia económica para el país. Para tal efecto, se dotó de amplias facultades a la Comisión Nacional de Inversiones Extranjeras (CNIÉ) para ampliar, cuando los casos lo ameritaran, el porcentaje de inversión extranjera en sociedades mexicanas.

Tal fue el caso de las empresas maquiladoras que comenzaban a operar en la frontera norte del país, en forma necesariamente precaria, vistos los escasos estímulos que se les otorgaban. Conscientes los gobiernos federal, estatales y municipales, de la necesidad de levantar la economía de dicha zona fronteriza, que desde siempre había mostrado una lamentable postración, decidieron adoptar mecanismos, primeramente de orden fiscal, para estimular el establecimiento de empresas maquiladoras, por razón natural todas ellas estadounidenses, y, a continuación, propiciar el que constituyeran sociedades mexicanas con capital cien por ciento extranjero, según resolución tomada de inmediato por la citada CNIÉ, todo ello con resultados que al pasar el tiempo se mostraron por demás favorables.

De esta suerte, durante el decenio 1994-2004 la inversión extranjera directa (IED) en maquiladoras alcanzó la suma de veintiún mil ochocientos ochenta millones de dólares, y se encaminó principalmente a las actividades metalúrgicas, así como a la producción química. Conviene tener en cuenta, además, que una parte de tal inversión se canalizó a la adquisición de inmuebles que ya existían y que estaban inoperantes.

También sobre este punto es necesario tener presente el contenido de la Convención Interamericana sobre Conflictos de Leyes en Materia de Sociedades Mercantiles, cuyo rango la ubica por encima de la citada *Ley de Inversión Extranjera*, así como de la *LGSM*, y que, en varios de sus preceptos (arts. 3o., 4o. y 6o.), deja sentada la posibilidad de que las sociedades mercantiles de los países suscriptores de la propia convención actúen en los demás, y sólo faculta a los Estados huéspedes para exigir que acrediten su legal existencia conforme a la ley del lugar en que se hayan constituido, así como su ob-

jeto social, dentro del cual debe encontrarse su actuación dentro del territorio nacional del país anfitrión.

No carece de importancia, por su profundo significado, la información dada a conocer a mediados de 2005 en el sentido de que la inversión extranjera se ha reducido grandemente en nuestro país, y, como prueba de ello, se dijo que en el primer trimestre del mismo año la captación fue 70% inferior a la del mismo trimestre de 2004. Se expresó que la razón es la falta de reformas estructurales, en particular la energética, fiscal y laboral, lo que, sin embargo, podría repercutir en el crecimiento del mercado interno.

17.3 Incumplimiento de los requisitos legales. Responsabilidad solidaria de los representantes

Puesto que la primera de las condiciones impuestas a las sociedades extranjeras para operar en nuestro país es la de su sometimiento a las leyes y autoridades nacionales, apenas si hace falta añadir que en ese aspecto se les equipara a las mexicanas, con las lógicas restricciones inherentes a su extranjería.

Por lo demás, también resulta obvio que ciertas infracciones, como las que impliquen un inapropiado comportamiento en su calidad de huéspedes —lavado de dinero, tráfico de sustancias prohibidas, fraudes y conductas parecidas— darán lugar a que se revoque la autorización, sin perjuicio del fincamiento de responsabilidades administrativas, civiles, laborales y penales en las que hayan incurrido, así corporativamente como en lo personal sus representantes, a quienes, además, en caso de ser también extranjeros, podrá aplicarse el art. 33 de la *CPEUM*, y ser expulsados del país.

17.4 La quiebra de una sociedad extranjera

Inspirada en la *Ley Modelo* de la CNUDMI sobre la insolvencia transfronteriza (Viena, 30 de mayo de 1997), nuestra *Ley de Concursos Mercantiles* dedica su Título Decimosegundo a la regulación de los mecanismos —en verdad por demás confusos— derivados de la existencia de intereses nacionales en la quiebra de una sociedad extranjera con establecimiento en nuestro país y viceversa.

17.5 Sociedades mexicanas establecidas en el extranjero

Con las entendibles excepciones de las sociedades sujetas a control permanente del Estado, como las intermediarias financieras, las aseguradoras y

otras, de modo general las sociedades mercantiles disfrutaban de absoluta libertad para instalarse en el extranjero, con las limitantes impuestas por las leyes nacionales de los países anfitriones.

17.5 bis Los tratados sobre protección recíproca de las inversiones extranjeras

Como consecuencia de la tan combatida cuanto irrefrenable globalización de las economías internacionales, a la cual no podía escapar la nuestra, numerosos países del mundo han venido celebrando acuerdos sobre promoción y protección recíproca de las inversiones, con los cuales ostensible y confesadamente abrigan el propósito de intensificar la cooperación económica y buscar el mutuo beneficio, así como el de "... crear y mantener condiciones favorables para las inversiones de los inversionistas de una Parte Contratante en el territorio de la otra Parte Contratante", pero, lo que resulta más interesante, es que con estos acuerdos se reconoce "... la necesidad de promover y proteger las inversiones extranjeras con miras a fomentar su prosperidad económica...".

Ahora bien, como forma de arreglar las posibles diferencias entre los Estados que forman parte de estos acuerdos, muchos de ellos han celebrado también el Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de otros Estados, más conocido por el acrónimo CIADI, que en la práctica opera, como tribunal arbitral, dentro del Banco Mundial (World Bank); ante la posibilidad de que un Estado no suscriba dicho CIADI, se instrumentaron también las Reglas del Mecanismo Complementario del CIADI. Por último, se prevé también que las partes contendientes decidan acudir a las Reglas de Arbitraje de la CNUDMI.

Así, y sólo a guisa de ejemplo, durante abril de 2005, y como consecuencia de reclamaciones formuladas por inversionistas extranjeros ante el CIADI, nuestro país, por conducto de la Secretaría de Economía, fue condenado a indemnizar a tres inversionistas extranjeros, diversas sumas como consecuencia de tratos discriminatorios otorgados a dichos inversionistas extranjeros.

Por su importancia en el ámbito de las inversiones internacionales, es necesario mencionar aquí el Convenio Constitutivo del Organismo Multilateral de Garantía de Inversiones, enmarcado dentro del Banco Internacional de Reconstrucción y Fomento, adoptado en Seúl, Corea, el 11 de octubre de 1985, y aprobado por la Cámara de Senadores el 28 de febrero de 2008, cuyo texto apareció en el *Diario Oficial de la Federación* del 5 de agosto de 2008.

El objeto y finalidades del referido Organismo, consignados en el art. 2o. del propio Convenio, son los siguientes:

1. Como objetivo, el de "...propiciar el flujo de inversiones para fines productivos entre los países miembros, y en especial hacia los países miembros en desarrollo, complementando de esta manera las actividades del Banco Internacional de Reconstrucción y Fomento... y de la Corporación Financiera Internacional...";
2. Como finalidades:
 - a) El otorgamiento de garantías, coaseguros y reaseguros "...contra riesgos no comerciales respecto de inversiones realizadas en un país miembro y provenientes de otros países miembros";
 - b) Realizar "...actividades complementarias apropiadas para promover el flujo de inversiones hacia los países miembros en desarrollo y entre los mismos,...";
 - c) Ejercitar "...todas las demás facultades concomitantes que sean necesarias o deseables para la consecución de su objetivo".

Bibliografía

- ACOSTA ROMERO, Miguel y Julieta Areli LARA LUNA, *Nuevo derecho mercantil*, Editorial Porrúa, México, 2000.
- ÁLVAREZ DE ABREU, Antonio, *Extracto historial del comercio entre Filipinas y Nueva España*, t. I, Instituto Mexicano de Comercio Exterior, México, 1977.
- AMUCHÁSTEGUI, Fernando D. *La empresa individual de responsabilidad limitada*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1998.
- ANAYA, Jaime L., “La sociedad como contrato”, en *Contratos. Homenaje a Marco Aurelio Risolía*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1997.
- ARCE GARGOLLO, Javier, *Contratos mercantiles atípicos*, 10a. ed., Editorial Porrúa, México, 2004.
- , Estudio no publicado, que presentó a la Barra Mexicana, Colegio de Abogados, con motivo de un Congreso celebrado en 2002.
- ARCILA-SALAZAR, Carlos Andrés, “Derecho comercial: ¿derecho excepcional o derecho especial?”, en *Vniversitas*, Revista de Derecho de la Facultad de Ciencias Jurídicas de la Pontificia Universidad Javeriana, número 114, julio-diciembre de 2007.
- ARISTÓTELES, *Gran ética*, libro primero, capítulo I.
- ARRUBLA PAUCAR, Jaime Alberto, *Contratos mercantiles. Teoría general del negocio mercantil*, t. I, doceava (sic) edición, Biblioteca Jurídica Diké, Medellín, Colombia, 2007.
- ASCARELLI Tullio, *Corso di diritto commerciale. Introduzione e teoria dell'impresa*, terza edizione, Dott. A. Giuffrè Editore, Milano, 1962.

- , *Saggi di diritto commerciale*, Dott. A. Giuffrè Editore, Milano, 1955.
- , *Teoría de la concurrencia y de los bienes inmateriales*, Bosch, Casa Editorial, 1970.
- AVIGNON, Sylvie, “Les codes de conduite sont-ils devenus des outils du management international? Le regard du juriste”, en *RDAL*, núm. 3, mayo, 2007.
- AZUA REYES, Sergio T., *Los principios generales del derecho*, Editorial Porrúa, México, 1986.
- BARAJAS MONTES DE OCA, Santiago, “Naturaleza jurídica del contrato de los agentes de comercio”, en *Estudios jurídicos en memoria de Roberto L. Mantilla Molina*, Editorial Porrúa, México, 1984.
- BARREIRO, Rafael F. y DANIEL M. Turring, “El empresario individual con responsabilidad limitada”, en *Derecho societario y de la empresa*, t. I, Córdoba, 1992.
- BARRERA GRAF, Jorge, *Instituciones de derecho mercantil*, 3a. reimp., Editorial Porrúa, México, 1999.
- , *Las sociedades en derecho mexicano*, UNAM, México, 1983.
- , *Tratado de derecho mercantil*, vol. 1, 22a. ed., Editorial Porrúa, México, 1957.
- BAUCHE GARCADIENGO, Mario, *La empresa*, 2a. ed., Editorial Porrúa, México, 1983.
- BELTRÁN, Lucas, *Diccionario de banca y bolsa*, Editorial Labor, Madrid, 1969.
- BOLAFFIO, León, *Derecho mercantil*, 1a. ed., Editorial Reus, Madrid, 1935.
- BORJA MARTÍNEZ, Manuel, *Representación, poder y mandato*, Editorial Porrúa, México, 2002.
- BROSETA PONT, Manuel, *Manual de derecho mercantil*, 9a. ed., Editorial Tecnos, Madrid, 1991.
- BRUNETTI, Antonio, *Sociedad anónima*, Editorial Jurídica Universitaria, México, 2001.
- , *Sociedades mercantiles*, Editorial Jurídica Universitaria, México, 2001.
- BRYAN KEY, Wilson, *Seducción subliminal*, Editorial Diana, segunda impresión, México, 1979.
- CACHARD, Olivier, “Le domaine coordonné par la directive sur le commerce électronique et le droit international privé”, en *Revue de Droit des Affaires Internationales*, Forum Européen de la Communication, no 2, Paris, 2004.
- , “Droit du commerce électronique”, en *RDAL*, octubre 2004, no. 5, Forum Européen de la Communication, Paris, 2004.
- CALVO, Thomas, *Guadalajara y su región en el siglo XVII. Población y economía*, Centro de Estudios Mexicanos y Centroamericanos, H. Ayuntamiento de Guadalajara, Guadalajara, 1992.
- CASTRILLÓN Y LUNA, Víctor M., *Código de Comercio comentado*, 3a. ed., Editorial Porrúa, México, 2004.
- CASTRO GUTIÉRREZ, Felipe, *La extinción de la artesanía gremial*, UNAM, México, 1986.
- CERVANTES AHUMADA, Raúl, *Derecho mercantil*, 4a. ed., Editorial Herrero, México, 1982.
- CORDERO, MA. ANAHÍ y MA. A. FERNÁNDEZ, *Elementos de derecho comercial*, Oxford University Press, Buenos Aires, 1999.
- DÁVALOS, José, “Luz y sombra. Los agentes de comercio”, en periódico *Excelsior*, México, 29 de enero de 1991.
- DE LA CUEVA, Mario, *El nuevo derecho mexicano del trabajo*, t. I, 8a. ed., Editorial Porrúa, México, 1982.

- DE PINA VARA, Rafael, *Elementos de derecho mercantil mexicano*, 26a. ed., Editorial Porrúa, México, 1998.
- DÍAZ BRAVO, Arturo, *Contratos mercantiles*, 11a. ed., Iure Editores, México, 2012.
- , *Títulos y operaciones de crédito*, 4a. ed., Iure Editores, México, 2011.
- DIEUX, Xavier et Francois VINCKE, «La responsabilité sociale des entreprises, leurre ou promesse?», en *RDAI*, enero de 2005, no. 1, Forum Européen de la Communication, Paris, 2005.
- DOBSON, Juan M., *El abuso de la personalidad jurídica (en el derecho privado)*, Ediciones Depalma, Buenos Aires, 1985.
- DOMÍNGUEZ MARTÍNEZ, Jorge, *Derecho civil. Teoría del contrato. Contratos en particular*, tercera edición, Editorial Porrúa, México.
- EIZAGUIRRE, José María de, *Derecho mercantil*, 2a. ed., Madrid, 1999.
- EMERSON, Robert W., *Business Law*, fourth edition, Barron's, New York, 2004.
- ENRÍQUEZ ROSAS, José David, *La personalidad jurídica societaria*, Oxford University Press, México, 2001.
- ESCARRA, Jean, Edouard ESCARRA y Jean RAULT, *Traité théorique et pratique de droit commercial*, SIREY, Paris, 1959.
- ESCRICHE, Joaquín, *Diccionario razonado de legislación y jurisprudencia*, I, Manuel Porrúa, México, 1979.
- ETCHEVERRY, Raúl Aníbal, *Derecho comercial y económico*, Parte general, primera reimp., Editorial Astrea, Buenos Aires, 1995.
- FRADEJAS RUEDA, Olga María, *Derecho mercantil*, Mc-Graw Hill, México, 1996.
- FRISCH PHILIPP, Walter, *La sociedad anónima mexicana*, 1a. ed., Editorial Porrúa, 1979.
- FRISCH PHILIPP, Walter, *Competencia desleal*, 2a. ed., Oxford University Press, México, 1999.
- GARCÍA MÁYNEZ, Eduardo, *Introducción al estudio del derecho*, 31a. ed., Editorial Porrúa, México, 1980.
- GARCÍA RENDÓN, Manuel, *Sociedades mercantiles*, 2a. ed., Oxford University Press, México, 1999.
- GARCÍA SAIS, Fernando, *Derecho de los consumidores a la información. Una aproximación a la publicidad engañosa en México*, Editorial Porrúa-ITAM, México, 2007.
- GARRIGUES, Joaquín, *Curso de derecho mercantil*, I, 9a. ed., Editorial Porrúa, México, 1993.
- , *Hacia un nuevo derecho mercantil*, Editorial Tecnos, Madrid, 1971.
- GAVANON, Isabelle y Edith LAGARDE-BELLE, “La Directive commerce électronique: quelle est la part d’innovation?”, en *Revue de Droit des Affaires Internationales*, 2001, no. 6, Forum Européen de la Communication, Paris, 2001.
- GIORDANO, Giuseppe, *Il contratto di agenzia*, Leonardo da Vinci Editrice, Bari, 1959.
- GÓMEZ GORDOA, José, *Títulos de crédito*, 8a. ed., Editorial Porrúa, México, 2003.
- Gran enciclopedia Salvat*, t. 11 (2003), t. 16 (sin fecha), Salvat Editores, Barcelona.
- GUTIÉRREZ FALLA, Laureano F., *Derecho mercantil*, reimp., Buenos Aires, 2000.
- HALPERÍN, Isaac, *Manual de sociedades anónimas*, Buenos Aires, 1971.
- HAMILTON, Robert W., *The Law of Corporations in a Nutshell*, second edition, West Publishing Co., St. Paul, 1987.
- HEINSHEIMER, Karl, *Derecho mercantil*, Editorial Labor, Barcelona, 1933.
- Historia de Jalisco*, tomo III, Gobierno de Jalisco, Secretaría General, Unidad Editorial, Guadalajara, 1981.

- Inventos que cambiaron el mundo*, 1a. ed., Selecciones del Reader's México, Digest, México, 1983.
- IZQUIERDO MONTORO, Elías, *Temas de derecho mercantil*, Editorial Montecorvo, Madrid, 1971.
- KAHAN CIMET, David, *La publicidad comparativa en México. Consideraciones jurídicas*, 1a. ed., Editorial Porrúa, México, 2007.
- LACOUR-GAYET, J., *Historia del comercio*, tomo III, Vergara Editorial, Barcelona, 1958.
- LANGLE Y RUBIO, Emilio, *Manual de derecho mercantil español*, Bosch, Casa Editorial, Barcelona, 1950.
- LARGO GIL, Rita, *La fusión de sociedades mercantiles*, 2a. ed., Madrid, 2000.
- LE PERA, Sergio, *Joint venture y sociedad*, 4a. reimp., Buenos Aires, 2001.
- LLEBOT MAJO, José Oriol, *Los deberes de los administradores de la sociedad anónima*, Madrid, 1996.
- LOZANO NORIEGA, Francisco, *Cuarto curso de derecho civil. Contratos*, 4a. ed., Asociación Nacional del Notariado Mexicano, México, 1986.
- MALAGARRIGA, Carlos C., *Tratado elemental de derecho comercial*, 3a. ed., Tipografía editora, Buenos Aires, 1963.
- MALET, Alberto, *Roma*, Librería Hachette, Buenos Aires, 1943.
- MANS PUIGARNAU, Jaime M., *Los principios generales del derecho. Repertorio de reglas, máximas y aforismos jurídicos*, Bosch, Casa Editorial, Barcelona, 1979.
- MANTILLA MOLINA, Roberto L., *Derecho mercantil*, 22a. ed., Editorial Porrúa, México, 1982.
- , *Derecho mercantil*, 29a. ed., Editorial Porrúa, México, 2000.
- , "Carácter jurídico de las relaciones entre el agente de seguros y la institución aseguradora", en *El Foro*, México, mar. 1948.
- , "Interpretación del artículo 132 de la Ley General de Sociedades Mercantiles", en *Comercio y administración*, época II, núm. 3, México, marzo y abril de 1945.
- , *La unificación del derecho privado y su uniformidad internacional*, CEDAM, Padova, 1973.
- MASKOW, Dietrich, "Les relations internes entre représenté et intermédiaire en matière de vente internationale de marchandises", en *Revue de Droit Uniforme*, 1989-1, UNIDROIT, Roma.
- MESSINA DE ESTRELLA GUTIÉRREZ, Graciela N., *La responsabilidad civil en la era tecnológica. Tendencias y prospectiva*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1997.
- MESSINEO, Francesco, "Il contratto in genere", en *Trattato di Diritto Civile e Commerciale*, XXI, t. 1, Dott. A. Giuffrè Editore, Milano, 1973.
- , *Manual de derecho civil y comercial*, Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1971.
- MOLAS, Ana María, *Contratos comerciales atípicos*, Dibisa, Buenos Aires, 1983.
- MORENO CORA, Silvestre, *Tratado de derecho mercantil mexicano*, México, 1905.
- MORGAN DE RIVERY, Éric et Claire STOCKFORD, "La Société Européenne", en *RDAI*, 2001, no. 6, Paris, 2001.
- MOSSA, Lorenzo, *Trattato del nuovo diritto commerciale. Società commerciali personali*, (Padova, 1951); *Società a responsabilità limitata* (Padova 1953); *Società per azioni* (Padova, 1957).
- OLEO BANET, Fernando, *La escisión de la sociedad anónima*, Madrid, 1995.

- PADUA, María Eugenia, *México en el umbral del siglo XXI. Los efectos de la globalización*, Editorial Fontamara, México, 1999.
- PALLARES, Jacinto, *Derecho mercantil mexicano*, UNAM, Facultad de Derecho, México, 1987.
- PAULO, Julio, *Sentencias a su hijo*, libro segundo, *Interpretatio*, UNAM, México, 1994.
- PÉREZ FERNÁNDEZ DEL CASTILLO, Bernardo, *Representación, poder y mandato. Prestación de servicios profesionales y su ética*, 5a. ed., Editorial Porrúa, México, 1991.
- PÉREZ TROYA, Adoración, *La tutela del accionista en la fusión de sociedades*, Madrid, 1998.
- PEREZNIETO CASTRO, Leonel y Renato Roberto GUERRERO SERREAU, *Derecho de la competencia económica*, Oxford University Press, México, 2002.
- PUNTE Y FLORES, Arturo y Octavio CALVO Y MARROQUÍN, *Derecho mercantil*, 27a. ed., Banca y Comercio, México, 1979.
- PULIDO BEJINES, Juan Luis, *El derecho de información del socio en la sociedad de responsabilidad limitada*, Madrid, 1997.
- QUINTANA ADRIANO, Elvia Arcelia, *Ciencia del derecho mercantil*, Editorial Porrúa-UNAM, México, 2002.
- RANDALL, Julian y Bridget TRACY, "Legal risks in the new e-economy", en *BLG Insurance Law Quarterly*, Barlow Lyde & Gilbert, no. 42, London, verano 2000.
- REHME, PAUL, *Historia universal del derecho mercantil*, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1941.
- RICHARD, Efraín Hugo, *Derechos patrimoniales de los accionistas en las sociedades anónimas*, Lerner Ediciones, Buenos Aires, 1970.
- , *Negocios de participación, asociaciones y sociedades*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1993.
- , *Sociedad y contratos asociativos*, Zavalía, Buenos Aires, 1987.
- RICHARD, Efraín Hugo y Orlando Manuel MUIÑO, *Derecho societario*, 3a. reimpr., Buenos Aires, 2000.
- ROCCO, Alfredo, *Principios de derecho mercantil*, Editora Nacional, México, 1960.
- RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ, Joaquín, *Curso de derecho mercantil*, 21a. ed., Editorial Porrúa, México, 1994.
- , *Derecho mercantil*, t. I, 4a. ed., Editorial Porrúa, México, 1960.
- , *Derecho mercantil*, t. I, 10a. ed., Editorial Porrúa, México, 1972.
- , *Tratado de sociedades mercantiles*, ts. I y II, 3a. ed., Editorial Porrúa, México, 1965.
- ROQUE VITOLLO, Daniel, "Empresa individual de responsabilidad limitada y sociedad unipersonal", en *Derecho societario y de la empresa*, t. I, Córdoba, 1992.
- SÁNCHEZ ALVARADO, Alfredo, *Instituciones de derecho mexicano del trabajo*, vol. I, t. 1, Editorial Porrúa, México, 1967.
- SÁNCHEZ CALERO, Fernando, *Instituciones de derecho mercantil*, 13a. ed., Editorial Revista de derecho privado, Madrid, 1989.
- SCHMIDT, Karsten, *Derecho comercial*, Buenos Aires, 1997.
- SEIGNOBOS, Ch, *Historia Universal II.- Historia de Roma*, trad. Domingo vaca, Daniel Jorro, Madrid, 1925.
- SENA, Giuseppe, *Il voto vella assemblea della società per azioni*, DOTT A. Giuffrè, Milano, 1961.
- SERICK, Rolf, *Apariencia y realidad en las sociedades mercantiles. El abuso de derecho por medio de la persona jurídica*, Ediciones Ariel, Barcelona, 1958.

- SILVA SILVA, Jorge Alberto, “Resurgimiento de la *lex mercatoria*”, en *Estudios sobre lex mercatoria*, Universidad Nacional Autónoma de México, México, 2006.
- SORIA FERRANDO, José V., *El agente de comercio*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1996.
- STOLZE, Diether, *Capitalismo. De Manchester a Wall Street*, Luis de Caralt Editor, Barcelona, 1971.
- SUÁREZ-LLANOS GÓMEZ, Luis, *Introducción al derecho mercantil*, Madrid, 1998.
- TAMAYO Y SALMORÁN, Rolando, *Elementos para una teoría general del derecho*, Editorial Themis, México, 1998.
- TAMBURRINO, Giuseppe, *Manuale di diritto commerciale*, Casa Editrice Stamperia Nazionale, Roma, 1962.
- TENA, Felipe de J., *Derecho mercantil mexicano*, 19a. ed., Editorial Porrúa, México, 2001.
- THALLER, Edmond, *Traité élémentaire de droit commercial*, 8a. ed., Librairie Arthur Rousseau, Paris, 1931.
- TROCHON, Jean-Yves y Neil CURTIS, «Négociation et rédaction des pactes d'actionnaires», en *Revue de Droit des Affaires Internationales*, Forum Européen de la Communication, no. 2-2005, Pris.
- TZIRULNIK, Ernesto, Flávio de QUEIROZ B. CAVALCANTI y Ayrton PIMENTEL, *O contrato de seguro*, 2a. ed., Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, 2003.
- URÍA, Rodrigo, *Derecho mercantil*, 24a. ed., Marcial Pons Ediciones Jurídicas y Sociales, Madrid, 1997.
- VIARIOS, *¿Cómo se hizo posible? Historia de las grandes realizaciones humanas*, Reader's Digest Selecciones, Madrid, 1997.
- VIARIOS, *La expropiación petrolera, un debate nacional*, 1a. ed., Petróleos Mexicanos, México, 1998.
- VÁSQUEZ DEL MERCADO, Óscar, *Asambleas, fusión y liquidación y escisión de las sociedades mercantiles*, 9a. ed., Editorial Porrúa, México, 2003.
- VÁSQUEZ ARMINIO, Fernando, *Derecho mercantil. Fundamentos e historia*, 1a. ed., Editorial Porrúa, México, 1977.
- VICENT CHULIA, Francisco, *Introducción al derecho mercantil*, 11a. ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 1998.
- VICENTE GELLA, Agustín, *Curso de derecho mercantil comparado*, 4a. ed., Zaragoza, 1960.
- VIVANTE, César, *Tratado de derecho mercantil*, Madrid, 1932-1936.
- , *Derecho mercantil*, Editorial La España Moderna, Madrid, sin fecha.
- VON GIERKE, Julius, *Derecho comercial y de la navegación*, Tipografía Editora Argentina, Buenos Aires, 1957.
- VON KIRCHMANN, Julius Hermann, *La jurisprudencia no es ciencia*, 3a. ed., Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1983.
- WINTHROP BALLANTINE, Henry, *On Corporations*, Chicago, 1946.
- ZANOBETTI, Alessandra, “Contract law in international electronic commerce”, en *Revue de Droit des Affaires Internationales*, Forum Européen de la Communication, no. 5, Paris, 2000.
- ZUNINO, Jorge Osvaldo, *Fondo de comercio*, 2a. ed., Buenos Aires, 2000.

Índice onomástico

- Abascal Zamora, José María, 358
Acosta Romero, Miguel, 2, 22, 24, 40, 124
Alfonso X, 8
Álvarez de Abreu, Antonio, 14
Amuchástegui, Fernando, D., 138
Anaya, Jaime L., 226
Araya, Miguel Ángel, 293
Arce Gargollo, Javier, 43-44, 72, 117, 222, 288
Arcila-Salazar, Carlos, 17
Aristóteles, 191, 193
Arrubla Paucar, Jaime Alberto, 244
Avignon, Sylvie, 196
Azúa Reyes, Sergio T., 36
- Babbage, Charles, 70
Barajas Monte de Oca, Santiago, 119-120
Barreiro, Rafael F., 138
Barrera Graf, Jorge, 2, 16, 27-28, 32, 34, 35, 40, 42, 46, 59, 63, 65, 85, 106, 123, 142, 179, 225, 242, 248-249, 270, 292, 300, 308, 312, 321-322, 343, 353, 357-359, 369, 375, 377
- Bastiat, Frédéric, 155
Borja Martínez, Manuel, 311
Bridget Tracy, 76
Brunetti, Antonio, 226
Bryan Key, Wilson, 167
- Cachar, Olivier, 76
Calleja (virrey), 9
Calvo, Thomas, 14, 95
Calvo y Marroquín, Octavio, 401, 404-405, 408
Carazo, Luis Ramón, 144
Cárdenas, Lázaro, 142, 159, 393
Castrillón y Luna, Víctor M., 29, 114, 122
Cervantes Ahumada, Raúl, 2, 16, 40, 42, 225-226, 292
Colbert, Jean-Baptiste, 9-10
Colón, Cristóbal, 6

448 ÍNDICE ONOMÁSTICO

- Couture, Eduardo J., 22
Cueva, Mario de la, 117-118
Cuevas, José de Jesús, 15
- D. Casasús, Joaquín, 15
Dávalos, José, 118-119
Díaz Bravo, Arturo, 33, 114, 143, 374
Díaz, Porfirio, 25, 393
Dieux, Xavier, 147
Dobson, Juan M., 244
Domínguez Martínez, Jorge, 60, 377
- Emerson, Robert W., 142-143, 251, 385
Enríquez Rosas, José David, 246
Escriche, Joaquín, 108
- Fernando VII, 15
Ford, Henry, 184
Friedman, Milton, 147
Frisch Phillip, Walter, 188, 249, 358
- Galván Muñoz, Jesús, 246
Gamboa, José María, 15
García Cuerva, Héctor María, 289-290, 296
García Fierro, Adrián, 110
García Máynez, Eduardo, 21, 33, 35
García Rendón, Manuel, 217, 270, 274
García Sais, Fernando, 166-167
Garrigues, Joaquín, 3, 106
Giordano, Giuseppe, 116, 120
Gómez Gordoa, José, 296
González, Manuel, 15
Guerrero Serreau, Renato Roberto, 173
Guerrero Torres, José Gildardo, 292
- Hamilton, Robert W., 245, 386
Hargreaves, James, 10
Heck, 55
Heinsheimer, Karl, 4, 29, 33, 47, 106, 124, 126, 277, 298
Hollerith, Herman, 70
Inda, Manuel, 15
Isabel de Inglaterra, 287
- Kahan Cimet, David, 168
Keneth Galbraith, John, 371
Kuntze, 224
Kuri Breña, Daniel, 54
- Lagos Ollivier, Licio, 292-293
Lipovetsky, Gilles, 152
Luis XIV, 9
Lozano Noriega, Francisco, 59
- Mabarak cerecedo, Doricela, 291
Madero, Francisco I., 393
Mans Puigarnau, Jaime M., 36
Mantilla Molina, Roberto L., 2, 16, 19-20, 23, 31, 33, 40, 42, 59, 65, 85, 106, 115-116, 118, 121, 123, 132, 220, 225-226, 249, 268-269, 274, 279, 291-293, 296, 298, 313, 320, 324, 334, 351, 372-373, 401, 405, 407
Maynar Keynes, John, 184
Melchor de Jovellanos, Gaspar, 9
Messina de Estrella Gutiérrez, Graciela N., 11, 144
Messineo, Francesco, 226
Molas, Ana María, 120
Morgan Álvarez, Rafael Gilberto, 246
Morgan de Riverly, Éric, 387
Mossa, Lorenzo, 55
Música, Francisco J., 151
- Ortiz Mayagoitia, Guillermo I., 205-206
Ospina Acosta, Eduardo, 293
Ospina Fernández, Guillermo, 293
- Padua González, María Eugenia, 51
Pallares, Jacinto, 15, 85
Paulo, Julio, 127
Pérez Fernández del Castillo, Bernardo, 310
Pereznieto Castro, Leonel, 173, 175
Phillips, Bernard, 185
Pijoan, José, 155
Pimentel, Ayrton, 39
Pizarro, Ramón Daniel, 201-202
Portes Gil, Emilio, 16
Puente y Flores, Arturo, 401, 404-405, 408
- Queiroz B. Cavalcanti, Flávio de, 39
Quintana Adriano, Elvia Arcelia, 2, 19-20, 33, 41, 67, 69, 84, 95, 124
Randall, Juian, 76
Rivera Bedoya, Juan Francisco, 291
Rocco, Alfredo, 19, 23, 54, 56

- Rodríguez, Pedro, 8
 Rodríguez Rodríguez, Joaquín, 3, 55, 66-67, 224-225, 372, 405
 Roldán Xopa, José, 166
 Roque Vitolo, Daniel, 139
- Sáinz de Andino, Pedro, 15
 Saldaña Espinoza, Judith, 205-206
 Sánchez Alvarado, Alfredo, 118
 Sánchez Calero, Fernando, 3
 Santángel, Luis de, 6
 Sena, Giuseppe, 177
 Serick, Rolf, 243
 Sherman, John, 185
 Silva Oropeza, Antonio, 185
 Silva Silva, Jorge Alberto, 34
 Siqueiros T., Eduardo, 228, 292
 Smith, Adam, 155
 Stockford, Claire, 387
 Stolze, Diether, 154, 182
- Tamayo y Salmorán, Rolando, 22
 Teixeira de Freitas, 39
 Thain, John, 346
- Traslosheros Peralta, Carlos, 292
 Turring, Daniel M., 138
 Tzirulnik, Ernesto, 39
- Ulhoa Coelho, Fábio, 39
 Ustariz González, Luis Humberto, 293
- Vallespinos, Carlos Gustavo, 201-202
 Vásquez del Mercado, Óscar, 257, 276, 307, 315, 317-321, 326, 330-331, 338, 360-361, 363, 365-367, 369-370, 376, 404-405
 Vincke, Francois, 147
 Vivante, César, 36, 38, 41, 296
 von Gierke, Julius, 224
 von Kirchmann, Julius Hermann, 22
 von Neumman, John, 71
- Walker, Rob, 152
 Watt, James, 10
 Wieland, 55
- Zanobetti, Alessandra, 76-77

Índice analítico

- acción(es), 25, 59, 86, 158, 174, 206, 223, 229, 235-236, 242, 252, 259, 265, 275-276, 279-280, 285-290, 294-306, 317, 319, 322-326, 330-332, 344-345, 349-350, 354-372, 374, 376-389, 407-408, 412, 415, 421, 423-424, 426, 428, 431
 - civil de daños y perjuicios, 198
 - contrato de suscripción de, 289-290
 - de nulidad, 322
 - de responsabilidad, 282
 - de tesorería, 304, 423
 - de trabajo, 298
 - de voto limitado, 301-302
 - escriturales, 298
 - preferentes, 356
 - sin derecho a voto, 229, 235, 380
 - sin valor nominal, 297
 - sindicación de, 325
 - son títulos de crédito, 296
- accionista(s), 295, 325, 346, 353-354, 363, 370-371
 - asamblea general de, 332
 - carácter de, 354
 - derechos del, 355
 - corporativos o personales, 355
 - de retiro, 376
 - depósito, 367
 - embargo, 364
 - fideicomiso, 366
 - pacto de voto, 369
 - prenda, 362
 - reparto de utilidades, 376-377
 - reporto, 366
 - sucesión hereditaria, 368
 - usufructo, 360
 - participación, de las utilidades, 375
 - en la liquidación, 378
 - obligaciones del, 378
 - extrapatrimoniales, 379
 - patrimoniales, 371, 375, 378
 - libro de registro de los, 368

- acreedor(es)
 derechos de los, 424
 embargante, 364-365
 prendario, 331, 362-364
 sociales, 282
 frente a los socios (sustantiva y adjectivamente), 258
 socios, de los, 258
status de socio, 259
- actividades estratégicas, 169
- acto(s)
 colectivo, 225-226
 de comercio, 52-67
 actos y hechos jurídicos, 52
 clasificación de los, 56
 comentario crítico, 66
 concepto de, según criterios objetivo y subjetivo, 53
 de intermediación en el cambio, 56
 descripción de los, contenidos en el artículo 75 del *Código de Comercio* y en otras disposiciones legales, 58
 impropios, 3
 lucrativos, 56
 masivos por su realización, 57
 practicados por empresas, 57
 propios, 3
 relatividad de los actos mixtos, 65
 mixtos o unilateralmente mercantiles, 65
 y hechos de naturaleza mercantil, 110
- administrador(es), 333, 343-344, 349, 352, 356-357, 359
- Agencia de Programas Avanzados de Investigación (ARPA), 72
- agente(s)
 aduanales, 101, 107, 112, 121
 auxiliares del comercio, 108
 de comercio, 115-119
 de fianzas, 107, 121
 de seguros, 107, 120-121
 de valores, 107
 de viajes, 121
 independiente, 115
 naviero, 121
- agrupación(es)
 de sociedades, 429-433
 control de sociedades, 430
 financieras, 432
 grupos de sociedades, 430
 sociedad controladora (*holding*), 430
 sociedades con inversiones de capital cruzadas, 432
partnership, 142
American Law Institute, 47
restatements of the law, 47
- anarquía terminológica, 124
- albacea, 368-369
- almacén general de depósito, 126
- arrendadora financiera, 62, 181, 432
- arrendamiento de inmuebles no puede tener carácter comercial, 59
- asamblea(s)
 asuntos de los que compete conocer y resolver a las, 283
 de accionistas, 307-309, 344
 de representantes, 111
 de socios: facultades, formalidades y requisitos, 282
 especiales, 307
 extraordinaria, 317, 323-324, 370, 387, 426
 acta de, 326
 general, 306-307, 316, 335, 381, 396, 398
 constitutiva, 313, 395
 ordinaria, 320, 324, 352
- aseguradora, 126
- asociación, civil, 216
 de Bancos de México (ABM), 208
 Nacional de Notariado Mexicano, 93
- auxiliar(es)
 del comerciante (dependientes), 105-106, 115
 mercantiles, 105-122
 concepto y clasificación, 105
 dependientes o del comerciante, 106
 formas contractuales y proyecciones, 113
 importancia moderna de los, 107
 independientes (del comercio), 105-106, 115
 libres, 106
- Banco
 de México, 211-212, 240

452 ÍNDICE ANALÍTICO

- del Ahorro Nacional y Servicios Financieros (BANSEFI), 207
- Internacional de Reconstrucción y Fomento, 430
- Mundial (World Bank), 149, 429
- Nacional, 15
- banqueros, 63
- barrera turco-árabe, 6
- batalla por los agentes de comercio, 117
- bebidas alcohólicas, 194-195
- Bolsa Mexicana de Valores (BMV), 275, 295, 333, 339, 346, 354

- Cámara de Comercio Internacional (CCI), 50, 148
- call center*, 111
- capital(es)
 - de riesgo, 253
 - social, 286, 294
 - sociedades de, 414
- capitalismo, 47, 140, 147, 154-155
- capitis diminutio*, 248
- cartas de porte, 63
- Casa de Contratación de Sevilla, 8, 14
- centro(s)
 - comerciales minoristas, 206
 - de distribución, 128
 - de Información del Comportamiento Empresarial (CICE), 147
 - Mexicano para la Filantropía (CEMEFI), 195
- certificados de participación, 63
- cheques, 63
- ciberespacio, 69
- ciencia jurídica, 22
- Cláusula Calvo, 263
- Código Civil*, 12, 18, 28, 37-41, 132, 255
 - de Brasil 2002, 11, 38
 - de Italia 1942, 11, 38, 124, 413
 - de Paraguay 1988, 11, 38
 - francés de 1804, 11
- Código de Autorregulación de Publicidad de Alimentos y Bebidas Dirigidas al Público Infantil (PABI), 145, 196
- Código de Comercio*, 1, 4, 10, 12, 15-16, 39-40, 47, 50, 64, 66, 72, 81, 93, 110, 137, 161, 172, 188, 217, 220, 246, 255, 291-292, 326, 329, 396
- alemán de 1900, 4, 47, 53-54 de 1884, 18
- de 1887, 25
- español, 15, 66, 108
- francés, 11-12, 53, 58
- italiano, 15, 54, 58
- napoleónico de 1807, 1, 10
- proyecto de, 16
- Código de Ética Publicitaria*, 196
- Código de Hammurabi*, 4
- Código de las Obligaciones*, Suiza 1881, 11, 38-39, 357, 401
- Código Lares*, primer *Código de Comercio mexicano* (1854), 15
- segundo *Código de Comercio mexicano* (1883), 15
- tercer *Código de Comercio mexicano* (1890), 15
- Colegio Nacional de Correduría Pública Mexicana, A.C., 93
- comercialización de la banca, 170
- comerciante(s), 83-104, 242
 - concepto, 83
 - deberes del, 87-98
 - conservación de documentos y correspondencia, 96
 - contabilidad, correspondencia y libros de actas como prueba ante los tribunales, 97
 - estudio y crítica a la inscripción ante las cámaras de comercio e industria que corresponda, 89
 - mantenimiento de la contabilidad, 94
 - leal competencia, 96
 - publicidad mercantil, 88
 - derechos de los, 98
 - incompatibilidades, 100
 - funciones judiciales, 101
 - limitaciones al ejercicio del comercio, 99
 - inhábiles, 100
 - condenados por delitos patrimoniales, 100
 - extranjeros carentes de autorización expresa, 100

- quebrados no rehabilitados, 100
- límites a la capacidad para ejercer el comercio, 101
- competencia desleal, 103
- incapaces conforme al derecho común, 102
- menores de edad no emancipados, 102
- comercio electrónico, 68-82
 - antecedentes, 70-75
 - de la Internet, 71
 - joven derecho, 76
 - de la Unión Europea, 73
 - en el *Código de Comercio*, 72
 - ley modelo sobre el, de la CNUDMI, 75
 - aplicación en la práctica, 75
 - definición, 68
 - firma electrónica, 79
 - avanzada, 79
 - mensajes de datos, 77
 - naturaleza del, 69
 - prestadores de servicios de certificación, 80
 - reconocimiento de certificados y firmas electrónicas extranjeras, 82
- comercio en la Nueva España, 8
- comisario(s), 336, 351-353, 356-357, 359
- institución del, 354
- comisión, 113
 - de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI) (UNCITRAL), 50, 73, 75, 78
 - Europea, 195, 386
 - Federal de Competencia (CFC), 24, 170, 174-175, 178-179, 181, 197, 203
 - Federal de Electricidad, 83
 - Federal de Telecomunicaciones, 176
 - Federal para la Protección contra riesgos Sanitarios (COFEPRIS), 163-164
 - Interamericana Especializada de Derecho Internacional Privado (CIDIP), 50
- mercantil, 61, 113
 - contrato de, 113-114
 - Nacional Bancaria y de Valores (CNBV), 206-209, 211, 214, 235-236, 303, 306, 388, 399
- Nacional de Inversiones Extranjeras (CNIE), 231, 237-238, 436
- Nacional de Servicios Financieros (CNSF), 236
- Nacional para la Protección y Defensa de los Usuarios de Servicios Financieros (CONDUSEF), 24, 210-214
- Superior de Codificación, 12
- comisionista, 114-115
- Comité Nacional de Productividad e Innovación Tecnológica (COMPITE), 146
- common law*, 36, 46, 244, 382
- comodato, 59
- competencia mercantil, derecho de la, 151-215
- competencia desleal, 89, 97-99, 103, 159-160, 171-173, 177-181, 188, 203
- concepción economista, 54
- Confederación de Cámaras Nacionales de Comercio, Servicios y Turismo, 192
- Conferencia Permanente de La Haya, 50
- Congreso de la Unión, 15-16, 25, 27, 43, 390-391
- conocimientos de embarque, 63
- consejero(s), 333, 336-337, 340-342, 346
- consejo
 - Coordinador Empresarial, 339
 - de administración, 277, 295, 297, 332, 314, 333, 335, 341-342, 346, 349, 353, 355, 384, 396
 - características del cargo, 333
 - designación de administradores suplentes, 337
 - funcionamiento del, 337
 - funciones, 335
 - requisitos, 334
 - responsabilidades, 343
- de Autorregulación y Ética Publicitaria (CONAR), 145, 196
- de vigilancia, 277, 283-284, 312, 397
- directivo del CONAR, 145
- Nacional del Notariado, 334
- Constitución de Apatzingán*, 9
- consulado
 - de Guadalajara, 14

454 ÍNDICE ANALÍTICO

del Mar, 7
contador público (licenciado en contaduría), 95
contrabando, 192
contrato(s)
 celebrados por las empresas librerías, editoras y tipográficas, 61
 civil de prestación de servicios, 117
 colectivos de trabajo, 55
 cotidianamente celebrados por negociaciones industriales y manufactureras de todo tipo, 60
 de adhesión, 203
 de agencia, 61, 116-117
 de arrendamiento inmobiliario, 59
 cualquier controversia derivada de, debe tramitarse en la vía mercantil, 59
 de obra y de prestación de servicios, 60
 de representación y consignación, 61
 de seguro configura un acto de comercio, todo, 62
 de transporte aéreo, 60
 de transporte de personas y de carga, 60
 social, 291
convenio(s)
 de concertación, 183
 de coordinación para el desarrollo de la competitividad, 184
 de París para la Protección de la Propiedad Industrial (1884), 97-98, 159, 172
conventos, 6
Corona, de Aragón, 6
 de Castilla, 6
 de las Indias, 14
corporate law, 228
corpus mechanicum (bienes materiales), 129, 133
corpus mysticum (bienes intangibles), 129
corredor(es) público(s), 100, 107, 109-110, 113, 221, 261, 305, 326, 378, 395, 398, 427
 Mes de Apoyo de la Correduría Pública a las Sociedades Mercantiles, 113
cosas mercantiles, 64
Costo Anual Total (CAT), 209, 213

costumbre como fuente formal, 32
crédito(s), 54
 sociales, 300
crisis financiera, 41, 148, 156, 232, 348
daño moral, 254-255
Decreto de las Cortes de Cádiz, 9
dependiente(s), 127
 fijos, 118
 viajeros, 118
depósito, 59
derecho(s)
 autoral, 133
 civil, 29, 32, 36, 38-39, 43, 45-46, 382
 positivo, 38
 comercial, 10, 36, 38-39
 contractual mercantil, 38
 corporativo, 228
 de separación, 388
 de minorías, 358
 de veto, 359
 de voto, 368, 380-381
 del consumo, 202
 escrito, 38, 47, 50, 109, 244, 382, 384
 internacional, 2, 49, 99
 privado, 49-50, 78, 218, 247
 interno, 2
 mercantil, véase derecho mercantil
 medieval, 10
 mexicano, 143, 251
 del trabajo, 118
 positivo mercantil, 66
 privado, 2-5, 7, 13, 16-18, 21-24, 29, 36-39, 41-44, 46-48
 clásico, 41
 diferenciado, 39
 unificado, 38
 romano, 4-6, 36-37, 127
 societario, 224, 228, 248, 382
 trabajo, del, 119
 universalidad del, 125
derecho de la competencia mercantil, 151-215
 aspectos históricos de la libre competencia, 156
 códigos de ética empresarial, 191
 comercialización de la banca: *bancarización* del comercio, 206

- competencia desleal: formas e intereses protegidos, 177
- concepto de competencia mercantil, 151
- confidencialidad empresarial, 191
- en México, antecedentes, 169
- economías dirigidas y economías de mercado, 153
- modernas regulaciones en materia de competencia mercantil, 186
- nuevas proyecciones del pequeño comercio, 204
- orígenes del industrialismo, del capitalismo y del mercantilismo, 154
- protección del consumidor, 200
- regulación mexicana de la propiedad industrial, 171
- responsabilidades
 - infracción de las disposiciones en materia de competencia mercantil, 197
 - insolvencia de la empresa concurso y quiebra, 204
- restricciones a la libre competencia *Código de Comercio, Ley Federal de Competencia Económica* y su reglamento, 172
- derecho mercantil, 1-51, 53-56, 66-67, 115, 119, 123, 134-135, 222, 228
 - aspectos generales, 1-24
 - antecedentes, 4-18
 - extranjeros, 4-13
 - nacionales, 14-18
 - carácter federal, 23
 - concepto, 1-4
 - jurisdicción en el ámbito mercantil, 24
 - pretendida configuración como rama autónoma del derecho privado, 22
 - ubicación, 18
 - autonomía del, 39
 - comercial, 3
 - comparado, 119
 - corriente subjetivista del, 57
 - derecho privado especial de los comerciantes, 4
 - fuentes formales, reales e históricas, 24-36
 - aplicación supletoria del Código Federal de Procedimientos Civiles, 29
 - del derecho común sustantivo y adjetivo, 28
 - fuentes materiales, 35
 - fundamentos constitucionales, 24
 - jurisprudencia, 30
 - leyes mercantiles generales y especiales, 25
 - lex marcatoria*, 34
 - resoluciones administrativas como fuente del, 27
 - usos y costumbres mercantiles, 32
 - sistemas adoptados por el derecho mercantil contemporáneo, 46-51
 - globalización del, 50
 - países, capitalistas de derecho escrito, 47
 - del *common law*, 76
 - semicapitalitas de derecho escrito, 47
 - unificación internacional y manifestaciones, 49
 - tendencia unificadora del derecho común con el mercantil, 36-46
 - comercialización del derecho civil contemporáneo, 45
 - derecho comparado y en México, en el, 38
 - grados y manifestaciones, 36
- descubrimiento de América, 5
- diferencia entre uso y costumbre, 33
- Directiva Europea, 76
- disolución y liquidación de las sociedades mercantiles, 409-414
 - causas de disolución total y parcial, 409
 - concepto de disolución, 409
 - liquidación, 411-414
 - cancelación del registro, 413
 - concepto, 411
 - moderno auge de las fusiones, 419
 - órgano de liquidación: atribuciones y funciones, 411
- Disposiciones de Carácter General Aplicables a las Instituciones de Crédito, 208

Distribuidora Conasupo, S.A. (DICONSA), 207

Edad Media europea, 5

electrónica, 68

chats, 72

comercio electrónico, 69, 73, 76

contratación electrónica, 75

dispositivo de lectura, 70

folio mercantil electrónico, 92

firma electrónica, 70, 73

avanzada o fiable, 70

hackers (piratas), 76

memoria, 70

páginas web, 72

servicios de la sociedad de la información, 74

servidores, 76

SIGER, 92-93

spam, 74

emperadores griegos de Bizancio, 7

empresa(s), 58, 124-125

como núcleo del moderno derecho mercantil, 134

de responsabilidad limitada (EIRL), 136-137, 139, 242, 423

de turismo, 60

diversos tipos de, 140

elementos de la, 127

incorpóreos, 129

materiales, 128

individual, 127, 142

limpia, 146

mercantil, 123-150

mercantilidad de la, 126

concepto, 123

diferencias entre negociación mercantil y sociedad mercantil, 124

naturaleza jurídica, 125

papel e importancia de la mercadotecnia, 133

para que se considere, 57

personales, 127

prestadoras de servicio de asistencia, 62

propiedad industrial, 135

responsabilidades empresariales, 143

socialmente responsable (ESR), 144,

146, 195

unipersonal, 137

entidades financieras, 137, 212-214, 236-237, 252

entidades parabancarias, 62

escrituras de sociedades mercantiles, 250

Escuela de Negocios de Harvard, 148

estado de insolvencia económica de las empresas, 205

Estatuto Orgánico de ProMéxico, 232

Estrategia Mundial sobre Régimen Alimentario, Actividad Física y Salud, 145

etiqueta ecológica, 148

factores, 127

Florenia, 7

fondo de reserva, 253

Foro Económico Mundial (WEF), 136

franquicia, 422

fuentes, del derecho privado, 46

formales, 24, 28, 35

equidad, por excelencia, 35

jurisprudencia, 35

principios generales del derecho, 35

históricas o cognoscitivas, 32

funcionarios bancarios, 63

fusión de las sociedades mercantiles, 415-420

acuerdos de fusión, 416

clasificación, 416

concepto, 415

contrato de fusión: efectos, 417

naturaleza jurídica, 416

Guía(s)

aéreas, 63

jurídica, 75

IBM (International Business Machines), 70-71

igualdad jurídica, 115

Indias Occidentales, 8

Índice de Confianza del Consumidor (icc), 200

instituciones, bancarias, 62

de ahorro y crédito popular, 209

financieras, 51, 121, 130, 214, 317,

384, 389, 398, 420

Instituto

- de Estudios Avanzados de Princeton (Nueva Jersey), 71
- Internacional para la Unificación del Derecho Privado (UNIDROIT), 50
- Mexicano de Contadores Públicos, 95
- Mexicano de la Propiedad Industrial (IMPI), 24, 64, 133, 171
- Nacional de Estadística y Geografía (INEGI), 200
- Integradora Numeral y Calculadora Electrónica (ENIAC), 70
- interposición, 55
- inversión
 - extranjera, 230
 - directa (IED), 231-232, 239-240, 247
 - golondrina, 231
 - neutra, 235
- ius est ars boni et aequi* (el derecho es el arte de lo bueno y de lo justo), 22
- joint venture*, 224, 373-374, 415, 430
- juicios del orden civil, 35
- Juntas de Fomento de Comercio de Guadaluajara y Tepic, 14-15, 108
- jurisdicción concurrente, 24
- jurisprudencia como fuente formal, 31
- lealtad comercial, 164
- leges mercatorias*, 51
- legislación romana, 6
- legitimación activa, 297
- letras de cambio, 63
- Ley*
 - de Cámaras Empresariales y sus Confederaciones*, 90
 - de las Cámaras de Comercio y de la Industria*, 90
 - de las Doce Tablas*, 5
 - Modelo de las NN.UU. sobre Arbitraje Comercial Internacional*, 50
 - Modelo en Materia de Contratación Electrónica*, 75, 78
 - Sherman*, 158, 173-174, 177, 182, 185
 - sobre Sociedades Anónimas*, 15
 - Tipo sobre Firmas Electrónicas*, 78
- Leyes de Wisby*, 7
- lex mercatoria*, 34-35, 50
- Líbano, 41
- libertad concurrencial, 152
- Liechtenstein, 126, 137
- Liga Hanseática, 7
- Lotería Nacional, 121, 140
- lucro, 56
- Mandatario(s), 333, 336
 - obligación a cargo, 335
- Manila como centro de comercio oriental, 14
- máquina tabuladora, 70
- Mar
 - Báltico, 7
 - del Norte, 7
 - Mediterráneo, 7
- marketing, 152, 168
- masividad, 56
- mercaderes de Noruega, 8
- mercado de valores, intermediario del, 121
- Mes de Apoyo de la Correduría Pública a las Sociedades Mercantiles, 113
- México independiente, 9
- microfinancieras, 188
- monopolio
 - concentraciones empresariales, 174
 - configuración de, 173
 - prácticas relativas, 174
- monopsonios, 203
- Nacional Financiera, 183
- naturaleza análoga, 83
- negociación, 125
 - mercantil, 124
- Normas Oficiales Mexicanas, 26
- Notario(s) públicos(s), 101, 111, 221, 261, 305, 326, 368, 395, 397, 427
- Nueva España, 8-9, 14
- Obligaciones, 63
 - de los comerciantes, 63
 - entre comerciantes y banqueros, 63
- Ordenanzas
 - de Bilbao, 9, 14, 108
 - del Consulado de México (1597), 14
 - las de Burgos, 13
 - las de Sevilla, 13
 - sobre Comercio Marítimo, de 1681, 9

sobre Comercio Terrestre de 1673, 9
órdenes de pago, 63
Organización
de los Estados Americanos (OEA), 218, 227
Mundial de la Salud, 145, 167
para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OCDE), 185, 210
Outsourcing, 111
pacto
de voto (sindicato de voto), 325, 327, 369-370, 386
en contrario, 282, 372
pagarés, 63
partes sociales, 59, 174, 222-223, 252, 260-261, 275-277, 279-280, 283, 426
pensamiento económico liberal, 9
persona, 247
colectiva, 86
física, 85
moral, 257
personalidad, 241
consecuencias de la, 247-257
actos *ultra vires* (más allá de las fuerzas), 248-251, 383
capacidad jurídica, 247
domicilio social, 256
nacionalidad, 257
nombre social, 256
patrimonio social, 252
protección del, 252
buen nombre social, 254
capital social, del, 253
patrimonio social, del, 252
jurídica, 218, 243-244, 246, 255
velo de la, 226, 244-246, 383-384, 386
Petróleos Mexicanos (PEMEX), 83, 142
piratería, 192
poder
del consumidor, 167
Ejecutivo, 16, 27-28, 39, 176, 183-184, 277
Federal, 27
precio social de la tecnología, 11
prenda, 59

preponderancia comercial de Venecia, 7
primera crisis del petróleo en 1968, 11
primeras formas de publicidad, 160
principios
de fidelidad al balance, 253
generales del derecho, 36
Procuraduría Federal del Consumidor (PROFECO), 145-147, 181, 196, 202-203, 208-209, 212-213
proletarización del trabajo campesino, 154
Pronósticos Deportivos, 121
propiedad industrial, 64
propósito de especulación comercial, 45
Proyecto
de *Código de Comercio* (proy. C.Com.), 64, 66
de Normas Interamericanas Uniformes sobre Documentos y Firmas Electrónicas, 78
de Reglas Uniformes en Materia de Firmas Electrónicas, 78
publicidad, comparativa, 168
engañosa, 167
mercantil y su regulación, 160
taimada, 164
publicización del derecho privado, 16
pymes (pequeñas y medianas empresas), 136-137, 143, 180, 182-184
rectius (empresa mercantil), 17, 57, 279, rectoría de la vida económica del país, 48
Registro
de Ofertas Públicas del Sistema Arbitral en Materia Financiera, 214
Nacional de Inversiones Extranjeras (RNIE), 239
inscripción en el, 239
Nacional de Valores (RNV), 286, 303
Público de Comercio (RPC), 43, 67, 87-88, 91-94, 137-138, 242, 249-250, 255, 261, 266-267, 269, 297, 305-306, 324, 353, 395, 398, 411-413, 418, 428, 436
inscripción en el, 91, 418
Público de la Propiedad, 110
reglas
de York-Amberes, 35, 50

sobre Cartas de Crédito, 50
 reporto, 59
 revolución, industrial, 10-11, 71
 eléctrica, 11, 71
 electrónica, 11
 tecnológica, 135
 Reyes Católicos, 14
 Roolos de Olerón, 7
 salario a comisión, 118
 SAPI, Sociedad Anónima Promotora de In-
 versión, 229
 Secretaría
 de Comercio, 94, 99
 de Economía, 16, 79-81, 91, 93-94, 99,
 171, 175, 183-184, 232, 235, 239,
 262, 277-278, 305, 403, 407, 435,
 438
 de Gobernación, 32
 de Hacienda y Crédito Público, 121,
 206, 236
 de Industria y Comercio, 16, 40
 de la Función Pública, 79
 de Relaciones Exteriores (SRE), 99, 137,
 261, 263
 de Salud, 172
 secreto bancario suizo, 209
 sectores de la actividad económica
 bienes en general, 54
 riesgos, 54
 servicios, 54
 seducción subliminal, 167
 seguridad jurídica, 35
 sentencia definitiva, 35, 103
 separación doctrinal y académica, 36
 separacionistas, 37, 45
 Servicio de Administración Tributaria (SAT),
 79
 sistema
 Arbitral en Materia Financiera, 214
 bancario en el norte de Europa, 6
 de Administración Tributaria, 112
 de Información Empresarial Mexicano
 (SIEM), 90-91
 jurídico mexicano, 30
 sociedad(es), 124
 acto constitutivo de una, 290

anónima europea, 386
 capitalista. Su capital social, 294-305
 acciones como títulos representati-
 vos del capital social, 294
 aumentos y reducciones de capital,
 304
 prohibición a la sociedad anónima
 de adquirir sus propias acciones,
 299
 con objeto ilícito, 87
 de capitales (*intuitu capitalis*), 86, 222,
 256
 de personas (*intuitu personae*), 86, 222,
 256, 258, 261, 279, 281, 283,
 306, 412
 disolución anticipada de la, 264, 282,
 302, 317, 356, 413
 civil, 216
 constitución de una, 225
 Jurídica de Berlín, 22
 sociedad(es) anónima(s), 256, 285-389,
 294, 305, 343, 412, 423-424
 antecedentes, 286
 asamblea(s)
 accionistas, de, 312
 constitutiva. Concepto. Asuntos que
 debe tratar, 313
 especiales. Concepto. Asuntos que
 pueden tratar, 319
 extraordinarias. Concepto. Asuntos
 que pueden tratar, 316
 mixtas. Concepto. Asuntos que pue-
 den tratar, 318
 ordinarias. Concepto. Asuntos que
 pueden tratar, 314
 periodicidad de su celebración, 319
 concepto, 285
 convocatorias, 320
 quórum
 de presencia, 322
 según la ley, 323
 de votación, 323
 según la ley, 324
 requisitos de las, 320
 de capital variable, 263, 277, 304, 394,
 421, 423-424
 escritura constitutiva, 288

- estudio comparativo entre la sociedad anónima y las sociedades del derecho angloamericano, 382
- formalidades (ante notario o corredor público), 324
- formas de constitución, 305
- impugnación de los acuerdos de la asamblea. requisitos para hacerlo, 329
- nulidad de las asambleas, 328
- oposición en las asambleas, 329
- órgano de administración, 332
 - administrador único, 348
 - funciones, 349
 - responsabilidades, 349
- órgano de vigilancia, 350
 - atribuciones y facultades, 352
 - carácter colegiado o individual, 350
 - características del cargo, 350
 - funciones, 352
 - requisitos, 351
 - responsabilidades, 353
- órganos de la, 306
 - de control, 312
 - representativo, 309
- representante legal de la, 310
- sociedades anónimas bursátiles, 387-388
- suscripción
 - por comparecencia ante notario público, 305
 - pública, 306
- sociedad(es) con inversión extranjera directa (IED), 230-240, 248
 - actividades
 - en las que puede participar la IED, 235
 - reservadas, a mexicanos, 234
 - al estado mexicano, 234
 - admisibilidad del capital extranjero, 234
 - definiciones, 233
 - especial tratamiento de la inversión extranjera en bienes muebles, 238
 - generalidades y antecedentes, 230
 - inversión mexicana en el extranjero, 239
- sociedad(es) cooperativa(s), 390-399
 - antecedentes, 392
 - clasificación. Participación de órganos gubernativos, 394
 - de ahorro y préstamo, 398
 - derechos y obligaciones de los cooperativistas, 396
 - disolución y liquidación, 397
 - federación y confederaciones cooperativistas, 397
 - órganos sociales, 397
 - origen constitucional, concepto y mercantilidad, 390
 - procedimiento especial de constitución, 395
 - título representativo de la calidad de socio, 395
- sociedad(es) de responsabilidad limitada, 242, 265, 275-284
 - administración, 281
 - derechos y obligaciones de los socios, 280
 - distinción entre acciones y partes sociales, 279
 - examen del concepto legal, 278
 - importancia actual y concepto, 275
 - vigilancia, 283
- sociedad en comandita por acciones, 86, 221-222, 278, 345, 400-401, 405, 407-408
 - constitución, 407
 - derechos y obligaciones de los socios, 408
 - referencia histórica y concepto, 407
- sociedad en comandita simple, 86, 221-222, 400, 404-407
 - constitución, 406
 - derechos y obligaciones de los órganos de la sociedad, 406
 - referencia histórica y concepto, 404
- sociedad en nombre colectivo, 86, 222, 400-404, 406
 - constitución, 403
 - derechos y obligaciones de los socios, 403-404
 - referencia histórica y concepto, 401
- sociedad(es) extranjera(s), 257, 434-439
 - análisis de la *Ley de Inversión Extranjera*. Requisitos que exige la ley me-

- xicana para que las sociedades mercantiles extranjeras puedan ejercer el comercio, 435
- incumplimiento de los requisitos legales. Responsabilidad solidaria de los representantes, 437
- nacionalidad de una sociedad. Criterios para determinarla, 434
- quiebra de una sociedad extranjera, 437
- sociedades mexicanas establecidas en el extranjero, 437
- tratados sobre protección recíproca de las inversiones extranjeras, 438
- sociedad(es) ilícita(s), 272-274
 - concepto, 272
 - consecuencias, 273
 - ilicitud
 - actividades, por su, 273
 - objeto, por su, 272
- sociedad(es) inexistente(s)
 - concepto de cada una de ellas, 266
 - de hecho e irregulares, 87, 266-271
 - diferencias, 267
 - doctrina mexicana, 269
 - efectos y consecuencias de cada una de ellas, 268
 - responsabilidades, 267
 - tratamiento legal, 268
- sociedad(es) mercantil(es), 124-125, 216, 242, 247, 258, 291, 298, 312, 346, 395, 413, 438
- acta de asamblea de, 328
- aspectos relevantes de las, 241-265
 - documento social, 261
 - cláusulas
 - accidentales, 265
 - esenciales de la escritura social, 262
 - naturales, 264
 - para ampliar la capacidad social, 264
 - relaciones de la sociedad y los socios (sustantiva y adjetivamente), 257
- clasificación de las, 221
 - de capitales, 222
 - de personas, 222
 - mixtas, 223
- concepto, 216
- disolución de una, 410
- escisión de las, 425
 - concepto, 425
 - consecuencias, 428
 - derechos de los acreedores, 427
 - derechos de los socios, 427
 - formas, 425
 - semejanzas y diferencias con la fusión, 426
 - sociedades que participan, 426
- estudio comparativo entre las sociedades mercantiles y otras figuras jurídicas semejantes, 223
- moderno derecho comparativo, 228
- naturaleza jurídica, 218
 - acto constitutivo de las sociedades, del, 224
- presupuestos para su constitución, 218
 - affectio societatis*, 219
 - aportaciones sociales, 219
 - fin común, 220
 - representantes voluntarios, 311
- socio(s), 370
 - de cómodo, 139
 - derechos de los, 260, 424
 - corporativos y patrimoniales, 296
 - industriales, 219
 - obligaciones de los, 259
 - sociedades de un solo, 219
 - status* de, 396
- tabaco, 194-195
- Tabulating Machine Company, 70
- tarjeta(s) de crédito, 181, 188
- terminales punto de venta, 188
- tesis jurisprudencial, 32
- tiendas
 - de conveniencia, 208
 - tipo *Duty Free*, 208
- títulos de crédito, 55, 63, 286
 - de toda especie, 59
 - otros, análogos o relacionados, 300-304
- transformación de las sociedades mercantiles, 421-424

462 ÍNDICE ANALÍTICO

- cambio de capital fijo a variable, 422
- concepto, 421
- consecuencias, 423
- diferencias y semejanzas con la fusión, 421
- trust*, 182, 431

- unidades de inversión (UDIS), 212, 214
- unificación del derecho privado, 37-39, 50, 66
- unificación helvética, 41
- unimembre(s)
 - posibilidad de una limitada, 284
 - sociedad, 290-291, 293, 348
- Unión Europea, 73, 386
- Universidad de Pensilvania, 70
- unionistas, 36
- usufructo, 59

- vales de despensa, 188
- velo corporativo, levantamiento del (*disregard*), 244-245

- World Wide Web* (www.), 72

- zona restringida, 233, 238