

Derecho mercantil

Parte general y sociedades

Luis Eduardo Paredes Sánchez
Oliver Meade Hervert

Derecho mercantil

Parte general y sociedades

Luis Eduardo Paredes Sánchez
Oliver Meade Hervert

PRIMERA EDICIÓN EBOOK
MÉXICO, 2014

GRUPO EDITORIAL PATRIA

Para establecer comunicación
con nosotros puede hacerlo por:



correo:
Renacimiento 180, Col. San Juan
Tlihuaca, Azcapotzalco,
02400, México, D.F.



fax pedidos:
(01 55) 5354 9109 • 5354 9102



e-mail:
info@editorialpatria.com.mx



home page:
www.editorialpatria.com.mx

Dirección editorial: Javier Enrique Callejas
Coordinadora editorial: Verónica Estrada Flores
Diseño de interiores: Juan Manuel Loyola Silva
Diseño de portada: Eleazar Maldonado

Revisión técnica:
José de Jesús Galván Kirsch
Catedrático de la Universidad Iberoamericana
Profesor de Derecho Mercantil

Derecho Mercantil

Derechos reservados:

© 2014, Luis Eduardo Paredes Sánchez, Oliver Meade Hervert

© 2014, GRUPO EDITORIAL PATRIA, S.A. DE C.V.

Renacimiento 180, Colonia San Juan Tlihuaca,
Delegación Azcapotzalco, Código Postal 02400, México, D.F.

Miembro de la Cámara Nacional de la Industria Editorial Mexicana
Registro núm. 43

ISBN ebook: 978-607-438-856-5

Queda prohibida la reproducción o transmisión total o parcial del contenido de la presente obra en cualesquiera formas, sean electrónicas o mecánicas, sin el consentimiento previo y por escrito del editor.

Impreso en México
Printed in Mexico

Primera edición ebook: 2014

A Dios, a México, y a nuestras familias y amigos.

Luis Eduardo Paredes Sánchez

y

Oliver Meade Hervert.

Contenido

Prólogo	xv
Introducción	xvii

PRIMERA PARTE PARTE GENERAL

Capítulo I

Concepto y fuentes	3
1. Concepto	3
2. Fuentes del derecho mercantil	4

Capítulo II

Historia	15
1. Historia en el derecho universal	15
2. Historia del derecho mercantil mexicano	20

Capítulo III

Distinción entre derecho civil y mercantil y criterios de mercantilidad	25
1. Generalidades	25
2. Propuestas de derecho mercantil y civil indiferenciados	26

Capítulo IV

Acto de comercio	28
1. Actos absolutamente mercantiles	32
2. Actos de mercantilidad condicionada	32

Capítulo V

Sujeto de comercio. Comerciante	36
1. Concepto	36
2. Comerciante persona física	36
3. Comerciante persona moral	40
4. Personas morales extranjeras	41
5. Sujetos accidentales de comercio	41

Capítulo VI

Negociación mercantil o empresa	42
1. Concepto	42
2. La hacienda y sus elementos	42
3. Naturaleza jurídica	44

Capítulo VII

Obligaciones del comerciante	46
1. Enunciación	46
2. Publicidad mercantil	46
3. Inscripción en el Registro público de comercio	47
4. Mantener un sistema de contabilidad	47
5. Guardar la correspondencia	49

Capítulo VIII

Auxiliares mercantiles	50
1. Auxiliares del comerciante	50
2. Auxiliares del comercio	59

Capítulo IX

Registro público de comercio	63
1. Concepto y utilidad	63
2. Registro público de comercio como institución	64
3. Funcionarios	65
4. Principios registrales	65
5. Sistema registral	67
6. Folio mercantil electrónico	69
7. Documentos inscribibles	70

8. Sistema integral de gestión registral (SIGER)	70
9. Procedimiento registral	71
10. Clases de asiento	73
11. Denegación y suspensión del asiento	73
12. Consultas y certificaciones	74
13. Rectificación	74

SEGUNDA PARTE

SOCIEDADES MERCANTILES

SECCIÓN PRIMERA

SOCIEDAD MERCANTIL EN GENERAL

Capítulo I

Concepto	79
----------	----

Capítulo II

Personalidad jurídica	81
1. Concepto de personalidad jurídica	81
2. Personalidad jurídica de las personas morales	82
3. Crisis de la personalidad jurídica de las llamadas personas morales (Tesis del <i>Disregard of legal entity</i> o <i>Lifting the corporate veil</i>)	85

Capítulo III

Atributos de la personalidad y elementos esenciales de las sociedades mercantiles	88
1. Patrimonio y capital social	88
2. Capacidad	100
3. Objeto social	105
4. Duración	107
5. Domicilio	107
6. Denominación o razón social	108
7. Nacionalidad de las sociedades mercantiles	108

Capítulo IV

Constitución de sociedades mercantiles	120
1. Naturaleza jurídica del acto jurídico de constitución	120
2. Clasificación del contrato de sociedad	122
3. Elementos de existencia del contrato de sociedad	123
4. Elementos de validez del contrato de sociedad	124
5. Efectos del contrato de sociedad	126
6. Sociedad de hecho e irregular	131

Capítulo V

Representación de las sociedades mercantiles	134
1. Concepto y aplicación	134
2. Doctrina de los <i>actos ultra vires</i>	137
3. Actos realizados en exceso de facultades	138
4. Otorgamiento y prueba de la representación	138

Capítulo VI

Socios y sociedades respecto de los acreedores de ambos	142
--	-----

SECCIÓN SEGUNDA

TIPOS SOCIALES EN PARTICULAR

Capítulo I

Sociedad anónima	144
1. Historia	144
2. Conceptualización	147
3. Constitución	147
4. Fundadores	150
5. Acción	151
6. Accionista	175
7. Títulos emitidos por la sociedad anónima distintos de la acción	178
8. Órganos de la sociedad anónima	185

Capítulo II

Sociedad en nombre colectivo	210
1. Conceptualización	210
2. Antecedentes históricos	210
3. Razón social	212
4. Constitución	212
5. Capital social y parte social	212
6. Los socios	213
7. Órganos de la sociedad	215
8. Modificación	217

Capítulo III

Sociedad en comandita simple	218
1. Concepto	218
2. Antecedentes históricos	218
3. Marco normativo	218
4. Razón social	219
5. Constitución	219
6. Capital social y partes sociales	219
7. Transmisión de partes sociales	220
8. Socios	220
9. Responsabilidad del socio comanditado	221
10. Obligación de no competencia	221
11. Órganos	222
12. Modificación de estatutos	224

Capítulo IV

Sociedad de responsabilidad limitada	225
1. Conceptualización	225
2. Antecedentes históricos	225
3. Denominación	226
4. Constitución	227
5. Capital social y partes sociales	227
6. Transmisión de partes sociales	228
7. Socios	229
8. Órganos de la sociedad	233

Capítulo V

Sociedad en comandita por acciones	238
1. Conceptualización	238
2. Marco normativo	238
3. Antecedentes históricos	239
4. Razón o denominación social	239
5. Constitución	239
6. Capital social	240
7. Transmisión de las acciones	240
8. Socios	240
9. Responsabilidad del socio comanditado	241
10. Obligación de no competencia	241
11. Órganos de la sociedad	241
12. Modificación	242

SECCIÓN TERCERA

RÉGIMEN DE CAPITAL VARIABLE

Capítulo único

1. Origen y antecedentes	243
2. Sociedades a las que aplica	244
3. Naturaleza jurídica	244
4. Reglas que rigen a las sociedades de capital variable	246
5. Capital mínimo	248
6. Reglas para el aumento y disminución	248
7. Inscripción en el Registro público de comercio	249

SECCIÓN CUARTA

NEGOCIOS CORPORATIVOS ESPECIALÍSIMOS

Capítulo I

Fusión de sociedades mercantiles	250
1. Conceptualización	250
2. Estudio de la fusión como contrato	254
3. Algunos problemas que surgen con la fusión	263
4. Ineficacias de la fusión	271

Capítulo II

Transformación	272
1. Delimitación del tema	272
2. Sociedades que pueden transformarse	272
3. Efectos de la transformación	273
4. Reglas que rigen la transformación (con subsistencia de la personalidad jurídica)	275
5. Algunos problemas que surgen con la transformación	277

Capítulo III

Escisión	279
1. Conceptualización	279
2. Naturaleza jurídica	279
3. Reglas que rigen la escisión	280
4. Algunos problemas que se presentan con la escisión	283
5. <i>Escisión-fusión</i>	284

SECCIÓN QUINTA

TERMINACIÓN DE LA VIDA DE LA SOCIEDAD

Capítulo I

Disolución	285
1. Conceptualización	285
2. Causales de disolución	286
3. Comprobación e inscripción de las causales de disolución	286
4. Consecuencia respecto de los administradores	287
5. Reglas especiales para la sociedad en nombre colectivo y para las sociedades en comandita simple y por acciones	287
6. Posibilidad de revocar la disolución	287

Capítulo II

Liquidación	289
1. Generalidades	289
2. Liquidadores	289

3. Procedimiento para sociedades de personas	292
4. Procedimiento para sociedades de capitales	292

TERCERA PARTE

SOCIEDADES EXTRANJERAS DE NATURALEZA MERCANTIL

Capítulo único

1. Generalidades	297
2. Actuación ocasional de una sociedad extranjera de naturaleza mercantil	298
3. Realización habitual de actos de comercio por una sociedad extranjera de naturaleza mercantil	298

CUARTA PARTE

ASOCIACIÓN EN PARTICIPACIÓN

Capítulo único

1. Generalidades	303
2. Clasificación del contrato	303
3. Elementos del contrato	305
4. Derechos y obligaciones de las partes	305
5. Supletoriedad	307

Bibliografía	309
--------------	-----

Prólogo

Con agrado recibí la amable invitación que me hicieron los autores de esta obra titulada “Derecho mercantil. Parte general y sociedades”, licenciados Luis Eduardo Paredes Sánchez y Oliver Meade Hervert. Obra que se dirige principalmente a estudiantes de derecho mercantil y que por su didáctica les ayudará en su preparación profesional, en el cual los autores esbozan teorías novedosas y particulares de su autoría.

Encontrando en primer lugar, un índice rico en los temas que tratan, empezando con el concepto de derecho mercantil, para pasar a desarrollar posteriormente sus fuentes, reglas de interpretación, antecedentes históricos, la distinción entre las dos ramas que constituyen nuestro derecho privado, los actos de comercio, el comercio y el comerciante conjuntamente con sus derechos y obligaciones, que por dicho carácter le da la Ley, pasando por los auxiliares mercantiles, para finalizar con el análisis del Registro público de comercio.

En la segunda parte, los autores estudian desde conceptos jurídicos fundamentales como lo es la personalidad de las personas jurídicas pasando por sus atributos que son inherentes a su calidad de persona; cual es el caso del nombre, objeto, duración, capacidad, nacionalidad y el que es *sine qua non* para las personas jurídicas que es el patrimonio (distinguiéndolo del concepto económico del capital social); el acto jurídico de su constitución analizando sus elementos de existencia y de validez, estos últimos dentro del marco de la teoría general del derecho.

Posteriormente, los autores analizan los tipos sociales, invirtiendo el orden que para ellos da la *Ley general de sociedades mercantiles*, ya que empiezan por la sociedad más importante en la actualidad, como es la sociedad anónima, su historia, los títulos de crédito representativos del capital-acciones, sin dejar de analizar sus órganos: deliberativo, “asamblea”, representativo que pueden ser el Consejo de Administración como órgano colegiado o Administrador Único si fuese unitario, y de vigilancia integrado por el o los comisarios y con dicha estructura de estudio abordan a los demás tipos sociales.

Para finalizar, estudian los elementos comunes aplicables a todas las sociedades, cual es el caso de la modalidad del capital variable, la fusión, escisión y transformación de sociedades; y por último, la disolución y liquidación de estos entes sociales comerciantes.

Introducción

En adición a lo que gentilmente ha mencionado el maestro Ignacio Soto Sobreyra y Silva, como autores, diremos que la presente obra se ofrece como una opción para el estudiante que busca adentrarse en la materia del derecho mercantil, brindándole elementos necesarios para comprender sus principios, particularidades, reglas y tendencias, y por otro lado ofrece también un espacio de *ocio intelectual* a quien busca ahondar en las más controvertidas figuras del derecho mercantil.

Más que cualquier otra rama del frondoso árbol del derecho, el derecho mercantil se ha ido creando y recreando a través de la solución de situaciones concretas que se presentan en el complejo y cambiante mundo del comercio... mundo que, cada vez más, crece exponencialmente, se acelera y se expande a todas las áreas productivas y económicas y se proyecta, a cada momento, hacia un horizonte global.

Ha sido tal el crecimiento de esta disciplina, que hoy parece abarcar la mayor parte del derecho privado tanto doctrinal como judicialmente, al grado de que parece dejar en un segundo plano la materia civil; lo cual no es tan exacto, pues en última instancia, es la materia civil, a pesar de su menor extensión legislativa, el sustrato de todo derecho privado.

Al estudiar el derecho mercantil, se debe partir, en cierto sentido, de un criterio más abierto y, en otro, más cerrado que cuando se estudia el derecho civil.

Hablamos de un criterio más abierto por cuanto es un derecho que debe adecuarse a las necesidades de una realidad que es eminentemente cambiante, que no se puede someter a criterios rígidos ni a formalismos arcaicos que puedan ser un límite al desarrollo del comercio. Así pues, al estudiar Derecho mercantil, debemos, sin olvidarlos, adecuar los dogmas jurídicos del derecho privado, a su mínima expresión, y estar dispuesto a explorar más y nuevas tendencias.

Decíamos, por otro lado, que en cierto sentido también debemos tener un criterio más estrecho. Esto lo afirmamos por cuanto uno de los dogmas del derecho privado que debemos superar, es el de la autonomía de la voluntad (como partera del derecho), pues el derecho comercial regula situaciones en las que existen intereses en juego de primerísimo orden, en muchos casos vitales para la economía de un estado, y aún más: para la economía global.

Es por ello que la autonomía de la voluntad (y con ella, el derecho dispositivo) tiene mayores restricciones en el derecho mercantil que en el derecho civil, y es frecuente que el legislador establezca diversos candados, para proteger al pequeño del grande y a la colectividad del individuo.

En el presente texto, si bien partimos de las posturas tradicionales, abordamos también, desde la interpretación misma de la ley, posturas de avanzada entre los doctrinarios de la nación.

De la tradición, buscamos explicar las bases y fundamentos del derecho mercantil, y del derecho comparado y del análisis propio de las figuras jurídicas, buscamos obtener criterios modernos y prácticos para entender nuestra legislación y adecuarla a las necesidades actuales del comercio, particularmente respecto de figuras complejas, respecto de las cuales suele haber debate en la doctrina nacional y extranjera.

Al proponer posturas diversas a las tradicionales no buscamos en modo alguno imponerlas sobre otras —quizá— mucho más autorizadas que las nuestras, sino tan solo ofrecer una interpretación válida, fundamentada y orientada a una finalidad práctica, de los textos legales y las figuras e instituciones contenidas en los mismos. En este punto, es necesario recordar que el derecho es una obra inacabada y que de la propuesta de nuevas alternativas y de la discusión que sobre ellas se suscite, se logrará, cada vez más, una mejor formación, para quienes se inician en esta disciplina o buscan conocer más sobre ella.

En la primera parte del libro, dedicada a las generalidades del derecho mercantil, se estudia el concepto del mismo, así como sus fuentes, entre ellas la ley, y al tratarla, ponemos especial cuidado en explicar la manera en que, en concepto de los autores, ésta debe ser interpretada, por lo que a lo largo del libro, se hace constante referencia a la interpretación de la ley.

En esta parte se estudia la distinción entre derecho mercantil y civil, los criterios de mercantilidad y se analiza la posibilidad de un derecho privado indiferenciado. Se hace un breve estudio sobre la negociación mercantil o empresa, los derechos de los comerciantes, los auxiliares mercantiles y el registro público de comercio.

La segunda parte, está destinada a las sociedades mercantiles, y por la extensión del tema, está dividida en secciones.

En la primera sección, se estudia a las sociedades mercantiles en general; entre otros aspectos, se trata el tema de la personalidad jurídica y se explora la teoría del *Disregard of legal entity*, así como su aplicabilidad o no en el derecho societario mexicano. Se estudia en esta sección tanto a la sociedad mercantil como persona moral (en sí y en relación con los socios y con terceros); como al contrato de sociedad, son sus requisitos, elementos y efectos.

En la segunda sección se estudia a cada uno de los tipos sociales previstos por la *Ley general de sociedades mercantiles*. En este estudio, por la importancia que ha cobrado en la vida jurídica y económica, se trata con mucha mayor profundidad a la Sociedad anónima.

La tercera sección se refiere al régimen de capital variable, y en ella se exploran los diferentes tratamientos que se ha dado a dicha figura.

La cuarta sección se ha consagrado a algo que hemos denominado “Negocios corporativos especialísimos”, a los que nos referimos así, por ser el término *negocio* de amplitud

suficiente para abarcar las figuras de fusión, transformación y escisión. Decimos que son especialísimos, pues los tres fenómenos presentan características de excepción a diversas reglas y principios de derecho, y en esa medida deben ser reservados a las materias que son contempladas en la ley. En este punto se han abordado dichos temas en relación con la existencia de los mismos con o respecto de sociedades de distintas nacionalidades o naturaleza, así como los diversos problemas que pueden darse en torno a dichas figuras.

Se cierra esta parte con la sección quinta, en la que se estudia el final de la vida de las sociedades en sus dos momentos: la disolución y la liquidación.

La tercera parte, se dedica a las personas morales de naturaleza privada, llamadas así porque, en estricto sentido, sólo son sociedades mercantiles para el efecto de la ley, las enunciadas por el artículo primero de la *Ley general de sociedades mercantiles*.

Finalmente, la cuarta parte se dedica al contrato de Asociación en participación, y se pone por separado porque, aun cuando se regula en la ley societaria, su naturaleza no es tal.

El presente libro busca ser claro y esquemático, comprensible sí, para alumnos que apenas se adentran en la materia, pero al mismo tiempo, pretende tratar con la profundidad debida temas que merecen una consideración especial, por su complejidad o por las controversias, que, en el ámbito doctrinal o judicial, se han dado.

Temas en los que buscamos ser particularmente profundos y que pueden ser de utilidad al investigador son: el método interpretativo de la ley que proponemos, la propuesta de un derecho privado indiferenciado, el concepto de especulación comercial, la crisis de la personalidad jurídica de las personas morales (tesis del *Disregard of legal entity* o *Lifting the corporate veil*), la capacidad de las sociedades mercantiles y su vinculación con el objeto social, la nacionalidad de las sociedades mercantiles y particularmente su posibilidad de cambio, el estudio del acto jurídico por el que se crea una sociedad mercantil y el momento en que surge la personalidad jurídica, la representación de las sociedades mercantiles, el estudio de la acción como título de crédito, los aquí llamados fenómenos corporativos especialísimos y el régimen de capital variable.

Queda pues a juicio del lector y es por tanto su tarea, el provecho que pueda sacar de este texto, pues puede limitarse a aprender las bases y principios que norman la materia, o bien, en cierta medida, profundizar más en el conocimiento de la misma, y con los elementos que aquí se aportan, lanzarse a la investigación y a ampliar lo dicho, sea en el mismo sentido, sea en uno diverso, pero siempre en un afán de hacer crecer cualitativa y cuantitativamente la doctrina nacional, en el ámbito específico que nos ocupa.

Agradecemos sin más a quien a estas líneas atiende y nos ponemos a su disposición.

Luis Eduardo Paredes Sánchez
y Oliver Meade Hervert

Primera parte
Parte general

Concepto y fuentes

1. Concepto

§¹ **A** lo largo de la historia, el concepto de Derecho Mercantil ha tenido muchas variaciones, más que la mayoría de las otras ramas del derecho; esto se debe al dinamismo que siempre tuvo el comercio que, por regla, siempre va un paso adelante del derecho. Así, existe gran diversidad de conceptos acerca de esta rama del derecho privado, el cual ha sido considerado desde un derecho costumbrista, hasta un derecho de leyes, y ahora con una clara tendencia a la globalización por el gran desarrollo que en los últimos años tiene el comercio internacional.

Por esta complejidad de planteamientos, subraya Langle, se ha producido la gran variedad de conceptos o definiciones posibles.

Por tanto, podemos agruparlos así:

- a) Conjunto de normas jurídicas del comercio (Supino, Blando Constans, Benito y Endara Silvela, entre otros).
- b) Derecho de comerciantes (Cosack, Gierke).
- c) Derecho de los actos de comercio (Julliot de la Morandiere, Wahl, Marghieri, Thaller, entre otros).
- d) Derecho de los actos de comerciantes, cosas y actos de comercio (Gay de Montellá, Estasen, entre otros).¹

A estos conceptos podemos añadir el que ha empezado a predominar en la práctica que es el de *derecho del empresario*.

Para dar una definición lo más amplia posible, de fácil comprensión y que abarque los diferentes elementos de la materia, diremos que:

El derecho mercantil es la rama del derecho privado que regula los actos de comercio, la organización de las empresas, las actividades del comerciante —ya sea éste individual o colectivo— y los negocios sobre cosas mercantiles.

¹ Martínez Val, José María, *Derecho mercantil*, Bosch, Barcelona, 1979, p. 8.

2. Fuentes del derecho mercantil

§2. Entendemos por fuente aquello de donde brota, surge o nace algo (en este caso: *el derecho mercantil*).

Es preciso distinguir entre *fuerza material* (elemento que contribuye a la creación del derecho: convicción jurídica de los comerciantes, tradición, naturaleza de las cosas y otros factores morales, económicos, políticos, entre otros) y *fuerza formal* (el origen de la reglamentación).

Centraremos nuestro estudio en las fuentes formales del derecho mercantil, es decir: la ley, la jurisprudencia, la costumbre, los tratados internacionales y la doctrina.

2.1 La ley

2.1.1 Generalidades

§3. La ley es la principal fuente formal del derecho mercantil y en nuestro derecho, elaborarla corresponde al Congreso de la Unión, según establece:

La *fracción X del artículo 73 Constitucional*

El Congreso tiene facultad:

X. [...] Para legislar en toda la República sobre hidrocarburos, minería, industria cinematográfica, comercio [...].

Sin embargo, para nuestros fines, entendemos por *ley mercantil* [...] no sólo las normas emanadas del Poder Legislativo Federal, sino también las que dictó el Ejecutivo en uso de las facultades extraordinarias que recibió del Legislativo.

Es importante saber reconocer qué leyes o disposiciones tienen el carácter de mercantiles, a este efecto el maestro César Vivante señala:

Las leyes mercantiles, exceptuado el nombre de *Código de Comercio*, no son designadas por el legislador con un calificativo o una contraseña que determine su naturaleza y su función comercial, sino que derivan su carácter mercantil de la materia que encierran, de su contenido. Para decidir si una ley o una disposición de ley particular es mercantil se precisa una indagación preliminar, es decir, examinar si sirve para regir una relación perteneciente a la materia comercial; y en esta indagación se deberá considerar principalmente el *Código de Comercio*, que determina cuáles son los actos y las personas que tienen carácter mercantil.²

Así, debemos atender a los actos y personas reguladas por una ley, y así encontrar disposiciones mercantiles en leyes típicamente mercantiles y en leyes en lo general, no mercantiles.

En el caso mexicano, por el contexto histórico de nuestra ley, existe un grupo de leyes claramente identificadas como mercantiles.

Nuestra legislación mercantil se encuentra sumamente dispersa, toda vez que, por una parte, muchas de las materias que originalmente se encontraban reglamentadas en el *Código de*

² Vivante, César, *Tratado de derecho mercantil*, trad. Ricardo Espejo de Hinojosa, ed. Reus, Madrid, 1932, volumen I, p. 31.

Comercio, se han segregado de éste en virtud de leyes derogatorias; y por la otra, se han expedido múltiples ordenamientos que han venido a regular materias no comprendidas antes en dicho código, de aquí que pueda decirse que nuestra legislación mercantil se encuentra integrada por el *Código de Comercio* y por las *leyes derogatorias y complementarias de él mismo*.

En cuanto a las leyes derogatorias del código podemos citar como ejemplos a la *Ley general de títulos y operaciones de crédito*, la *Ley general de sociedades mercantiles*, la *Ley general de sociedades cooperativas*, y otras.

Por lo que toca a leyes complementarias es posible citar las leyes financieras en su conjunto, que han dado un paso fuera del derecho mercantil, acercándose un tanto al derecho administrativo.

El *Código de Comercio* es pues, supletorio de las demás leyes mercantiles y, por otro lado, el derecho común es supletorio del derecho mercantil (*artículo 2 del Código de Comercio*).³ Por ello es aplicable el *Código Civil Federal* en lo que se refiere a los conceptos civiles a que hace referencia la legislación mercantil. Pero en lo que se refiere a actos civiles, que vayan a tener relevancia en el ámbito mercantil, estaremos sujetos a la legislación civil de cada Estado, por lo que sería de gran utilidad unificar la materia civil con la posibilidad propuesta por autores de la talla de César Vivante de unificar incluso la materia civil y la comercial,⁴ al menos en la parte de derecho de obligaciones.

2.1.2 Interpretación de la ley

§4. Este tema es fundamental en el desarrollo del resto del libro y más adelante, al estudiar diversas figuras se hará referencia a esta parte, con la finalidad de entender bien lo que la ley dispone en cada caso.

Interpretar es desentrañar el sentido de la ley, o como señala el maestro García Maynez, [...] descubrir el sentido que encierra.⁵ Para Francesco Messineo,⁶ [...] Interpretación (o hermenéutica) es la investigación y la penetración del sentido y del alcance efectivo de la norma, esto es la atribución de un significado.

Cuando la ley es clara y su aplicación al caso concreto es fácil, no es tan importante la labor interpretativa; sin embargo, ésta es definitoria cuando el texto de la ley no es claro, tiene lagunas o su aplicación al caso concreto presenta alguna complejidad.

La finalidad última de la interpretación es descubrir [...] la inteligencia de la voluntad (o *mens*) de la ley en sí, asumida como entidad objetiva, que debe considerarse separada del conjunto de los sujetos que la estatuyen.⁷

³ *Artículo 2*, A falta de disposiciones en 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.

⁴ Vivante, César, *op. cit.*

⁵ García Máñez, Eduardo, *Introducción al estudio del derecho*, 50ª ed., Porrúa, México, 1999, p. 327.

⁶ Messineo, Francesco, *Manual de derecho civil y comercial*, trad. Santiago Sentis Melendo, ed. Ejea., Buenos Aires, 1979, tomo I, p. 95.

⁷ *Ibid*, p. 96.

La interpretación de la ley, atendiendo al sujeto que la realiza puede ser:

a) Auténtica:

Es la interpretación hecha por el propio legislador en el texto legal.

b) Judicial:

Es la interpretación hecha por el poder judicial y que es vinculante para las partes; una vez que se dicta sentencia, esta interpretación puede tener alcances generales si se forma jurisprudencia, como se verá más adelante.

c) Doctrinal:

Esta interpretación la puede hacer cualquier jurista basado en métodos científicos y, aunque no vincula, sí suele tener repercusión en las interpretaciones auténtica y judicial, e incluso en la redacción de nuevas leyes.

Métodos de interpretación

§5. Mucho se ha discutido en la doctrina sobre el método más adecuado para interpretar la ley, y no existe un acuerdo general en ese sentido.

El maestro García Máynez⁸ señala que existen dos extremos en cuanto a los métodos de interpretación:

a) Uno basado en el texto de la ley, conocido por la doctrina como *exegético* y por algunos autores como *sistema filológico histórico*. Se caracteriza por la aplicación del texto de la ley y a falta de un texto preciso, por la búsqueda de la voluntad del legislador, a través, principalmente, del estudio de los trabajos preparatorios, discusiones legislativas y antecedentes legislativos.

Este sistema ha sido el predominante en México, tanto a nivel doctrinal como a nivel judicial.

b) El segundo extremo señalado por el maestro es el *lógico sistemático* (en palabras de Radbruch), que se caracteriza por buscar el sentido *lógico-objetivo de la ley*, o como señalábamos en líneas anteriores, la inteligencia de la misma. Existen diversas posturas que pueden ser encajadas en este supuesto, pero de acuerdo con ésta, la ley no tiene un solo significado, ni es relevante la voluntad del legislador, pues éste ni siquiera existe como tal (como voluntad), pues son tantas las personas y voluntades distintas que intervienen en el proceso legislativo, que la llamada *voluntad del legislador* se diluye.

Consideramos que la labor interpretativa no puede ser de criterio tan estrecho como lo señala la primera escuela, pero también que existe el peligro de caer en la arbitrariedad del intérprete, si no entendemos que la interpretación tiene límites.

Lo más adecuado es no suscribirse a ninguno de los dos extremos y utilizar las distintas herramientas interpretativas que dan las diversas escuelas para, de forma holística, poder entender a cabalidad y con un sentido práctico el sentido de la ley.

⁸ Cfr. García Máynez, *Introducción...*, op. cit., nota, pp. 325-355.

Así, al interpretar contaremos con elementos o cánones de interpretación, sin estar suscritos a uno en particular, pues todos persiguen un mismo fin. [...] El intérprete —señala Messineo— debe tener en cuenta cada uno de ellos y utilizarlos todos, si es necesario.⁹ Lo anterior es lo que nosotros definimos como *método de la interpretación*.

A continuación estudiaremos brevemente dichos elementos:

a) **§6.** Elemento *literal*:

Atiende al significado propio de las palabras y al que adquieren en su conjunto. Debe advertirse que comúnmente la ley utiliza las palabras no en su sentido común, sino más bien en su sentido técnico-jurídico y así deberá considerarse al leer un texto legal.

Este método es el punto de partida para el método de interpretación y puede ser llamado también *exégesis*.

b) **§7.** Elemento *intención del legislador*:

Para determinar la *intención de la ley*, que es de carácter objetiva, es importante entender la *intención del legislador*, que es de carácter subjetiva.

Como ya se dijo, debe tenerse en cuenta que el legislador no es una sola persona y es probable, que en todas las personas que intervienen, no existiera una misma voluntad, lo que relativiza un tanto este método; sin embargo, para lograr conocer cuál fue la voluntad del legislador sirve seguir el proceso mental de quien elaboró la norma (de hecho, más de los redactores que de quienes finalmente votaron su aprobación), de tal forma que se entienda no sólo lo que el legislador dijo, sino también lo que quiso decir.

Sirve al efecto recurrir a las exposiciones de motivos, los trabajos preliminares, las discusiones parlamentarias, las doctrinas predominantes al redactarse la norma, y las necesidades imperantes del momento que llevaron a la redacción de la ley (*ocassio legis*).

Para que estos elementos nos sirvan, es necesario que coincidan en lo esencial con el texto final aprobado, que no sean contradictorios, que sean coherentes y que estén expresados de manera clara.

En ocasiones, el legislador ocupa *definiciones*, las cuales nos dejan ver cuál era la inclinación doctrinal de los redactores. No consideramos esta práctica incorrecta, como se ha dicho por diversos autores, pues muchas veces una definición nos revela la orientación que quiso darle el legislador a una institución jurídica. Gran favor nos hubiera hecho el legislador definiendo con claridad instituciones como la sociedad conyugal, la transformación (véase §381 y siguientes), el derecho del tanto y muchas otras figuras respecto de las cuales ni la doctrina ni la jurisprudencia han podido hallar acuerdo ni aun en los rasgos fundamentales.

⁹ Messineo, Francesco, *Manual de...*, op. cit., nota, tomo I, p. 98.

c) **§8.** Elemento *sistemático*:

Este método es útil en cuanto las proposiciones legales se coordinan en todo el sistema legal para dar forma a instituciones jurídicas, que en el todo legal cubren las distintas necesidades de la sociedad, de manera que se resuelva una universalidad de casos que puede ofrecer la realidad.

De esta forma, toda norma individual debe ser entendida como parte de una institución y toda institución, como parte del sistema, de tal modo que dicha norma será entendida [...] en su integridad y por medio de las otras normas.¹⁰ [...] Pero sistema —señala Messineo— no es esto solamente: es también inmanencia del principio de *no contradicción* (o sea, de cohesión o de coherencia lógica), entre grupos singulares o grupos de normas.¹¹ Este tema es para nosotros *fundamental* en la interpretación legal, pues *se debe buscar en todo momento interpretar la ley, de manera que sea lógica con el resto del ordenamiento jurídico*, sin que se presenten situaciones extravagantes en las que se busquen salidas a casos concretos, sin que se entiendan las demás disposiciones legales.

d) **§9.** Elemento *histórico*:

Este método analiza una disposición legal, con base en sus antecedentes legislativos (norma que estuvo en vigor antes que la que ahora se interpreta), así como los modelos legislativos que se consideraron para redactar la ley. Un ejemplo de esto es la redacción de los códigos civiles del Distrito Federal, inspirados en códigos como el napoleónico o el proyecto de García Goyena.

e) **§10.** Elemento de *hecho*:

Éste se apoya en la situación de hecho que la norma se propone regular. Debe ser considerada en sentido jurídico y apoyada en estudios técnicos y económicos.

f) **§11.** Elementos *auxiliares*:

El método interpretativo se apoya además en varios criterios, o ingeniosidades jurídicas, que nos ayudan a desentrañar el sentido de la ley; a continuación se mencionan algunos:

I. Argumento *a fortiori* (mayoría de razón):

Éste puede ser *a maiori ad minus* cuando se entiende que si la ley da un derecho de amplitud mayor, también debe dar, en el mismo sentido, una facultad de amplitud menor: se enuncia de la siguiente manera, si _____ puede hacer esto, con mayor razón puede hacer lo otro. También puede ser *a minori ad maius* en cuyo caso, se entiende que si una persona de categoría superior es inhábil para algo, con mayor razón un sujeto de categoría inferior debe ser inhábil.

¹⁰ Messineo, Francesco, *op. cit.*, nota, p. 101.

¹¹ *Idem.*

II. Argumento *a contrario sensu*:

Se aplica a las normas de carácter excepcional en el sentido de que si una norma de excepción aplica a un caso, a los otros casos, en sentido contrario, no debe aplicar. Un fundamento para este tipo de argumento es el artículo 11 del *Código Civil Federal*.¹²

III. Argumento *a silentio* (o *ex silentio*):

Se basa en la consideración de que la ley, mientras ha dispuesto en un determinado sentido para una materia, ha callado a propósito de materias afines.

IV. *Sedes materiae* (o interpretación locativa):

Hace referencia al lugar en el que fue ubicada la norma físicamente. Es importante señalar que ésta, como los demás métodos, no son definitorios, salvo en ciertas ocasiones.

V. Disposición *coordinada* o *combinada*:

Se interpretan normas o instituciones de forma coordinada, y se enuncia: *el artículo X en relación con lo que dispone el artículo Y*.

VI. Argumento *ad absurdo* (o *ad absurdum*):

Este argumento sirve para negar la bondad de una determinada interpretación exagerando sus consecuencias, para que éstas se escuchen disparatadas. Se puede enunciar así: *si fuera válida la interpretación llegaríamos al absurdo de considerar...*

VII. *Antinomias*:

Ésta se da en el caso de dos normas vigentes incompatibles entre ellas, en este caso el intérprete deberá, utilizando todos los medios interpretativos, conciliar las disposiciones, y sólo en caso de que ello sea imposible, quitarle valor total o parcialmente a una de las disposiciones. Para ello, se usarán las siguientes reglas: *a)* norma posterior deroga a la norma anterior, *b)* norma especial deroga a la norma general, *c)* ley de jerarquía superior deroga a la norma de jerarquía inferior. En caso de igualdad en todos esos criterios, se desechará la que respecto de las demás normas, en una interpretación sistemática, sea contraria a los principios del sistema.

Para terminar con este tema, expondremos brevemente dos tendencias interpretativas que aunque han sido enunciadas de forma absoluta, para nosotros serán nuevos elementos que podrán ser utilizados para la interpretación basada en la combinación de elementos que integran el método interpretativo aquí propuesto:

1. **§12.** Método histórico-evolutivo. Según este método, partiendo del supuesto de la vida propia de la norma, ésta va adquiriendo nuevo significado con el tiempo.

¹² Artículo 11, Las leyes que establecen excepción a las reglas generales, no son aplicables a caso alguno que no esté expresamente especificado en las mismas leyes.

Para nosotros no es algo nuevo, coincidimos en que así debe ser, pero siempre dentro de los límites marcados por la norma. Esto se puede enmarcar dentro del sistema lógico-sistemático de Rádbruch y puede utilizarse, si de una interpretación integral no resultan contradicciones.

2. **§13.** Método teleológico (también llamado *jurisprudencia de intereses*). Según este método el intérprete debe realizar su labor con base en los intereses perseguidos en cada caso, adecuando el significado de la norma y aún forzándolo, logrando el fin que se propone. Consideramos que esto tampoco es nuevo, pues ya Kelsen lo había propuesto. Pero estimamos que esto debe ser dentro del marco establecido por la ley, sin ir en contra de ella, pues, de lo contrario, podríamos caer en la arbitrariedad del intérprete. Por lo demás, creemos que es válido utilizar esta interpretación siempre y cuando no se atente contra principios fundamentales del sistema jurídico ni se desnaturalice alguna institución.

2.2 La costumbre

§14. En los sistemas de derecho escrito, la costumbre ocupa un papel secundario o limitado en cuanto a la productividad de normas jurídicas, en relación con la ley, aunque le reconocemos a la costumbre el carácter de fuente formal si la ley remite a ella (*secundum legem*).

Ahora bien, en forma tradicional y unánime se reconoce que son dos los elementos constitutivos de la costumbre, de los cuales uno es materia u objetivo (*inveterata consuetudo*) y el otro subjetivo (*opinio iuris seu necessitatis*), y se define como la repetición constante y generalizada de un hecho con la convicción de que ese actuar es jurídicamente obligatorio.

Nuestra legislación, para el efecto de colmar algunas lagunas o en prevención de ellas, con alguna frecuencia remite a la costumbre y a los usos mercantiles, y consideramos que siempre habrá de recurrir a ellos en la medida que la ley lo permita.

Por tanto, diremos que si bien históricamente gran parte de las normas comerciales encuentran su origen en la costumbre, en la actualidad la importancia de esta fuente ha disminuido sensiblemente dada la cada día más frecuente intervención del legislador en materia de comercio para dictar normas que se ajusten en forma eficaz y rápida a las circunstancias siempre cambiantes del comercio. Sin embargo, esto no quiere decir que no existan algunas costumbres comerciales que regulen casos imprevistos por el legislador, pero por remisión del mismo (*costumbre secundum legem*).

2.3 Jurisprudencia

2.3.1 Generalidades

§15. El término jurisprudencia tiene significados diversos, entre los más relevantes figuran:

- a) Ciencia del derecho.
- b) Conjunto de decisiones de los tribunales de un Estado.
- c) Criterio sustentado por los tribunales al interpretar la ley a través de la decisión de casos concretos.

El que a nuestro efecto interesa es el tercero de los conceptos señalados, y en ese sentido, jurisprudencia se define como:

[...] el criterio aislado o reiterado, sustentado por los órganos jurisdiccionales a través de sus providencias decisorias de casos concretos, mediante el cual se fija el sentido que debe darse a la ley y que por virtud de mandato legislativo, puede ser o no obligatorio como norma de conducta para el juzgador en casos similares o iguales.¹³

Así pues, la jurisprudencia es una norma o un conjunto de normas jurídicas cuya finalidad es determinar la interpretación que debe dársele a otra norma jurídica. Al interpretar una norma jurídica, el órgano facultado emite otra que establece cómo debe ser entendida.

Para que dicha jurisprudencia sea obligatoria para los jueces, dice la *Constitución* en su *artículo 94, octavo párrafo*:

La ley fijará los términos en que sea obligatoria la jurisprudencia que establezcan los tribunales del Poder Judicial de la Federación sobre interpretación de la *Constitución*, leyes y reglamentos federales o locales y tratados internacionales celebrados por el Estado Mexicano, así como los requisitos para su interrupción y modificación.

Y por otro lado en el *artículo 107, en su fracción XIII*:

Cuando los Tribunales Colegiados de Circuito sustenten tesis contradictorias en los juicios de amparo de su competencia, los ministros de la Suprema Corte de Justicia, el procurador general de la República, los mencionados tribunales o las partes que intervinieron en los juicios en que dichas tesis fueron sustentadas, podrán denunciar la contradicción ante la Suprema Corte de Justicia, a fin de que el pleno o la sala respectiva, según corresponda, decidan la tesis que debe prevalecer como jurisprudencia.

Cuando las salas de la Suprema Corte de Justicia sustenten tesis contradictorias en los juicios de amparo, materia de su competencia, cualquiera de esas Salas el procurador general de la República o las partes que intervinieron en los juicios en que tales tesis hubieran sido sustentadas, podrán denunciar la contradicción ante la Suprema Corte de Justicia, que funcionando en pleno decidirá cuál tesis debe prevalecer.

¹³ Esta definición es del licenciado Sergio Torres Eyra, en su tiempo, secretario de estudio y cuenta de la Suprema Corte de Justicia de la Nación. En el artículo "Jurisprudencia Mexicana".

La resolución que pronuncien las salas o el pleno de la Suprema Corte en los casos a que se refieren los dos párrafos anteriores, sólo tendrá el efecto de fijar la jurisprudencia y no afectará las situaciones jurídicas concretas derivadas de las sentencias dictadas en los juicios en que hubiese ocurrido la contradicción.

Los órganos facultados para emitir jurisprudencia son únicamente la Suprema Corte de Justicia de la Nación (SCJN), los Tribunales Colegiados de Circuito (TCC), el Tribunal Federal de Justicia Fiscal y Administrativa (TFJFA) y el Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación (TEPJF).

La jurisprudencia puede ser creada de dos maneras:

1. Cuando el pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación (SCJN) contradice criterios sostenidos por las salas o por los Tribunales Colegiados de Circuito (TCC), o cuando alguna de las dos salas de la Suprema Corte de Justicia de la Nación (SCJN) lo hace de aquéllos de los Tribunales Colegiados de Circuito (TCC).
2. Cuando los órganos facultados en lo particular interpretan el significado de una norma jurídica de la misma manera sin que dicho criterio se interrumpa en cinco sentencias, para el caso de la Suprema Corte de Justicia de la Nación (SCJN) y de los Tribunales Colegiados de Circuito (TCC), y en tres para el Tribunal Federal de Justicia Fiscal y Administrativa (TFJFA) y el Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación (TEPJF). Es preciso indicar que las sentencias deben provenir del mismo órgano para establecer jurisprudencia.

Por ejemplo:

Una ley *Y* establece que *la notificación de la sentencia debe hacerse en el domicilio del sentenciado*. El órgano facultado para establecer jurisprudencia interpreta la norma anterior determinando en una sentencia que: *se entiende por domicilio al lugar donde una persona habita y duerme normalmente*.

Si el órgano antes indicado emite el mismo criterio de interpretación al dictar sentencia en cinco ocasiones consecutivas, entonces se crea una jurisprudencia, misma que obliga a los órganos judiciales inferiores a ajustarse a dicho criterio al interpretar la norma aludida.

En el supuesto de que la jurisprudencia ya se haya establecido, los órganos que la emitieron la interrumpen si determinan un criterio distinto.

Por ejemplo:

Si al interpretar la norma aludida el órgano que creó la jurisprudencia la interpreta de manera distinta al establecer que: *se entiende por domicilio el espacio físico en el cual una persona pasa la mayor parte de su tiempo*, entonces la jurisprudencia se interrumpe, así como la obligación de los órganos judiciales inferiores de ajustarse al criterio. Dichos órganos no quedarán obligados a seguir el nuevo criterio sino

hasta que se cree una nueva jurisprudencia; es decir, hasta que el órgano facultado emita el mismo criterio interpretativo cinco veces consecutivas.

Cabe precisar que en materia mercantil, los órganos facultados para establecer jurisprudencia son la SCJN, ya sea en órgano de pleno o en salas, y los TCC en materia civil. En este sentido, de acuerdo con la *Ley de amparo*, la jurisprudencia es obligatoria a todos los juzgadores (salvo los superiores) si hay cinco sentencias en el mismo sentido, sin interrupción de alguna sentencia emanada del mismo tribunal en sentido diverso.

En su carácter de norma jurídica, la jurisprudencia tiene ámbitos de validez. Atendiendo al órgano que las crea, los ámbitos personales y espaciales de validez de las jurisprudencias son los siguientes:

Órgano de emisión	Ámbito personal de validez	Ámbito espacial de validez
Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación (SCJN)	Salas de la SCJN y la totalidad de los tribunales y juzgados, y sólo al TEPJF en cuestiones de inconstitucionalidad de normas jurídicas generales.	Todo el territorio nacional.
Salas de la Suprema Corte de Justicia de la Nación (SCJN)	La totalidad de los tribunales y juzgados, excepto el TEPJF.	Todo el territorio nacional.
Tribunales Colegiados de Circuito (TCC)	Los tribunales federales de menor jerarquía, los juzgados federales y los tribunales y juzgados locales que estén dentro de su circuito jurisdiccional.	La circunscripción territorial del TCC respectivo.
Sala Superior del Tribunal Federal de Justicia Fiscal y Administrativa (TFJFA)	Las salas regionales del TFJFA.	Todo el territorio nacional.
Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación (TEPJF)	Los órganos electorales.	Todo el territorio nacional.

Nótese que el ámbito espacial de validez obliga directamente a ciertos órganos, mas no a la colectividad de autoridades y particulares. Sin embargo, indirectamente lo hace, pues a final de cuentas si se genera un conflicto tiene la potencialidad de dirimirse ante alguno de los órganos facultados para emitir jurisprudencia, por lo que el criterio conforme al que habrá de resolverse será el jurisprudencial. Por tanto, sí es relevante para el particular el sentido de la misma, pues aún hoy con toda la influencia del derecho positivo sigue siendo, en muchos sentidos, vigente el aforismo *tal es la acción, tal es el derecho*.

2.3.2 Jerarquía de la jurisprudencia

§16. Por lo que hace a su jerarquía, algunos autores consideran a la jurisprudencia en la parte inferior de la estructura piramidal del derecho; sin embargo, dicha posición es incorrecta.

Al tener la función de establecer los criterios de interpretación de las normas jurídicas, la norma jurisprudencial tiene la misma jerarquía que la de la norma que interpreta, pues establece el sentido que se le debe dar; por ejemplo, si interpreta la *Constitución*, la jurisprudencia tendrá jerarquía constitucional; si interpreta una ley, tendrá la jerarquía de ley; si interpreta un reglamento, tendrá jerarquía de tal, y así sucesivamente.¹⁴

Ahora bien, la jerarquía existente entre las jurisprudencias está correlacionada con el órgano que la emite. En este sentido, la figura 1 indica la jerarquía de los órganos facultados para emitir jurisprudencia:

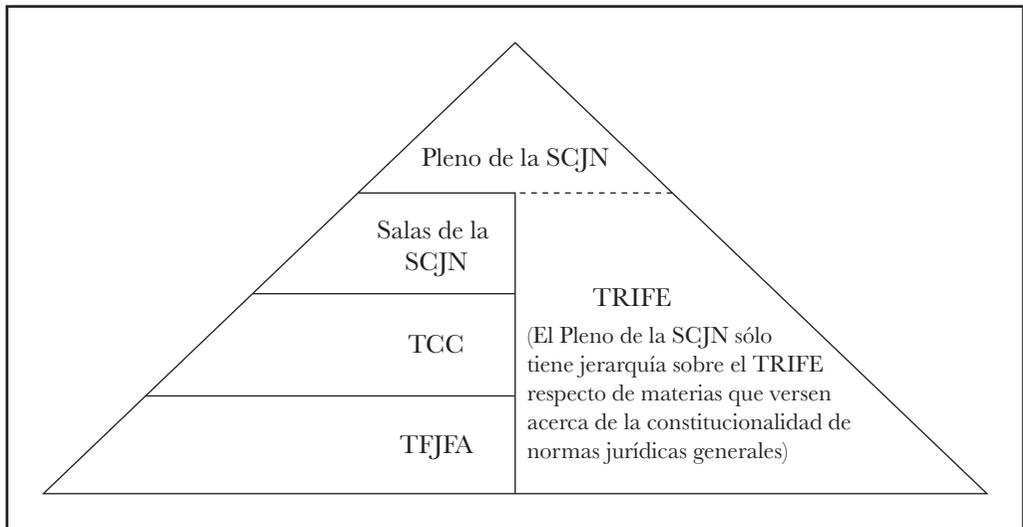


FIGURA 1.

Jerarquía de las jurisprudencias.

¹⁴ Meade Hervert, Oliver, *El derecho*, Patria, México, 2007, pp. 22-24.

Historia

1. Historia en el derecho universal

1.1 Surgimiento del derecho mercantil

§17. Como bien afirma el gran filósofo Aristóteles, el ser humano es un ser político por naturaleza. Para la satisfacción de sus necesidades intelectuales, espirituales y emocionales, requiere de otros individuos; es decir, necesita de una sociedad.

La sociología nos enseña que al conformarse naturalmente las sociedades, los seres humanos comienzan a buscar fórmulas, mecanismos y modos de vida que facilitan tanto sus relaciones comunitarias como sus necesidades propias. Es así como se gesta el derecho; es decir, un conjunto de normas jurídicas respaldadas de alguna forma por la fuerza de la comunidad o por quien ésta considere.

Simultáneamente al surgimiento de la sociedad política se crea una serie de reglas que determinan cómo ha de conducirse y comportarse el ser humano en relación con los otros miembros de la comunidad; se percata de los beneficios que vivir en sociedad implica, mismos que se reflejan en las grandes esferas de su vida. En cuanto a la rama económica, como lo expone Adam Smith, para la satisfacción de las necesidades materiales, el hombre cae en cuenta que le es más eficiente la división y especialización del trabajo, a través de la cual un sujeto se dedica a cierta actividad y los demás a otras distintas. Es decir, se percata de que le es más costoso en términos de tiempo, productividad y esfuerzo el hacer las cosas por sí mismo, que distribuyendo las funciones entre los miembros de la comunidad.

Es así como emana la figura del trueque, norma jurídica de índole contractual nacida de la costumbre a la que se le atribuye ser el origen y fuente primaria del derecho comercial o mercantil.

Algunos autores consideran que el trueque no es la fuente primaria del derecho mercantil, pues argumentan que con esta figura originalmente no se obtenía estrictamente un lucro, sino que era un mero acto entre civiles

tendiente a la satisfacción de sus necesidades. Al respecto, cabe señalar que si bien se podría considerar correcta dicha aseveración, nos estamos refiriendo a la fuente de intercambio más remota y que en definitiva constituyó posteriormente el medio mercantil y, por ende, con fines lucrativos más remoto.

Entre los cuerpos normativos más remotos del derecho mercantil se encuentran las llamadas leyes de Rodias, las cuales tienen su origen en las Islas de Rodas en la época de los fenicios y cartagineses. Las leyes de Rodias regulaban el derecho marítimo y entre sus disposiciones se comprendían normas jurídicas que reglamentaban, entre otras figuras, la avería, el seguro y el préstamo de cambio marítimo. Posteriormente fueron acogidas por el derecho romano e incluidas en el *Digesto* como ley común del mar. Asimismo, el *ius civile* romano enriqueció el derecho marítimo, esta situación permitió que su influencia llegara hasta nuestros días.

En el derecho romano no existía como tal, una materia estrictamente comercial; sin embargo, sí una de derecho privado en cuyo contenido se encontraban normas que regulaban la materia comercial. Entre las figuras que comprendía el orden jurídico romano se encontraban:

- ▶ La *actio institoria*:

Mediante la llamada *actio institoria* se otorgaba al dueño de un negocio mercantil el derecho de reclamar al administrador las obligaciones que contrayera; es decir, era una figura que regulaba la relación entre el dueño y su empleado comercial.

- ▶ La *actio exercitoria*:

Era muy similar, pues a través de ésta se otorgaba la facultad de exigir el pago de las obligaciones contraídas por el capitán de un buque contra el dueño del mismo.

- ▶ El *nauticum foenus*:

Regulaba el préstamo a la gruesa, mismo que otorgaba a un inversionista un cuantioso interés y cuya exigibilidad se sometía a la condición del retorno de un buque.

- ▶ La *naute, cauponis et stabularii ut recepta restituant*:

Finalmente, a través de ésta se establecía la obligación de custodiar y regresar el equipaje de los pasajeros del buque en que viajaban.

1.2 Derecho mercantil medieval

§18. En estricto sentido, si bien ya existían actos comerciales, el derecho mercantil no adquirió una real autonomía, sino hasta la Edad Media. Su surgimiento se debe al florecimiento y evolución que tuvo la actividad comercial, a la cual el derecho común ya no podía regular adecuadamente y dar respuesta eficiente a los problemas y necesidades de los comerciantes.

Gran evolución tuvieron las normas jurídicas en materia mercantil durante la Edad Media a consecuencia de las Cruzadas, con las cuales surgió una constante comunicación con los países orientales y, consecuentemente, un intercambio comercial entre éstos y los europeos. En estas relaciones comerciales ya comenzaban a gestarse los grandes temas de derecho internacional privado —el conflicto de leyes y el conflicto de jurisdicciones—, pues no existían reglas eficaces que dieran salida a las potenciales controversias; es decir, había una ausencia de derecho y, en consecuencia, de una fuerza estatal que respaldara la exigibilidad de las obligaciones entre el gremio comercial. Además, las reglas del fracturado derecho romano no respondían a las entonces novedosas condiciones comerciales.

Paulatinamente, los comerciantes se vieron en la imperiosa necesidad de buscar nuevos mecanismos de solución de controversias y reglas que regularan el tráfico y relaciones comerciales. Conjuntamente se fueron formando gremios, consulados y corporaciones de comerciantes, a los cuales se matriculaban y a cuyas reglas de resolución de controversias se sometían.

Entre las figuras que surgieron se encontraba la llamada *matriculación*, antecedente de lo que se conoce como *registro público de comercio* y *la jurisdicción consular*, misma que comprendía a tribunales especializados en materia comercial.

Con el transcurso de los años y repetibilidad de actuaciones se fueron gestando usos y costumbres en materia mercantil e instaurando entes de índole jurisdiccional ante los que se sometían las controversias comerciales, cuyas resoluciones y sentencias fueron documentadas y sirvieron de fuente real y pilar para la formación de los llamados estatutos y ordenanzas, que si bien su texto y contenido eran distintos, dependiendo del lugar, guardaban un alto grado de homogeneidad.

Un ejemplo que merece mención son las Siete Partidas españolas, cuya preparación inició en 1256, durante el reinado de Alfonso X, y adquirieron su vigencia en 1348, en el reinado de Alfonso XI. La quinta partida regula las obligaciones y contratos, y en sus quince títulos reglamenta la materia comercial.

Algunos de los estatutos y ordenanzas extendieron su aplicabilidad a varias regiones; tal es el caso del afamado *Consulado del Mar*, cuerpo normativo barcelonés que llegó a tener aplicabilidad en la mayoría de los puertos del mar Mediterráneo.

A mediados del siglo XVII en Francia, Luis XIV y su ministro Colbert fueron los primeros que se dieron a la tarea de realizar una codificación del derecho mercantil. Hasta ese momento aún se acogía el criterio subjetivo que atendía al comerciante para determinar si un acto era o no de comercio.

1.3 Derecho mercantil codificado

§19. A pesar de que existieron dos intentos de codificación mercantil en 1673 y 1681 (*Ordenanzas de Luis XIV* y *Ordenanzas del comercio*), el primer código sistematizado fue el *Código de comercio francés*, mismo que formaba parte de los *Códigos de Napoleón*. El *Code de Commerce*

transformó el derecho mercantil, que hasta entonces se basaba en el sujeto de comercio, poniendo como centro del derecho comercial al acto mercantil. La influencia de dicho código se extendió a todos los países de tradición romanista, como Italia, Sicilia, España, Portugal, Países Bajos, Argentina, Chile y México, entre otros.

De acuerdo con el maestro Barrera Graf:

Las principales características del *Código Galo* —y en general del sistema codificado del derecho mercantil—, son en primer lugar, comprender toda la materia mercantil entonces existente, en segundo lugar, y en forma muy destacada, porque cambió el sistema subjetivo y profesional de los comerciantes, que hasta entonces prevalecía, por el sistema objetivo. En tercer lugar, por regular los principales contratos mercantiles (compraventa, depósito, transporte, seguro), así como *efectos de comercio*, o sea los *títulos valor* o *títulos de crédito*, y los tres tipos tradicionales de las sociedades mercantiles:

- ▶ Sociedad colectiva.
- ▶ Sociedades en comandita.
- ▶ Sociedad anónima (a las que a finales del siglo se agregaría la S. de R. L.).

En cuarto lugar, por regular en sendos libros, la quiebra y el derecho marítimo; e igualmente porque incluía disposiciones procesales aplicables a juicios mercantiles.¹

Italia, a pesar de que el mercantilismo económico tuvo particular auge en los reinos que existían en el actual territorio italiano, entra tarde a esta etapa, justamente por su tardía unificación para integrar lo que fue el reino de Italia. Su primer *Código de Comercio* data de 1865, pero fue sobre la base del *Código de 1882*, cuando la doctrina italiana del derecho mercantil empezó a tener el empuje que ahora mantiene.

Vidari inició esta etapa y fue el inmortal César Vivante, quien elevó la doctrina italiana casi por encima de cualquier otra, siendo considerado *el maestro de la escuela mercantilista italiana*. Su doctrina fue para dicha escuela: [...] una guía segura, estrechamente vinculada a nuestra realidad y a la vez sólidamente construida; animada de una intuición jurídica casi infalible y con un encuadramiento que catava el sentido del desarrollo de nuestra economía y a menudo se adelantaba a la formulación legislativa.² Al lado de Vivante se puede mencionar a Gustavo Bonelli y a Alfredo Rocco.

Posteriormente, el *Código de Comercio del imperio alemán* entró en vigor en 1900, dejando sin vigor el de 1861. Este código novedoso no es aplicable a los actos concretos, sino que rige de forma exclusiva a los comerciantes. De esta manera, retorna la tendencia del derecho mercantil al sistema subjetivo, que se había observado en los inicios del *derecho mercantil codificado*. Por ello, aunque halagado en muchos aspectos, este código fue criticado duramente por los autores afrancesados por considerarlo un retroceso en el desarrollo del derecho mercantil.

¹ Barrera Graf, Jorge, *Instituciones de derecho mercantil*, Porrúa, México, 2000, p. 16.

² Ascarelli, Tullio, *Iniciación al estudio del derecho mercantil*, trad. de Evelio Verdera y Tuells, Bosch, Barcelona, 1964, p. 78.

Contra la influencia de la legislación napoleónica (que persistió a pesar del código germano) surgieron dos corrientes. La primera consistente en la diversificación de la legislación mercantil, por resultar ilusoria la intención de contener en un solo código la totalidad de la regulación comercial, por lo que se comenzaron a hacer leyes derogatorias y complementarias de dichos códigos. La segunda corriente consiste en la reglamentación conjunta del Derecho civil y el mercantil.

Ejemplos de esto último son el *Código Suizo de las Obligaciones* de 1911 y muy posteriormente el *Código civil italiano* de 1942.

1.4 Derecho mercantil internacional

§20. Dados los avances de la globalización, particularmente en el ámbito del comercio, el derecho mercantil ha tomado un carácter internacional de forma más acentuada que las demás ramas del derecho, por dos vías principales:

- ▶ La de la autorregulación.
- ▶ La derivada de acuerdos y tratados internacionales.

Históricamente, el comerciante ha preferido, a través de instituciones gremiales, darse a sí mismo una regulación propia acorde con el dinamismo del comercio. Desafortunadamente esta dinámica no siempre contribuye a una correcta distribución de la riqueza por lo que es indispensable que los Estados soberanos y las organizaciones internacionales regulen el ejercicio del comercio internacional.

Hasta el momento la única salida ha sido la celebración de tratados internacionales y la conformación de organizaciones tales como la Organización Mundial de Comercio (OMC) o algunas regionales que tienen funciones similares, así como bloques comerciales como el Mercosur, la Comunidad Europea (CE) o el Tratado de Libre Comercio para América del Norte (TLCAN). Tristemente, en esta nueva configuración mundial los pueblos más necesitados quedan al margen del desarrollo económico.

Es enfático el maestro Vicent Chuliá a este respecto, cuando señala: [...] La globalización sólo empezará a ser un fenómeno cultural positivo, cuando incluya la unidad de conciencia y opinión pública mundial. Cuando los gobernantes y empresarios de países ricos sean juzgados por la opinión pública de sus mismos países, como culpables por dejar sufrir y morir de hambre a otros seres humanos, aunque se hallen lejos de sus fronteras. Pero aún estamos lejos de ello.³

³ Vicent Chuliá, Francisco, *Introducción al derecho mercantil*, 15ª ed., Editorial Tirant lo blanch, Valencia, 2002, p. 45.