

## ANTECEDENTES DEL CODIGO DE COMERCIO, EN MATERIA DE CONTRATOS.

El capítulo que analizamos es sumamente defectuoso. Sus autores hicieron una mala copia del Código Español como es fácil demostrarlo con el siguiente cuadro comparativo:

### CODIGO MEXICANO:

### CODIGO ESPAÑOL:

“Art. 77 Cód. Cm.—Las convenciones ilícitas no producen obligación ni acción, aunque recaigan sobre operaciones de comercio”.

“Art. 79.—Cód. Mexicano.— Se exceptuarán de lo dispuesto en el artículo que precede:

I.—Los contratos que con arreglo a este Código u otras leyes, deban reducirse a escritura o requieran formas o solemnidades necesarias para su eficacia;

II.—Los contratos celebrados en país extranjero en que la ley exige escrituras, formas o solemnidades determinadas para su validez, aunque no las exija la ley mexicana.

En uno y otro caso, los contratos que no llenen las circunstancias respectivamente requeridas, no producirán obligación ni acción en juicio”.

Art. 80.—Los contratos mercantiles que se celebren por correspondencia, quedarán perfeccionados desde que se conteste la propuesta o las condiciones en que ésta fuere modificada.

La correspondencia telegráfica sólo producirá obligación entre los contratantes que hayan admitido es-

Art. 55. Cód. Com. Español.—Las convenciones ilícitas no producen obligación ni acción aunque recaigan sobre operaciones de comercio.”

“Art. 52. Cód. Español.—Se exceptuarán de lo dispuesto en el artículo que precede:

1.º—Los contratos que, con arreglo a este Código o a las leyes especiales, deban reducirse a escritura o requieran formas o solemnidades necesarias para su eficacia.

2.º—Los contratos celebrados en país extranjero en que la Ley exija escrituras, formas o solemnidades determinadas, para su validez, aunque no las exija la ley Española.

En uno y otro caso, los contratos que no llenen las circunstancias respectivamente requeridas, no producirán obligación ni acción en juicio”.

“Art. 54.—Los contratos que se celebren por correspondencia, quedarán perfeccionados desde que se conteste aceptando la propuesta o las condiciones con que ésta fuere modificada”.

“Art. 51.—Inciso 2.º La correspondencia telegráfica sólo producirá obligación entre los contratantes que hayan admitido este medio previamente y en contrato escrito, y siempre que los telegramas reúnan las condiciones o signos convencionales que previamente hayan establecido

**CODIGO MEXICANO:**

**CODIGO ESPAÑOL:**

te medio previamente y en contrato escrito, y siempre que los telegramas reunan las condiciones o signos convencionales que previamente hayan establecido los contratantes, si así lo hubiesen pactado”.

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

“Art. 84.—En los contratos mercantiles no se reconocerán términos de gracia o cortesía, y en todos los cómputos de días, meses y años, se entenderán: el día de veinticuatro horas; los meses según están designados en el calendario gregoriano; y el año de trescientos sesenta y cinco días.”

“Art. 85.—Los efectos de la morosidad en el cumplimiento de las obligaciones mercantiles comenzarán:

I.—En los contratos que tuvieren día señalado para su cumplimiento por voluntad de las partes o por la ley, al día siguiente de su vencimiento;

II.—Y en los que no lo tengan, desde el día en que el acreedor le reclamare al deudor, judicial o extrajudicialmente ante escribano o testigos.

los contratantes, si así lo hubiesen pactado”.

“Art. 62.—Las obligaciones que no tuvieren término prefijado por las partes, o por las disposiciones de este Código, serán exigibles a los diez días después de contraídas, si sólo produjeran acción ordinaria, y al día inmediato, si llevaren aparejada ejecución.”

“Art. 61.—No se reconocerán términos de gracia, cortesía u otros, que, bajo cualquier denominación, diferan el cumplimiento de las obligaciones mercantiles, sino los que las partes hubieren prefijado en el contrato, o se apoyaren en una disposición terminante de derecho”.

“Art. 60, primer inciso.—En todos los cómputos de días, meses y años, se entenderán: el día de veinticuatro horas, los meses según están designados en el calendario gregoriano, y el año, de trescientos sesenta y cinco días”.

“Art. 63.—Los efectos de la morosidad en el cumplimiento de las obligaciones mercantiles, comenzarán:

I.—En los contratos que tuvieren día señalado para su cumplimiento, por voluntad de las partes o por la Ley, al día siguiente de su vencimiento.

II.—En los que no lo tengan, desde el día en que el acreedor interpelare judicialmente al deudor, o le intimare la protesta de daños y perjuicios hecha contra él ante un juez, notario u otro oficial público autorizado para admitirla.”

**CODIGO MEXICANO:**

“Art. 86.—Las obligaciones mercantiles habrán de cumplirse en el lugar determinado en el contrato, o en caso contrario en aquel que, según la naturaleza del negocio o la intención de las partes, deba considerarse adecuado al efecto por consentimiento de aquellas o arbitrio judicial.”

**CODIGO ESPAÑOL:**

“Art. 56.—En el contrato mercantil en que se fijare pena de indemnización contra el que no lo cumpliere, la parte perjudicada podrá exigir el cumplimiento del contrato por los medios de derecho, o la pena la otra, a no mediar pacto en contra-prescrita: pero utilizando una de estas dos acciones, quedará extinguida rio.”

Como las instituciones jurídicas españolas no son iguales a las nuestras, y falta en ellas principalmente la forma federal, base de nuestro ser político, resulta que la mala copia de la ley española produce errores inevitables y confusiones lastimosas como lo demostraremos al comentar los artículos en particular.

Además, el legislador no tomó en cuenta las modificaciones que el comercio ha efectuado en la teoría general de los contratos civiles, creando nuevas formas jurídicas, instituciones sui-géneris, derogando disposiciones importantes del Código Civil.

Estos vacíos de la ley mercantil exigen una premiosa reforma, y vamos a referirnos a ellos.

**VACIOS DEL CODIGO DE COMERCIO**

**Consentimiento tácito.**—El Código Civil del Distrito Federal exige para la formación de los contratos el consentimiento expreso, sea que se manifieste por medio de la escritura, la palabra u otros signos indubitables. El art. 1287 del Código es terminante y dice: “Sólo el que tenga imposibilidad física para hablar o escribir, podrá exjresar su consentimiento por otros signos indubitables”.

Excepcionalmente la ley civil admite el consentimiento tácito como generadora de obligaciones.

El contrato de mandato puede perfeccionarse usando de él. Así lo dispone el artículo 2351. De todas maneras, el principio general en materia civil es el que se consigna en el art. 1287.

En materia mercantil sucede enteramente igual, desde el momento en que la ley civil es supletoria del Código de Comercio, y de que el art. 81 de éste, previene que serán aplicables a los actos mercantiles las disposiciones del derecho civil acerca de la capacidad de los contrayentes, y de las causas y excepciones que rescinden o invalidan los contratos. El legislador, al mantener en pié el sistema del consentimiento expreso no tuvo en consideración que el consentimiento tácito (el que se expresa por medio de hechos) tiene importancia en la vida mercantil. Las transacciones del comercio al por menor se verifican en esa forma, y las consecuencias jurídicas del consentimiento tácito son de tal manera interesantes en materia mercantil, que los jurisconsultos consagran a él series y prolijos estudios.

Al hablar de la oferta al público, veremos la importancia del consentimiento tácito, y la necesidad de reformar el Código en esta materia.

**De la evicción en materia mercantil.**—Por las razones ya expuestas la garantía de la evicción que fija el Código Civil, rige también en materia mercantil. El art. 384 del Código de Comercio lejos de modificar el derecho común lo mantiene en toda su integridad y ordena que el vendedor, salvo pacto en contrario, quedará obligado en las ventas mercantiles a la evicción y saneamiento.

Estimamos que este sistema es defectuoso porque la mayor parte de las ventas y operaciones mercantiles versan sobre bienes muebles y más especialmente sobre mercancías, y la garantía de evicción con referencia a estos bienes debe quedar sustituida, como de hecho ya lo está en legislaciones extranjeras, por el conocido principio del derecho francés, según el cual “en materia de muebles, la posesión vale título”. Así se conseguirá evitar litigios embrollados, dar seguridad a las transacciones mercantiles, y firmeza al derecho de propiedad cuando recaiga sobre mercaderías.

Al comentar especialmente el art. 384 entraremos en más detalles.

**El dolo en las transacciones mercantiles.**—Es un hecho que la propaganda comercial, alma y nervio de la vida económica:

moderna, alcanza proporciones colosales y representa un gran papel en la competencia mercantil. El gran comerciante que gira por millones de pesos, y el humilde empresario que cuenta apenas con un pequeño capital, todos necesitan de la propaganda, del reclamo y del aviso para poder sostenerse; pero en el anuncio lo mismo que en el reclamo, el comerciante encarece su mercancía, o sus servicios, exagera las cualidades intrínsecas de ambos, les supone propiedades maravillosas y resultados rápidos y eficaces.

En todo esto consiste la propaganda comercial que las leyes del mundo entero consideran **lícita**, y en la que, sin embargo, la mentira, el engaño, y en ocasiones, hasta el fraude, son instrumentos poderosos para formar la clientela y crear mercado a las mercaderías.

Los principios rigurosos del derecho civil sobre el dolo y la mala fe aplicados al comercio podrán acarrear la nulidad de los contratos mercantiles otorgados como consecuencia de las maquinaciones del comerciante que encarece el valor intrínseco de sus mercaderías, y no se detiene hasta llegar a la completa mentira o al fraude descarado.

El artículo 1297 del Código Civil dice que se entiende por dolo en los contratos, cualquiera sugestión o artificio que se emplea par inducir a error o mantener en él a alguno de los contrayentes; y por mala fe, la disimulación del error de uno de los contrayentes.

De acuerdo con esta disposición legal, multitud de contratos mercantiles serían nulos por otorgarse a causa del dolo o la mala fe del comerciante, y si bien es cierto que el art. 1301 ordena que las **consideraciones vagas y generales** que los contrayentes expusieran sobre las propiedades y perjuicios que naturalmente puedan resultar de la celebración del contrato, no importan dolo, también lo es, que el mismo artículo, exige que esas consideraciones sean **vagas y generales y no contengan engaño**, pues de otra manera deben considerarse como dolosas y causas de nulidad del contrato.

Los comerciantes no se contentan con poner en juego consideraciones vagas y generales sobre la bondad de sus mercancías o la eficacia de sus servicios. Atraen al público mediante

ofrecimientos y promesas, exagerados, falsos o equívocos. En esto consiste precisamente la propaganda comercial, y basta leer un periódico para convencerse de ello.

Estimamos que esa propaganda es inmoral por muchos conceptos y que tarde o temprano debe ser reglamentada. Ya se ocupan de ello algunas de nuestras leyes, y entre otras, los siguientes artículos de la de Marcas de Fábrica:

“Art. 20.—El que, sin cometer ninguno de los delitos que señalan los dos artículos anteriores, hiciere uso de una marca en la que bien sea por su simple aspecto o bien por las leyendas o indicaciones que le acompañen, pueda inducir al público en error sobre la procedencia de los efectos en que se haya fijado dicha marca, incurrirá en la pena de uno a dos años de prisión y multa de cien a dos mil pesos, o una u otra, a juicio del juez”.

“Art. 23.—El que en sus efectos ponga o fije marcas, marbetes o “etiquetas”, etc., en las que se hagan indicaciones falsas, ya sea de una manera expresa o insidiosa, sobre la naturaleza y constitución de los objetos que amparen, será castigado con uno a dos años de prisión y multa de segunda clase, o una u otra pena, a juicio del Juez; y al que con dolo, simplemente venda, ponga en venta o circulación efectos así marcados, incurrirá en la pena de arresto menor y multa de segunda clase”.

Sea como fuere, el Código de Comercio debería consignar algunos preceptos que modificaran la teoría clásica del derecho civil sobre el dolo y la mala fé, porque de otra manera, la propaganda mercantil, aún en su forma más benigna, puede producir la nulidad de contratos llevados a cabo a virtud de ella.

**La oferta al público y sus efectos jurídicos.**—Otra de las manifestaciones de la propaganda mercantil es la oferta al público, que jurídicamente puede clasificarse como una **policitación a persona determinada**. ¿Cuáles son los efectos legales de esta clase de policitaciones? Ni el Cód. de Comercio ni el Civil dicen una palabra sobre el particular, no obstante que la literatura jurídica es abundantísima en esta materia. Pueden

consultarse las obras de Boistel, Castellazzo, Vivante, Sohm, Iherhig, Bierman, etc., y se comprenderá la importancia considerable de la policitación a persona indeterminada en la vida mercantil.

El vacío de nuestro Código debe llenarse a la mayor brevedad posible, y entre tanto, vamos a exponer algunos principios jurídicos sobre la oferta al público, no sin encarecer la lectura de los autores susodichos.

Una de las características de la oferta al público que la distingue de la policitación a persona determinada, es que puede efectuarse **tácitamente**, o sea por medio de hechos, y sin acudir a la palabra hablada o escrita. Ya hemos dicho que el artículo 1287 del Código Civil exige que el consentimiento se exprese mediante el lenguaje u otros signos indubitables. lo que aparta, en principio, la validez del consentimiento tácito.

En materia mercantil no tiene aplicación ese precepto porque con él quedarían invalidadas multitud de transacciones cuya eficacia e importancia nadie desconoce. Por eso los tratadistas sostienen que la policitación en los contratos mercantiles puede ser tácita.

Dos ejemplos ilustrarán esta cuestión. Los comerciantes exhiben sus mercancías en los aparadores con la nota del precio de venta. Este hecho constituye una verdadera oferta, una policitación de compra-venta que **obliga** a los comerciantes, a pesar de ser tácita.

El jurisconsulto M. Massé hablando de lo anterior dice: “Hay consentimiento tácito cuando los comerciantes que tienen almacenes abiertos al público exhiben sus mercancías para atraer compradores, y anunciar, sea los objetos que van a venderse, sea los precios de estos objetos. **Esos comerciantes no pueden rehusar** vender a los que se presenten a comprar al precio anunciado en las etiquetas”.

Valery nos da otro ejemplo de policitación tácita. “Envío, dice, el manuscrito de una obra a un editor, sin acompañarle ninguna carta, y sin que haya habido entre nosotros ningunas pláticas preliminares. Si a pesar de ello el editor me remite una carta ofreciéndome editar mi obra ¿na se ha celebrado entonces un contrato mediante una policitación tácita?”.

**Aceptación tácita.**—De igual manera la aceptación de la oferta puede ser tácita. En nuestras leyes encontramos dos ejemplos característicos. El art. 2351 del Código Civil dice que el mandato puede celebrarse entre ausentes, **y se entenderá en este caso aceptada tácitamente**, si el mandatario ejecuta el encargo”. El Código de Comercio reproduce la misma doctrina al reglamentar la comisión, y en su artículo 276 previene que el comisionista que practique alguna gestión en el desempeño del encargo que le hizo el comitente, queda sujeto a su conclusión, **entendiéndose que acepta tácitamente la comisión**”.

Laurent indica un caso muy frecuente de aceptación tácita. Se ofrece por medio de los periódicos una gratificación al que encuentre determinado objeto o dé referencias de cierta persona. La oferta es al público en general y se acepta por medio de actos positivos, que consisten en buscar la cosa perdida.

De igual manera hay aceptación tácita cuando un individuo entra a una casa de comercio, paga el precio de determinada mercancía y toma ésta.

Por último, discuten los autores si el **simple silencio** puede constituir una aceptación tácita, y resuelven afirmativamente, cuando concurren algunas de las circunstancias siguientes: I.—Que haya acuerdo previo en el que se estipule que el silencio se considerará como aceptación. II.—Cuando el contrato que ha de formarse a virtud de la policitud **favorezca únicamente** al aceptante; III.—Cuando de las circunstancias del caso el silencio debe interpretarse en el sentido de aceptación; IV.—Cuando los usos comerciales consideran al silencio como aceptación. V.—Cuando la ley expresamente impone al que calla determinadas obligaciones.

Sucede frecuentemente que los editores de periódicos o de obras literarias que se reparten por entregas, envían al público ejemplares, con la anotación de que si no son devueltos, se entiende **aceptada** la suscripción. Si esta práctica produjese efectos legales nos encontraríamos en el caso **de una aceptación tácita**.

Dobleau se refiere a esta costumbre en los siguientes términos: “La misma cuestión se presenta en materia de suscrip-

ciones de los periódicos. Dos casos pueden presentarse: El editor de una publicación envía ejemplares de su periódico con esta indicación: “si el ejemplar no se devuelve, se considerará aceptada la suscripción y se pagará su importe en la siguiente forma”, o bien, al finalizar un abono, los últimos periódicos, o la fajilla del último número, contienen la indicación de que en caso de silencio se considerará que el abonado consiente en continuar siéndolo. En la primera hipótesis no hay duda alguna de que el destinatario no está obligado a contestar. El envío de un periódico debe asimilarse al envío de un objeto cualquiera. Si a pesar del silencio del destinatario se le remite regularmente el periódico, no está obligado a devolverlo, pero creemos que no debe usarlos, y que debe devolverlos en el estado en que se encuentre a la primera requisición que le hagan. La segunda hipótesis es más delicada. El destinatario ha sido ya un abonado y ha estado en relaciones mercantiles con el editor. . . . . creemos que está **obligado** a rehusar formalmente una nueva suscripción. . . . .”

En nuestro derecho el simple silencio no puede considerarse como una aceptación, sino cuando existe entre las partes un acuerdo previo que así lo estipule, porque entonces ese acuerdo constituye un verdadero contrato que obliga a las partes, y la aceptación por medio del silencio no es, en realidad, sino una de las consecuencias o momentos del contrato.

No debe confundirse la responsabilidad civil que provenga del silencio de un individuo, cuando está obligado por ciertas circunstancias a manifestar su voluntad, con el **nacimiento de de un contrato** a consecuencia de ese silencio. Creemos que un verdadero contrato no puede nacer nunca del silencio de uno de los contratantes, porque la esencia de todo contrato es el consentimiento, y el consentimiento no puede inferirse necesariamente del silencio liso y llano. En cambio, la ley puede muy bien, por razones de equidad y justicia, hacer responsable a un individuo de su silencio, si este causa perjuicio a un tercero. Un ejemplo de esto lo tenemos en el art. 278 del Código de Comercio que dice: “Cuando sin causa legal dejare el comisionista de avisar que rehusa la comisión, **será responsable el comitente de todos los daños que por ello le sobrevenga.**”

Vivante resuelve con gran sagacidad el problema que nos ocupa en la forma siguiente: “On reconfre dans le Code de commerce un certain nombre de cas où le silence produit une obligation, et moi j’en ajoute quelques uns a ceux que l’on a l’habitude de citer. Mais ce sont toute des actes dans lesquels il n’existe pas seulement entre les parties un rapport général d’affaires, mais bien un rapport spécifique contractuel, qui, dans les phases successives de son développement, impose comme loi contractuelle également l’obligation de répondre. On présume que le mandant accepte ce que le mandataire a fait au delà des instructions qu’il lui donné, s’il ne le désapprouve pas sans retard (art. 357); que le commetant ratifie les achats faits par le commissionnaire pour un prix supérieur à celui qui lui avait été fixé, s’il ne repousse pas ses achats; que celui qui a un compte courant s’oblige à inscrire au compte les remises recues, s’il ne s’y refuse pas sans retard (V. plus loin); que l’assureur accepte les modifications ou aggravations intriduites dans le risque de l’assuré s’il les tolère en silence (art. 432, 451). Mais dans tous ces cas existe déjà un rapport juridique entre les contractants, qui leur impose l’obligation d’une coopération réciproque, et donne au silence une signification spéciale; dans tous ces cas on emploie le silence pour interpréter un contrat déjà fait en le complétant par les conséquences qu’imposent l’équité et l’usage (art. 1124 du C. civ.), et on ne l’emploie pas pour former un contrat non encore existant. Par suite on peut, de ces exemples, tirer argument pour conclure que les contrats se forment par le consentement explicitement manifesté par la parole ou les faits, et non pour conclure que l’exécution est une manière reconnue par la loi pour former les contrats. On pouvait justifier, dans des époques de difficiles et coûteuses communications, d’offres circonspectes et opportunes, la tendance des juges à interpréter le silence comme une acceptation; mais aujourd’hui, où une indiscrete chasse au client fait pénétrer les offres jusque dans les plus humbles et les plus chétifs ménages, les rôles sont renversés, et ce n’est pas tant la bonne foi de l’offrant que la liberté de celui qui recoit l’offre qui a besoin de surs moyens de défense. L’opportunié de ces moyens est d’autant

plus justifié que, la loi commerciale s'appliquant á quiconque prend part á un acte de commerce meme s'il n' est pas **com-**  
**mercant**, la diffusion de la doctrine qui fait du silence un  
moyen de s'obliger, menacerait toutes les classes de citoyens,  
en les accablant de dettes non volues et non médités....”

Las otras hipótesis o casos a que se refieren los autores, no tienen en nuestro derecho **ningún fundamento en la ley**, y por el contrario se opondrá a ellos lo dispuesto en el artículo 1286 del Código Civil.

**Cómo distinguir la oferta al público del simple reclamo o anuncio comercial.**—La oferta al público la estamos considerando como una verdadera póllicitación a persona indeterminada, y claro está que no debe confundirse con el simple reclamo mercantil.

En la práctica es difícil distinguir los dos fenómenos, que por su propia naturaleza tienen grandes analogías. El comerciante llevado de su afán de lucro, de hecho convierte a una verdadera póllicitación en su reclamo escandaloso, o por el contrario, el simple anuncio mercantil puede encerrar una póllicitación perfectamente legal.

Distinguir una cosa de la otra es **cuestión de hecho** sujeta evidentemente a la apreciación y al arbitrio judicial; pero existen, sin embargo, algunas verdades elementales que sirven de base para preciar la verdadera póllicitación.

La doctrina jurídica ha establecido que la oferta necesita reunir ciertos requisitos para engendrar obligaciones y derechos. Los requisitos son los siguientes: I.—**Que la oferta sea seria**, no equívoca; esto es, que indique claramente la voluntad del póllicitante de celebrar determinado contrato. Sucede a menudo en conversaciones particulares que una persona dice a otra: “le vendo a Ud. mi casa en tal precio”, o le hace una proposición relativa a cualquier otro contrato en términos que indican una afirmación lisa y llana, pero no la voluntad concreta y definida de celebrar el convenio. En este caso y otros semejantes, no existe una verdadera póllicitación por faltar el requisito de que venimos hablando. En los periódicos se insertan a menudo reclamos en los que se ofrecen cantidades fabulosas si la mercancía o cosa anunciada no reúnen determinadas

cualidades. Se trata de un verdadero reclamo que no debe considerarse como una oferta jurídica. II.—La oferta debe ser clara y precisa, esto es, expresar cuál es el contrato a que se refiere así como el objeto de éste. Inútil es que ponderemos que una policitud obscura o vaga no puede ser base suficiente para celebrar un contrato. III.—Finalmente, en la oferta han de enunciarse los elementos esenciales y necesarios para que pueda llevarse a cabo el contrato. Por ejemplo, en una compra-venta han de determinarse la cosa, el precio y la manera de pagar este; si al contado o a plazos, cuáles sean estos, y si el precio causa réditos. El principio general que domina esta materia es que la oferta debe ser de tal manera que con la aceptación lisa y llana de ella, y sin necesidad de ulteriores aclaraciones, pueda celebrarse el contrato. Solo mediando esta circunstancia la policitud produce efectos jurídicos y obliga al que la hace. Sin embargo, el policitante puede dejar al aceptante la elección sobre circunstancias accesorias del contrato, sin que por eso la oferta pierda su fuerza legal.

En consecuencia, para distinguir al reclamo mercantil de la verdadera oferta, deben aplicarse los principios anteriores en cada caso concreto, teniendo en cuenta la multiplicidad de hábitos mercantiles, y la presunta voluntad del comerciante.

**Modalidades de la oferta al público.**—La oferta al público puede referirse a dos clases de contratos enteramente diversos: aquellos en los que se toma en cuenta la persona del contratante (*intuitu personae*); y aquellos en los que no influye para nada las cualidades de las personas. Entre los primeros figura el contrato de **locación de obra**, o prestación de servicios; entre los segundos la venta de mercancía ocupa el primer lugar. Las dos clases de contratos modifican los efectos de la oferta al público.

Cuando la venta de mercancías se lleva a cabo por medio de la oferta al público si bien ésta obliga al que la hace a vender las mercancías en las condiciones de precio y lugar anunciados, puede estar sujeta a la condición implícita de que la oferta solo se mantendrá viva siempre y cuando haya mercancías que vender, pues si han sido agotadas, la policitud deja de producir sus efectos, y el policitante no estará obligado a

Llevar adelante la operación. Sin embargo, los jurisconsultos discuten si esta condición (la de que exista mercancía que vender) debe considerarse implícita en toda clase de ofertas al público, y deciden que cuando se trate de venta de cosas fungibles, no está implícita la condición, puesto que de admitirla, el vendedor podría lucrar con el alza y baja de los valores de plaza, negando tener existencia cuando el precio subiera, y admitiendo tenerla cuando los precios bajaran. Si se trata de venta de cosas en especie, entonces no sería justo obligar al comerciante a vender algo que no tiene, y que no puede conseguirlo en el mercado sino en condiciones difíciles para él. En consecuencia, la condición solo se sobre entiende en esta clase de operaciones.

Si la póllicitacio se hace por medio de la exhibición de la mercancía en los aparadores, cesa desde el momento en que la mercancía es retirada. Con relación a esta clase de ofertas Dolbeau dice: “La exhibición de un objeto con su etiqueta es sin duda alguna una proposición completa: el comerciante no podría rehusarse a entregar el objeto a la persona que le ofreciera el precio, aun cuando ese objeto hubiera sido puesto como muestra y no hubiese otro.”

Cuando la oferta al público se refiere a contratos de locación de obra, como los que celebran los dueños de hoteles, de mesones, las empresas de transportes terrestres o marítimos, los directores de teatros, etc., entonces deben tenerse en cuenta las siguientes modalidades: I.—Si la empresa que hace la oferta tiene carácter oficial, o goza de concesión que la obliga a prestar determinados servicios al público, los anuncios que hace la obligan para con éste a prestar el servicio por ella ofrecido, sea cual fuere **la persona que lo solicite**, salvo los casos de fuerza mayor o imposibilidad material de llevar adelante el contrato. Si la empresa no es oficial, ni goza de monopolio, la póllicitacio no la obliga forzosamente con relación a cualquier aceptante, pues siendo el contrato de **prestación de servicios, intuitu personae**, el póllicitante queda en libertad de llevar o no adelante el contrato, según sea la persona que se presente como aceptante.

La cuestión se ha discutido mucho al estudiar las obliga-

ciones de los dueños de hoteles, mesones y casas de huéspedes, o las de empresas de transportes. Algunos jurisconsultos sostienen que en estos negocios el policitante no puede a su arbitrio negarse a prestar a determinadas personas sus servicios, si éstas pagan y cumplen con las condiciones fijadas en la policitación, pero la opinión contraria parece ser la más racional por tratarse de contratos intuitu personae, y siempre que la empresa no esté obligada por la ley o concesión a servir al público en general.

Dolbeau dice sobre este punto: “Volviendo a los dueños de hoteles y mesones admitimos, por lo que a ellos se refiere, la opinión de M. Cousin, a saber, que pueden escoger entre las personas que se presenten en sus casas. M. Valery la rechaza, y a título de excepción la admite en un caso: “Cuando en razón de ciertas circunstancias inherentes a la persona del cliente, es de presumirse que el autor de los anuncios no pudo comprenderlo entre los individuos a los cuales iban dirigidas las ofertas del servicio”. Cita este ejemplo: “¿Se podrá reconocer a un dueño de hotel el derecho de no recibir en su establecimiento bohemios cuya presencia sería la causa de que otros viajeros abandonaran el hotel?” Esto equivale a permitir al dueño de un hotel rehusarse a recibir personas que podrían causar algún trastorno o simplemente molestar a los otros viajeros. Semejante derecho, en efecto, no se le puede negar, pues en un caso particular, la ley vigente sobre la embriaguez lo consagra y lo convierte en un deber; pero “estas circunstancias inherentes a la persona del cliente” ¿quién juzgará de ellas sino el autor mismo de las ofertas?”

## **DISTINTAS FORMAS DE CELEBRAR LOS CONTRATOS MERCANTILES**

Los convenios mercantiles pueden celebrarse: I.—Entre presentes, y usando de la palabra; II.—Entre presentes acudiendo a la forma solemne de la escritura notarial, o de la póliza ante corredor; III.—Entre presentes, por medio de documento privado. IV.—Entre ausentes por medio de telegramas, radiogramas, correspondencia y teléfono. V.—Por medio

de aparatos mecánicos; y VI.—Por medio de señales marítimas.

El Código no se ha ocupado de los contratos celebrados por medio del teléfono, los radiogramas, los aparatos mecánicos y las señales marítimas.

Cuando el contrato se perfecciona por medio de aparatos mecánicos (1) el consentimiento de los contratantes, tanto el relativo a la oferta, como el referente a la aceptación, es tácito se manifiesta por hechos, de los cuales unos están substraídos a la voluntad del policitante, y encomendados a los movimientos mecánicos de la maquinaria. Cuán lejos estamos en esta clase de convenio del consentimiento solemne y claramente expresado, a que se refiere el art. 1287 del Código Civil.

El jurisconsulto Vivante al referirse a esta clase de contrato, dice: “Pueden servir para concluir cualquier especie de contrato, de venta, de trabajo, de transporte y de seguros. Pueden dividirse en dos categorías: aparatos que concluyen y ejecutan los contratos, como sucede con los aparatos que suministran una mercancía o un servicio; y aparatos que concluyen un contrato, pero no lo ejecutan, aunque suministren la prueba de él, como los que facilitan un billete de lotería, de viaje o de seguros. . . . Esta distinción me parece jurídicamente más eficaz que la que se hace comunmente, atendiéndose a consideraciones más bien de hecho que de derecho, y que se deducen de los diferentes productos del mecanismo”.

Por último, en cuanto a los convenios celebrados por medio de señales marítimas, hay que tener en cuenta que estos se encuentran enunciadas y clasificadas en un Código internacional aceptado por todas las naciones civilizadas y que, por ende, tiene fuerza jurídica. Por medio de señales marítimas se contratan pilotos, se fletan remolcadores, se compran provisionamientos, y en general, se llevan a cabo convenios de importancia.

---

(1).—Los aparatos a que nos referimos son del tipo de los que existen en nuestras casas de comercio, y en los cuales se pone una moneda y el aparato devuelve una pastilla de chicle.

En este punto como en otros muchos, los usos mercantiles crean nuevos fenómenos jurídicos y rompen la rigidez de la ley civil.

## CONTRATOS CELEBRADOS POR TELEGRAMAS

Estos contratos están sujetos a los mismos principios que rigen los contratos celebrados por correspondencia, en lo relativo a: I.—Lugar en que se considera celebrado el contrato; II.—Momento en que se perfecciona; III.—Hasta cuándo es revocable la policitud o la aceptación; IV.—Efectos jurídicos de éstos.

Lo importante es determinar la naturaleza del telegrama y sus efectos probatorios.

El telegrama no puede ser equiparado a la correspondencia desde el momento que ésta es auténtica, procede del mismo interesado y se encuentra autorizada por él.

El telegrama que entrega la oficina es simplemente la **copia** del expedido por el remitente. Una copia no puede tener la misma fuerza que el original, y de allí proceden las diferencias entre las cartas y los telegramas.

De lo expuesto puede inferirse: I.—Si en un juicio se presenta el **telegrama original**, este tiene la fuerza probatoria a que se refiere el art. 1296 del Código de Comercio. II.—Las partes pueden pedir que se compulsen en autos los telegramas originales remitidos por ellas. III.—Las copias de los telegramas producirán la misma fuerza probatoria que los originales si la persona que lo expidió está conforme con su contenido, o si confrontados con aquellos presentan el mismo texto. IV.—Cuando la copia no concuerda con el original carece de fuerza probatoria.

**¿Cómo se prueba que el remitente ha expedido el telegrama?.**—Si se conserva el telegrama original la prueba de la expedición es sencilla. Bastará cotejar la firma del remitente y autenticarla por medio de peritos; y de confesión judicial. Si el telegrama original ya no existe, entonces será más difícil la prueba, que podía llevarse a cabo con toda clase de medios legales.

## CONTRATOS TELEFONICOS

¿El contrato por teléfono es contrato entre ausentes o entre presentes?—Este punto se ha discutido mucho y ha dado lugar a tres sistemas diferentes. Según los unos, como las partes contratantes no se encuentran en el mismo lugar, ni se identifican mutuamente de modo completo, el contrato debe considerarse celebrado entre ausentes. Tal es la opinión del jurista Vidan.

Los partidarios del segundo sistema se fijan en el hecho de que las personas que celebran un contrato por teléfono se comunican directamente, y las ondas sonoras se sirven del hilo telefónico como puede servirse del medio atmosférico para propagarse, no importando la distancia que separa a los contratantes una diferencia substancial que modifique la naturaleza del contrato. El teléfono hace presentes a los ausentes; es la fórmula que pudiera sintetizar mejor la filosofía de este sistema. Gabba, Lyon-Caen-Renault, Darque, etc. son partidarios de esta solución del problema.

El tercer sistema considera al contrato telefónico como un contrato sui-générés que escapa a la clasificación tradicional de convenios entre ausentes y entre presentes. No puede decirse que sea un convenio entre presentes porque los contratantes se encuentran a larga distancia, y no se identifican de manera segura. Tampoco puede equipararse a los convenios entre ausentes que se perfeccionan por medio de las partes, lo que no acontece ni con los telegramas, ni con las cartas particulares (1). En resumen, el contrato telefónico tiene su fisonomía propia y debe por lo mismo quedar sujeto a un régimen jurídico especial.

Por nuestra parte nos adherimos a este último sistema por parecernos el más racional.

Los contratos celebrados por teléfono presentan serias difi-

---

(1).—Además, el contrato telefónico se distingue profundamente del contrato entre ausentes porque en este último debe transcurrir un lapso de tiempo para que el convenio se otorgue, mientras por teléfono el convenio se otorga desde luego.

cultades en lo relativo a la prueba, puesto que la conversación no deja ninguna huella material. Para demostrar la celebración de un contrato telefónico sólo puede acudirse a la prueba de confesión, a la testimonial, o a la de presunciones.

**Las obligaciones ilícitas en derecho mercantil.**—Para mejor comprender las cuestiones que vamos a analizar conviene tener a la vista el artículo 77 del Código de Comercio y los relativos al Código Civil, que son los artículos: 1668, 1669, 1670, 1671 y 1672.

“Art. 1668.—Si la nulidad procede de la ilegitimidad del objeto del contrato, se observará lo dispuesto en los dos artículos siguientes:

“Art. 1669.—Si el objeto del contrato constituye delito o falta común a ambos contrayentes, ninguno de ellos tendrá acción para reclamar ni el cumplimiento de lo convenido ni la devolución de lo que haya dado, y ambos quedarán sujetos a la responsabilidad en que hayan incurrido, conforme a las prescripciones del Código Penal”.

“Art. 1670.—Si solo uno de los contratantes fuere culpable, podrá el inocente reclamar lo que hubiere prestado, sin tener obligación, a su vez, de cumplir lo que hubiere prometido.”

“Art. 1671.—Si el objeto del contrato fuere algún hecho que, aunque moralmente reprobado, no sea punible conforme a la ley, y del cual fueren responsables ambos contratantes, ninguno de ellos podrá reclamar el cumplimiento de lo prometido, ni la restitución de lo que hubiere dado.”

“Art. 1672.—Si solo uno de los contratantes fuere responsable del hecho reprobado, podrá el otro reclamar lo que dió, sin que esté obligado por su parte a cumplir lo que hubiere prometido.”

Desde luego se percibe que la ley mercantil no desarrolla la teoría de las obligaciones ilícitas como lo hace el Código Civil, sino únicamente formula el principio general de la inexistencia de los convenios que tengan causa ilícita.

La parvedad del Código de Comercio y la clara reglamentación del derecho común hace surgir el siguiente problema: ¿deben considerarse las disposiciones de la ley civil como com-

plementarias y supletorias del artículo 77 del ordenamiento mercantil?

La cuestión tiene importancia porque el Código Civil no hace sino reproducir la teoría del derecho romano relativa a las obligaciones ilícitas, y a la sanción que el legislador ha creído conveniente establecer respecto de ellas.

Por el contrario, el Código de Comercio al formular únicamente el principio de que las obligaciones ilícitas son inexistentes, deja en pié el problema relativo a su sanción.

Seremos más claros. En el derecho moderno dos sistemas se disputan la preferencia en la reglamentación de las obligaciones ilícitas. Uno, de origen romano, que se encuentra desacreditado y que ha inspirado los preceptos de nuestro Código Civil. He aquí las características de ese sistema, tal como las enuncia un jurisconsulto.

En el capítulo del Digesto consagrado a la *Condictio* “*ob turpen causam*” se encuentra citada la opinión del jurisconsulto Paul, que después de haber examinado los casos donde la mala fe existe únicamente del *accipiens* contra el cual concede la repetición, la rehusa, al contrario, si la mala fe es común a las partes: **Ubi autem, et dantis et accipientis turpitudo versatur, cessa repetitio.** Ulpiano hace la misma distinción y llega a soluciones análogas. No hay, pues, duda posible de que la legislación romana había previsto la hipótesis y la había resuelto en la forma expuesta.... La Regla *Nemo auditur* se explica perfectamente: si el *preto* se encuentra en presencia de dos litigantes poco dignos de interés, tanto el uno como el otro, y que al contratar hayan tenido un fin ilícito, ¿por qué concederle al deudor que ha ejecutado un pago vergonzoso el favor que pide?. La estipulación que ha obligado a las partes conserva su efecto normal, y el *pretor* no hace otra cosa que rehusar su ayuda a los litigantes.

El otro sistema, de origen moderno, y que se ha formado al amparo del Código de Napoleón puede caracterizarse de la siguiente manera: I.—Las obligaciones que tienen una causa ilícita son **inexistentes**, no producen en consecuencia, ningún efecto legal. II.—La nulidad absoluta de esas obligaciones da lugar a la acción de repetición del pago indebido, en el ca-

so de que uno o los dos contratantes hayan ejecutado parcial o totalmente el convenio, **sin que importe nada la buena o mala fe de los contratantes.** Aunque uno de ellos o los dos, hayan obrado con pleno conocimiento de causa al otorgar el convenio ilícito, eso no obstante podrán ejercitar la acción de repetición de lo indebido, precisamente porque las obligaciones son inexistentes, y las cantidades pagadas por ellos lo han sido sin causa alguna legal. En esto consiste la diferencia de los dos sistemas, del moderno que ha triunfado en la jurisprudencia francesa, y del romano que sigue nuestro Código Civil, pues de la simple lectura de sus preceptos se deduce que solo el contratante que ha obrado de buena fe puede demandar la devolución de lo que ha pagado sin causa legal.

El Código de Comercio no reproduce los artículos del Código Civil, y solo enuncia la nulidad absoluta de las obligaciones ilícitas, de la que se deduce lógicamente el sistema moderno, que no consiente los temperamentos del derecho romano. Puede, por lo mismo, afirmarse que nuestra ley mercantil se ha apartado de la tradición de Justiniano, y no ha querido seguir en esta materia a la ley común. En consecuencia, el Código Civil no es complementario ni supletorio del mercantil en lo concerniente a obligaciones ilícitas.

¿Qué se entiende por obligaciones ilícitas? Las que son contrarias a la moral, a las buenas costumbres, al orden público, o la ley penal. Su determinación es cuestión de hecho sujeta al arbitrio judicial.

De acuerdo con lo expuesto, las obligaciones ilícitas en derecho mercantil mexicano son inexistentes y no producen ningún efecto legal. Las cantidades entregadas a virtud de ellas, lo son sin causa legal, y por lo mismo pueden ser repetidas por el contratante que las pagó, sin que influya para nada en la procedencia de su acción la buena o mala fe con que haya obrado. La justificación de este sistema la hace un jurisconsulto en los términos siguientes: “Es más eficaz la sanción de la repetición desde el punto de vista preventivo. El convenio, en este caso, será de hecho aleatorio, pues el que estipula el salario de un acto ilícito tendrá la convicción de que

nunca poscerá este salario con plena seguridad; que no solamente le será imposible obtener el pago del salario por medio de una acción judicial, sino que en el caso de haberlo obtenido extrajudicialmente el pago nunca será estable y definitivo. Hasta que se cumpla la prescripción de treinta años, y se haya ejecutado o no el contrato, las partes continúan viviendo sin la certidumbre de conservar al día siguiente lo que han obtenido la víspera por debilidad o ignorancia del cómplice. Esta falta de seguridad que persiste aún después de ejecutado el contrato; esta amenaza perpetua suspendida sobre el acreedor, ¿no es más eficaz para impedir el desarrollo de las obligaciones ilícitas, que la validez a medias que les reconoce la máxima romana?. La respuesta no puede ser dudosa.”

## ANÁLISIS DE LOS ARTICULOS DEL CODIGO DE COMERCIO

Art. 78.—“En las convenciones mercantiles cada uno se obliga en la manera y términos que aparezca que quiso obligarse, sin que la validez del acto comercial dependa de la observancia de formalidades o requisitos determinados”. En el derecho moderno el consentimiento, por regla general, es la causa generadora de los contratos, y las formalidades externas solo tienen por objeto dar estabilidad al convenio, y en caso de juicio, probarlo. Excepcionalmente, la forma externa se eleva a la categoría de elemento constitutivo del contrato cuando éste es solemne. El art. 78 sintetiza el estado actual de la legislación en el particular, y reproduce la famosa y conocida ley I, Tít. I. Lib. X de la Novísima Recopilación, que acabó con el derecho sacramental y formulista que entonces imperaba.

Del art. 78 se deduce un principio de interpretación bastante importante. En el derecho mercantil mexicano los contratos no son solemnes, sino cuando la ley exija **expresa y categóricamente** el cumplimiento de ciertas formalidades, y dé a éstas el carácter de elementos esenciales del contrato, o lo que es lo mismo, las exija, no probationis causae, sino solemnitatis causae. En caso de duda, la ley debe interpretarse en el sen-

tido de que el **contrato no es solemne**, porque el principio general contenido en el art. 78 se opone al carácter solemne del convenio.

Algunas legislaciones, y entre otras la española, no permiten que los contratos que pasen de cierta cantidad se prueben con testigos, sino que exigen prueba documental o confesión de parte. En nuestro derecho la admisión de la prueba testimonial no se encuentra limitada en forma alguna, y estimamos que erróneamente, porque de todas las pruebas, la testimonial es la menos eficaz.

El art. 78 está íntimamente relacionado con el 79 que vamos a comentar.

Art. 79.—“Se exceptuarán de lo dispuesto en el artículo que precede: I.—Los contratos que con arreglo a este Código u otras leyes, deban reducirse a escritura o requieran formas o solemnidades necesarias para su eficacia. II.—Los contratos celebrados en país extranjero en que la ley exige escrituras, formas o solemnidades determinadas para su validez, aunque no las exija la ley mexicana.—En uno y otro caso, los contratos que no llenen las circunstancias respectivamente requeridas, no producirán obligación ni acción en juicio”. Esta disposición está literalmente copiada del art. 52 del Código Español. Contiene dos fracciones. La segunda la comentamos separadamente por referirse al estatuto formal. En cuanto a la primera ha sido estudiada e interpretada por el Lic. Jacinto Pallares. Este jurisconsulto hace notar que la frase “u otras leyes” que usa el artículo, puede originar una confusión que echaría por tierra la libérrima disposición del art. 78. En efecto, los contratos mercantiles no están sujetos (1) a formalidades especiales sino en dos casos: I.—Cuando así lo ordene el Código de Comercio. II.—Cuando lo ordenen “**otras leyes**”.

¿Qué debemos entender por “otras leyes”? El legislador no lo dice, y de esta omisión surge el peligro de que se consideren en la categoría de otras leyes el Código Civil, o sea la

---

(1).—Nos referimos, por ahora, a los contratos celebrados en la República Mexicana.

legislación común, de lo que resultaría que los contratos mercantiles quedarían sujetos a todas las formalidades prescritas por el Código Civil, que contiene el disparate de considerar a las formas externas como elementos constitutivos del contrato (art. 1279 Cód. Civ.). Si se acepta esta interpretación, el art. 78 queda sin efecto, y los contratos mercantiles serán tan formalistas como los convenios civiles.

La única manera de salvar la dificultad es traducir la frase “otras leyes”, como refiriéndose a otras leyes “**mercantiles**”, expedidas por la autoridad federal, y reglamentando determinadas instituciones. Tales son las leyes de bancos, seguros, monetarias, patentes, marcas, etc. En todas ellas se podrán encontrar disposiciones relativas a contratos mercantiles, que sujeten a estos a determinadas formalidades, y que lo mismo deben obedecerse en los términos del art. 79.

No puede aceptarse que la frase “otras leyes”, se refiera a leyes del orden común, porque sería tanto como permitir a las autoridades locales, legislar sobre actos mercantiles, y sujetar a éstos a determinadas formalidades, lo que exclusivamente corresponde a la autoridad federal.

Lo que encontramos más censurable en el art. 52 es su última parte, que dice: “En uno y otro caso, los contratos que no llenen las circunstancias respectivamente requeridas, **no producirán ni obligación ni acción en juicio**”. ¿Significa esto que los contratos serán inexistentes? ¿No se da entonces a las formalidades externas el carácter de elementos esenciales del contrato? ¿No se echa por tierra así el principio liberal del art. 78? Indudablemente que cuando un contrato no produce **acción ni obligación** en juicio es la nada jurídica.

Semejante desatino debe desaparecer, y no tiene otra causa que la copia servil del Código Español.

El art. 79 en su fracción II consagra el principio “*locus regit actum*” que admiten los internacionalistas con rara unanimidad. De acuerdo con él, las formalidades externas de los contratos se rigen por la ley del lugar donde estos se otorgan. El principio se aplica a contratos tan importantes y solemnes como son los del matrimonio y la donación de inmuebles.

Los jurisconsultos están conformes en que la máxima: “lo-

*locus regit actum*” no tiene carácter imperativo en determinadas circunstancias y puede ser derogada por las partes. Supongamos dos contratantes que celebran un convenio en país extranjero. La formalidad del convenio se encuentra determinada por la ley de ese país, pero los interesados pueden acordar que el contrato se otorgará de acuerdo con los preceptos de su ley nacional, si la ejecución y cumplimiento del contrato ha de llevarse a efecto en el país de origen de los contratantes. En caso contrario, si el convenio ha de ejecutarse en el mismo lugar donde se otorgó, el principio “*locus regit actum*” debe ser obedecido.

Esta máxima tiene aplicación en las siguientes circunstancias:

I.—Aunque los contratantes no tengan la misma nacionalidad. II.—Aunque el contrato sea simplemente verbal, ya con arreglo a las leyes del lugar donde se otorga, o conforme a la legislación del país de origen de los contratantes. Supongamos que conforme a la legislación francesa la sociedad mercantil puede constituirse “verbalmente”. En el derecho mexicano se requiere la escritura pública para constituir una sociedad. A pesar de ello, los mexicanos residentes en Francia están en libertad de formar una sociedad mercantil sin el requisito de la escritura que exige la ley nacional, y el contrato así celebrado será válido no sólo en Francia sino también en México. III.—Se aplica igualmente a los libros de los comerciantes que deberán llevarse con arreglo a las leyes del país donde esté domiciliado el comerciante. IV.—No debe confundirse el principio “*locus regit actum*” con todas las leyes y preceptos jurídicos concernientes a la prueba judicial, o sea, a la manera de rendirla, a su valor y diversos efectos. Mientras que la máxima que venimos analizando puede ser derogada por los interesados en los términos que hemos expresado, la ley que rige a la prueba forma parte del derecho procesal de la nación, y es de orden público.

El Código del Distrito Federal confirma los principios anteriormente expuestos. El art. 14 dice: “Respecto de la forma o solemnidades externas de los contratos, testamentos y de todo instrumento público, regirán las leyes del país en

“que se hubieren otorgado. Sin embargo, los mexicanos o extranjeros residentes fuera del Distrito o la aCalifornia, quedan en libertad para sujetarse a las formas y solemnidades prescritas por la ley mexicana, en los casos en que el acto haya de tener ejecución en aquellas demarcaciones.”

Como se vé, los contratantes pueden sujetarse a las formalidades prescritas por la ley mexicana, aunque celebren el contrato en el extranjero, si éste ha de ejecutarse en el Distrito Federal o en los Territorios.

¿El art. 14 del Código Civil rige en materia mercantil? La duda se presenta porque el art. 79 frac. II del Código de Comercio no autoriza a los contratantes a eludir la aplicación del principio “**locus regit actum**”. Parece, por el contrario, que le da a este un carácter imperativo del que carece según la doctrina de los jurisconsultos, y según el art. 14 del Código Civil. La última parte del art. 79 ordena que si los contratos no llenan los requisitos de forma exigidos por la ley extranjera no producirán obligación ni acción en juicio, o lo que es lo mismo, serán nulos. En consecuencia, los contratantes no pueden eludir la aplicación del principio que estamos estudiando.

El sistema del Código de Comercio es diferente del seguido por la legislación común, y por lo mismo no cabe aplicar a los contratos de comercio la prevención del art. 14 del Código Civil.

Claro está que la disposición del art. 79 nos parece perfectamente disparatada y que la teoría científica es la que hemos expuesto más arriba.

Art. 80.—“Los contratos mercantiles que se celebren por correspondencia, quedarán perfeccionados desde que se conteste aceptando la propuesta o las condiciones con que ésta fuere modificada”.

La teoría relativa a los contratos por correspondencia es muy interesante y presenta una serie de problemas dignos de estudio. El primero de ellos concierne al tiempo y lugar en que se perfeccionan los contratos por correspondencia. **¿Cuándo se considera celebrado un contrato por correspondencia?** Antes de resolver este problema importa recordar que los con-

tratos se basan en la coexistencia del consentimiento y en la comunicación recíproca de ese consentimiento. No basta que el comerciante Z desee comprar al comerciante A determinadas mercancías, y que a su vez A esté conforme en venderlas, para que el contrato se considere legalmente celebrado. Es necesario.—Que el consentimiento de los contratantes **coexista**.

II.—Que el consentimiento se comunique de un contratante al otro y que la comunicación se lleve a cabo en forma legal. Si las partes han consentido en celebrar un contrato, pero su consentimiento ha tenido lugar en **épocas diferentes**, no hay coexistencia de consentimiento y no hay contrato. Si el consentimiento coexiste, pero no se ha manifestado recíprocamente y en forma legal tampoco hay convenio. Estos principios de carácter general son muy interesantes, y sirven de base para resolver el problema que analizamos: importa distinguir la oferta o pólitaación de la aceptación. El contrato solo existe cuando la oferta ha sido aceptada, siempre y cuando la aceptación ha tenido lugar mientras la pólitaación está en pié. Si el proponente ha retirado la oferta, o ha transcurrido el tiempo dado a la otra parte para aceptar, la aceptación tardía no produce efectos legales y el contrato no se forma.

La pólitaación hecha por correspondencia, telegrama o radio telegrama, merece ser considerada especialmente para determinar el momento en que se forma el contrato. El pólitaante escribe y firma la carta en la que consta su oferta. Aunque su consentimiento se encuentra expresado en el documento y puede servir de base para la formación del contrato, no puede decirse por ello que comienza desde luego a producir efectos legales.

El proponente puede destruir la carta, o simplemente quedarse con ella, y no enviarla a la otra parte. Estas circunstancias serían bastantes para que el contrato no llegara a otorgarse.

Supongamos que el pólitaante pone su carta en el buzón de correos, o remite un telegrama por la oficina respectiva, ¿puede considerarse en este caso a la oferta como firme y generadora de efectos jurídicos? Aún nó, mientras el pólitan-

te esté en aptitud de retirar su carta, o de avisar, en tiempo hábil, al aceptante, que retira su ofrecimiento o lo modifica.

La oferta ha llegado a su destino; se encuentra en poder del aceptante. ¿Este solo hecho basta para que produzca efectos legales? Nó; mientras el aceptante no tenga conocimiento de ella. Puede suponerse que el aceptante no abre la correspondencia, o no lee el telegrama. En este caso, la policitud resulta incapaz de producir efectos jurídicos. Se puede por lo mismo formular este principio general: mientras el aceptante no tenga conocimiento de la oferta, ésta no tiene el carácter de irrevocable y no produce efectos legales. Los mismos razonamientos son aplicables a la aceptación de la policitud. Mientras la aceptación no llegue a conocimiento del proponente no se considera irrevocable.

¿En qué plazo debe aceptarse la policitud? El art. 1290 del Código Civil establece que la aceptación debe hacerse dentro del plazo fijado por el proponente, y el 1291 ordena que cuando no se ha fijado plazo se considerará no aceptada la propuesta si la segunda parte no contesta dentro del tercer día, además del tiempo necesario para la ida y vuelta del correo o de otros medios de conducción si no hay correo. El artículo siguiente obliga al policitante a mantener su oferta dentro del plazo indicado bajo la pena de pagar los daños y perjuicios.

Estas disposiciones del Código Civil son aplicables en materia mercantil porque el artículo 80 no las deroga.

El Código Civil se refiere al correo como medio de correspondencia, pero la civilización actual conoce otros procedimientos más rápidos (telégrafo, teléfono, radio-telegrafía), y pudiera presentarse dificultades en la aplicación del art. 1296 de dicha ley. En efecto, a los tres días debe agregarse el tiempo necesario para que llegue la respuesta; pero cabe entonces preguntar ¿por qué vía? ¿La del correo?, ¿la telegráfica?, etc. La cuestión no es metafísica porque en materia mercantil tiene mucha importancia determinar esa clase de plazos. Un comerciante poco escrupuloso puede muy bien dilatar su contestación para aprovechar el alza o baja de mercancías, y aceptar cuando mejor convenga a sus intereses. Estimamos que

el vacío de nuestra ley en esta materia es altamente perjudicial al comercio.

**Diversas teorías acerca del momento en que se consideran perfeccionados los contratos.**—Una materia sumamente discutida entre los jurisconsultos es la relativa a la determinación del momento en que se considera legalmente celebrado el contrato.

El art. 1289 del Código Civil ordena que cuando los contratantes están presentes la aceptación de la policitación debe verificarse en el mismo acto, de lo que se deduce que el policitante no está en la obligación de mantener su oferta por tiempo indefinido y que la otra parte debe admitirla o rechazarla desde luego.

Por lo tanto, cuando el contrato se celebra entre presentes no hay verdadero problema acerca de cuándo y en qué lugar se verifica el contrato. Este nace en un acto indivisible.

Por el contrario, cuando el contrato se celebra entre ausentes surgen multitud de dificultades para precisar el momento y lugar en que se considera perfeccionado el convenio.

Antes de analizar nuestra ley positiva conviene exponer brevemente los diversos sistemas que imperan sobre el particular.

### **PRIMER SISTEMA.**

Los jurisconsultos lo denominan de la **declaración del consentimiento**. Pudiera más bien llamarse de la simple coexistencia del consentimiento. Para que se considere perfeccionado el contrato es bastante con que el consentimiento de las partes coexista. Tan luego como el aceptante admite la policitación, el contrato se considera perfeccionado. Según este sistema, los contratos por correspondencia nacen cuando el aceptante ha firmado la carta o el telegrama en los que consten su aceptación. No es necesario que se desprenda de dichos documentos, basta con que en ellos exprese su voluntad de celebrar el contrato.

## **SEGUNDO SISTEMA.**

Se denomina “sistema de la remisión” porque de acuerdo con sus principios, tanto la policitud como la aceptación se consideran firmes e irrevocables cuando el peticionante o el aceptante se desprenden del pliego que contiene la manifestación de su voluntad y lo remiten, por correo o por telégrafo, a la otra parte.

En este sistema no basta con que el interesado escriba su peticion o su aceptación, es necesario que ejecute un acto a virtud del cual se desprenda de aquellas, pierda su posesión o tenencia material.

## **TERCER SISTEMA.**

**El contrato se forma cuando el peticionante recibe la aceptación**, lo que equivale a sostener que tanto la peticion como la aceptación no son firmes e irrevocables sino que cuando han sido recibidas por las personas a quienes se dirigen. Aunque el aceptante envíe su aceptación al correo, no queda obligado mientras pueda dar contraorden, recoger la correspondencia, o enviar telegrama anulando la aceptación, y en todos estos casos el contrato no llega a formarse si la retractación de la aceptación es recibida oportunamente por el peticionante.

## **CUARTO SISTEMA.**

Es conocido con el nombre de “sistema de comunicación del consentimiento”. El contrato se forma cuando el peticionante tiene conocimiento de la aceptación. Mientras este hecho no se verifique no hay contrato. Aunque el proponente reciba la carta en que conste la aceptación, si no la lee y no tiene conocimiento de ella, el contrato no se forma. Lo mismo puede decirse con respecto a la peticion; no es firme ni produce efectos jurídicos sino hasta el momento en que es conocida la persona a quien se dirige. Mientras esto no suceda, el peticionante puede retirarla; sin ningún peligro para él, o puede anularla usando de una vía más expedita.

La crítica de los sistemas anteriores y los problemas a que dan lugar pueden estudiarse en A. Dobleau "Des Contrats par correspondance".

**¿Qué sistema sigue el Código de Comercio?** El art. 80 dice: "Los contratos mercantiles que se celebren por correspondencia, **quedarán perfeccionados desde que se conteste aceptando la propuesta o las condiciones en que ésta fuere modificada**". Del texto anterior se infiere que el Código no sigue ni el tercero ni el cuarto de los sistemas expuestos; pero es difícil precisar si se conforma con el primero o el segundo. ¿Qué entiende la ley por contestar? ¿El simple hecho de escribir la carta o telegrama o la **remisión** de la contestación? Desde el punto de vista gramatical el verbo contestar significa: responder a una pregunta; dar contestación o respuesta; de lo que se deduce que gramaticalmente el punto a debate queda tan oscuro como antes.

En nuestra humilde opinión, los autores del Código de Comercio no percibieron claramente los elementos del problema; no se dieron cuenta de los diferentes efectos jurídicos que se producen dando a la palabra **contestación** uno u otro de los significados que en el caso puede tener. De esa falta de percepción del problema se deduce que el art. 80 puede interpretarse en un sentido o en otro, pues tal parece que el legislador no quiso resolverse por ninguno de los sistemas de que venimos hablando, que tal vez le eran por completo desconocidos.

Sin embargo, pudiera decirse que no hay intención seria de contestar una proposición sino hasta el momento en que se remite la carta o pliego que contiene la respuesta. Si esto es cierto, entonces hay que convenir que el art. 80 del Código de Comercio establece el sistema de la remisión. El contrato se perfecciona cuando el aceptante remite la carta en que conste la aceptación.

**¿En qué lugar se consideran otorgados los contratos por correspondencia?** La respuesta a esta pregunta es muy sencilla: los contratos por correspondencia se consideran otorgados en el lugar en que se perfeccionan. Como el principio **locus regit actum** se aplica a los convenios celebrados por correspondencia, es interesante determinar en qué lugar se otor-

ga el contrato para saber qué ley fija las formalidades a que está sujeto el convenio.

El lugar del otorgamiento del contrato es el lugar en que se perfecciona. Los sistemas expuestos anteriormente se aplican en toda su extensión en el presente caso que está relacionado con la interpretación del artículo 80.

### **CRITICA DE LA ULTIMA PARTE DEL ART. 80.**

El art. 80 dice: en su última parte: “La correspondencia telegráfica sólo producirá obligación entre los contratantes que hayan admitido este **medio previamente y en contrato escrito**, y siempre que los telegramas reúnan las condiciones o signos convencionales que previamente hayan establecido los contratantes, **si así lo hubieren pactado.**”

Este precepto es un arcaísmo escandaloso en el estado actual de la vida mercantil que celebra importantísimas y cuantiosas operaciones sin necesidad de acuerdo previo por escrito.

La vida se impone a las exigencias absurdas del legislador, y los comerciantes y jurisconsultos consideran perfectamente válidos los contratos celebrados por telegrama aunque no se llenen los requisitos del artículo 80.

¿A qué se refiere la última parte de esta disposición, que dice: “si así lo hubiesen pactado”, a que los telegramas reúnan los signos convencionales, o al acuerdo previo de que habla la primera parte del artículo? Sólo Dios lo sabe, porque la redacción del artículo es tan mala como el precepto en él contenido.

### **ARTICULO 81.**

“Art. 81.—Con las modificaciones y restricciones de este Código, serán aplicables a los actos mercantiles las disposiciones del derecho civil acerca de la capacidad de los contrayentes y de las excepciones o causas que rescinden o rivalidan los contratos”.

Tanto los jurisconsultos como algunas legislaciones extranjeras establecen principios generales relativos a los contra-

tos mercantiles. En esos principios se modifican las disposiciones del derecho común en el sentido de dar facilidades a la celebración y ejecución de los convenios. No podía ser de otra manera, desde el momento en que la ley comercial en su carácter de ley especial se adiciona al derecho común, siempre en el sentido de hacerlo más expedito y práctico.

Nuestro Código de Comercio no comprendió el problema de esa forma, y el artículo que comentamos aplica a los convenios mercantiles las disposiciones del derecho común que rigen a los contratos civiles.

El artículo es, en consecuencia defectuoso por dos motivos: I.—Porque encierra una repetición del precepto contenido en el artículo 2 del Código de Comercio; II.—Porque el espíritu de la legislación mercantil es acabar con aquellas normas del derecho civil, que no se compadezcan con las necesidades del comercio, y del art. 81 mantiene en pié el sistema del Código Civil, salvo las contadas excepciones consignadas en el de Comercio. Los autores de este último debieron establecer un sistema **especial** reglamentario de los contratos mercantiles, y en el que la legislación común se modificara en las siguientes cuestiones:

a.—Mancomunidad.—b.—Plazo.—c.—Retracto judicial. d.—Novación. Réditos.—Intereses y Término de gracia.—Obligaciones sin plazo, etc.

**Mancomunidad.**— La mancomunidad pasiva no se presume en los contratos civiles. En los contratos mercantiles debe presumirse, para fortalecer el crédito y dar facilidades al cobrar las deudas de los comerciantes. Algunas legislaciones extranjeras así lo han establecido, y la mayor parte de los juriconsultos aplauden este sistema.

Nuestro Código de Comercio, en el art. 81, mantiene el principio del derecho civil, y es por este concepto digno de censura.

## PLAZO.

En las obligaciones civiles el plazo se considera estipulado a favor del deudor. Esta presunción no debe regir en forma tan absoluta a los contratos mercantiles porque en ellos se pre-

sentan casos numerosos en los que el plazo favorece de igual manera a los intereses del acreedor. El art. 501 del Código de Comercio hace una aplicación de los principios anteriores a la letra de cambio. “El que pague una letra antes de su vencimiento, dice, quedará responsable de la validez del pago” y el 500 ordena que solo puede hacerse y recibirse el pago de la letra antes de su vencimiento **de común acuerdo**, lo que significa que el plazo se estipula tanto a favor del deudor como del acreedor.

### **REDITOS:**

La mayor parte de las legislaciones distinguen el rédito que causan las obligaciones mercantiles del rédito de las obligaciones civiles. Nuestro Código no fija el rédito comercial. Rige lo dispuesto en el art. 1482 del Código Civil (1). En algunos contratos mercantiles, la ley habla del rédito comercial, pero no dice cuál sea éste. Así, por ejemplo, el art. 305 obliga al comitente a pagar al comisionista el interés **comercial** de las cantidades anticipadas por este último, pero, ¿cuál es este interés comercial? La ley no lo dice, y el juez que en la práctica tenga que aplicar ese artículo se encontrará con una serie de dificultades, pues el rédito mercantil cambia constantemente de un día a otro, y no es el mismo en los diferentes lugares de un país. Por otra parte, es curioso que tratándose del préstamo, donde el espíritu de agio tiene su asiento, la ley fije únicamente el interés del 6%; y en cambio, tratándose de la comisión autorice el cobro del interés comercial. Estas anomalías demuestran una vez más la falta de unidad de nuestra ley mercantil.

### **MORA.**

Los requisitos que exige el Código Civil para hacer que un deudor incurra en mora en las obligaciones que no dependen de plazo cierto, se aplican también a los contratos mercan-

---

(1).—El art. 362 fija el 6% anual como rédito legal del préstamo mercantil.

tiles, pues el artículo 85 del Código de Comercio, como el 1423 del Código Civil, exige la interpelación judicial o extrajudicial.

Parece indudable que tratándose de obligaciones mercantiles la ley concediera mayores facilidades para hacer incurrir en mora al deudor. Los tratadistas admiten que una simple carta puede producir este resultado.

### **BENEFICIO DE EXCUSION.**

El art. 1725 del Código Civil establece a favor del fiador el beneficio de excusión. Como ese artículo no está derogado expresa o tácitamente en materia mercantil, es indudable que se aplica a las fianzas de comercio.

Sin embargo, algunos códigos modernos (el alemán y el húngaro) ordenan lo contrario, previniendo que el fiador de las obligaciones mercantiles no goza del beneficio de excusión, siempre que la fianza constituya para él un acto comercial.

Como el beneficio de excusión implica gastos, pérdida de tiempo y molestias, teóricamente es inconcuso que el fiador en obligaciones mercantiles, no debe gozar de dicho beneficio.

### **TERMINO DE GRACIA.**

Aunque el Código del Distrito Federal no autoriza expresamente a los Tribunales a conceder el término de gracia, pudiera ser que fuese reformado, o que alguno de los Códigos de los Estados lo estableciera. Los tratadistas del derecho mercantil consideran que una de las diferencias que existen entre las obligaciones civiles y las mercantiles consiste precisamente en que en las primeras cabe prórroga del plazo del cumplimiento de la obligación, mientras que las segundas son de extricto derecho, y deben cumplirse en el plazo estipulado.

El Código de Comercio en esta vez se ha conformado con la doctrina. y en el art. 84 ordena que en los contratos mercantiles **no se reconocerán términos de gracia o cortesía**, y en todos los cómputos de días, meses y años, se entenderán: el día, de 24 horas; los meses según están designados en el calendario gregoriano; y **el año de 365 días.**

Nada tenemos que objetar respecto a la fijación del tiempo que corresponde a los días y a los meses; pero no así con respecto a los años, pues de la simple lectura del art. 84 se desprende que pasó por alto los años bisiestos que constan de 366 días, lo que puede dar lugar a dificultades en la aplicación de ese precepto.

En efecto, si los meses se han de fijar de acuerdo con el calendario gregoriano, y en este se distinguen los años bisiestos, de 366 días, claro está que al no hacer igual distinción el Código de Comercio, resulta una franca oposición entre el sistema del calendario gregoriano y el del Código.

### **OBLIGACIONES SIN PLAZO DETERMINADO.**

Art. 1517 del Código Civil dice: “Si no se hubiere determinado el tiempo en que debe hacerse el pago, se hará éste cuando el acreedor lo exija, siempre que haya transcurrido el que sea moralmente necesario para el cumplimiento del contrato.”

Este sistema nos parece racional y justo. El Código de Comercio se ha apartado de él. Dice el art. 83: “Las obligaciones que no tuvieren término prefijado por las partes o por disposición de este Código, serán exhibibles a los diez días después de contraídas, si solo produjeran acción ordinaria; y al día inmediato si llevaren aparejada ejecución.”

Dos ejemplos nos van a servir para demostrar las dificultades prácticas a que da lugar la aplicación del art. 83, dificultades que por si solas condenan esa disposición. Por contrato otorgado en escritura pública, y que en consecuencia produce acción ejecutiva, un comerciante se obliga a entregar a otro cien cargas de maíz que se encuentran en el Paso, Texas. En el contrato se hace mención de esta circunstancia y no se fija plazo alguno al cumplimiento de la obligación. Según el Código Civil, el acreedor solo podía exigir la entrega de la mercancía después de que transcurra el plazo moralmente necesario, para que el vendedor traiga las mercancías del Paso a México. Solución atinada y equitativa. El Código de Comercio resuelve, por el contrario, que las mercancías deberán

ser entregadas al día siguiente de celebrado el contrato, solución por completo absurda e injusta.

Puede suponerse el extremo opuesto. En convenio que no produce acción ejecutiva, por ser simplemente verbal, un comerciante se obliga a suministrar la energía eléctrica necesaria para que el otro contratante pueda abrir su establecimiento mercantil a las 48 horas de celebrado el contrato. No se fija plazo para el cumplimiento de la obligación, y por lo mismo, ésta no es exigible, de acuerdo con el art. 83, sino diez días después de celebrado el contrato.

En nuestro concepto, no hay ninguna razón seria para que las obligaciones que constan en título ejecutivo sean exigibles dentro de 24 horas, y las que consten en un título ordinario, (llamémosle así) lo sean a los diez días. El carácter exigible de las obligaciones no depende del título en que consten, sino de su naturaleza intrínseca, de la voluntad de los contratantes, y de las circunstancias en que se otorguen. Los Tribunales deben tomar en cuenta todos estos hechos y de acuerdo con ellos señalar al deudor un plazo prudente para que cumpla.

Desde este punto de vista el art. 86 está conforme con los principios racionales y expresa la verdadera teoría en lo concierne al lugar en que deben cumplirse los contratos. Dice: “Las obligaciones mercantiles habrán de cumplirse en el lugar determinado en el contrato, o en caso contrario en aquel que, según la naturaleza del negocio o la intención de las partes, deba considerarse adecuado al efecto por consentimiento de aquellas o arbitrio judicial. Ojalá y el Código hubiera formulado un precepto análogo tratándose de **obligaciones sin plazo!**”

### **CLAUSULA PENAL.**

El art. 88 del Código de Comercio dice: “En el contrato mercantil en el que se fijan penas de indemnización contra el que no cumpliera, la parte perjudicada podrá exigir el cumplimiento del contrato o la pena prescrita; **pero utilizando una de estas dos acciones, quedará extinguida la otra.**”

El Código Civil, a su vez, dice: (art. 1316) “El acreedor puede exigir el cumplimiento de la obligación o el de la pena, pero no ambos; **salvo convenio en contrario.**”

De la comparación de los dos preceptos surge inmediatamente esta pregunta: ¿será lícito en materia mercantil el **convenio** de que habla el artículo 1316 del Código Civil?, o por el contrario ¿el art. 87 del Código de Comercio excluye todo pacto que tenga por objeto acumular el cumplimiento del contrato y la pena convencional?

De la redacción del art. 87 pudiera deducirse esta última tesis, pues el artículo habla de la **extinción de una acción judicial**, lo que significa el deseo del legislador de no sancionar judicialmente el ejercicio conjunto de las dos acciones, la del cumplimiento de la obligación y la del pago de la pena. Sin embargo, creemos que un defecto de redacción no debe ser motivo suficiente para violar los verdaderos principios, y los verdaderos principios en este caso son los siguientes:

I.—La pena convencional no es otra cosa que el equivalente de los daños y perjuicios que sufre el acreedor por la falta de cumplimiento de la obligación. Ahora bien, el art. 1421 del Código Civil establece el principio general, universalmente admitido en la doctrina y en las leyes, que si el obligado en un contrato dejare de cumplir su obligación, la otra parte puede exigir el cumplimiento de éste, o la rescisión del contrato, **y en uno y otro caso el pago de los daños y perjuicios.** En consecuencia, el acreedor puede ejercitar conjuntamente las acciones de cumplimiento de contrato y la de pago de daños y perjuicios, pero como daños y perjuicios es igual o equivalente a pena convencional, es entonces inconcuso, que no hay ningún motivo serio para impedir que el acreedor exija conjuntamente el pago de la pena y el cumplimiento del contrato

II.—Si tratándose de obligaciones civiles el legislador autoriza a las partes a convenir que en caso de mora el deudor pueda ser demandado por el pago conjunto de la obligación y de la pena, es claro que con mayor razón tratándose de obligaciones mercantiles, cuya falta de cumplimiento produce perjuicios, debe considerarse lícito dicho convenio.

## RETRACTO JUDICIAL.

Es bien conocida la disposición del art. 1624 del Código Civil según la cual “el deudor de cualquiera obligación litigiosa, cedida por título oneroso, puede librarse, satisfaciendo al cesionario el valor que éste hubiere dado por ella con sus intereses y demás expensa que hubiere hecho en la adquisición”. Esto es lo que se llama **retracto judicial** y tiene por objeto ayudar a los deudores y limitar la codicia de los usureros.

El Código Mercantil italiano suprime el retracto judicial en las obligaciones comerciales y no pocos juristas aprueban esa supresión, fundándose en la circunstancia de que el espíritu de lucro puede ejercerse en esa clase de obligaciones y por lo mismo no es lógico restringir la actividad del comerciante, estableciendo el retracto.

El sistema del Código Italiano nos parece conforme a las nuevas ideas, y por lo mismo quisiéramos que en nuestro derecho se suprimiera el retracto judicial en las obligaciones mercantiles.

## SOCIEDADES MERCANTILES EN GENERAL.

**Importa distinguir las sociedades mercantiles de las civiles (1).**—La distinción de sociedades civiles y mercantiles no tiene solamente una importancia teórica, sus efectos prácticos son considerables. Señalaremos los más importantes:

a.—Con arreglo al art. 93 del Código de Comercio el contrato de sociedad debe otorgarse en escritura pública, y sino se estipula en esta forma no producirá ningún efecto legal.

Las sociedades civiles exigen el requisito de la escritura pública cuando su objeto o capital exceda en valor de \$300.00, bajo pena de nulidad del contrato social. (Arts. 225 y 226 del Código Civil).

b.—Las sociedades mercantiles están sujetas al registro en los términos del art. 21 frac. V del Código de Comercio: “En

---

(1).—No estudiamos los caracteres comunes a las sociedades civiles y mercantiles por corresponder ese estudio al derecho civil.

la hoja de inscripciones de cada comerciante o sociedad, se anotarán: “Las escrituras de constitución de sociedad mercantil, cualesquiera que sean su objeto o denominación, así como las de modificación, rescisión o disolución de las mismas sociedades”.

Las sociedades civiles no están, en principio, sujetas a la formalidad del registro. Sin embargo, cuando en la escritura constitutiva de la sociedad se tramitan o modifiquen la propiedad, la posesión o el goce de bienes inmuebles o derechos reales impuestos sobre ellos, entonces la escritura debe registrarse como lo ordena el art. 394 del Código Civil.

c.—Como las sociedades mercantiles se reputan, en derecho, comerciantes, están obligados a cumplir con las prevenciones del art. 16 del Código de Comercio, o sea: a.—A publicar por medio de la prensa su carácter de comerciantes; b.—A llevar libros de contabilidad; c.—A conservar su correspondencia.

Las sociedades civiles no están sujetas a estas obligaciones.

d.—Siendo el Código de Comercio una ley federal, los juicios relativos a su aplicación corresponden a los Tribunales Federales en cumplimiento de lo ordenado en el artículo 104 de la Constitución Mexicana. En consecuencia, las sociedades mercantiles están sujetas a la jurisdicción de los Tribunales Federales, en los casos que más adelante mencionaremos.

Las sociedades civiles solamente están sujetas a la competencia federal con respecto a aquellos actos que de una manera concreta sean actos de comercio, o supongan la aplicación de leyes federales.

e.—Las sociedades mercantiles pueden ser declaradas en quiebra por ser comerciantes. (art. 945, 646 y siguientes del Código de Comercio). Las civiles están sujetas al juicio de concurso.

f.—Las deudas de las sociedades mercantiles están sujetas a una prescripción menor que la prescripción de las deudas contraídas por las sociedades civiles. La primera está regida por las disposiciones de los arts. 1045, 1047 y 153 del Código de Comercio.

Algunos autores han pretendido que las sociedades civiles se distinguen de las comerciales por la responsabilidad de los socios. En las primeras los socios no responden solidariamente. En las segundas sí existe la responsabilidad solidaria. Semejante opinión debe desecharse en nuestro derecho por dos razones: a.—Porque el art. 2303 del Código Civil autoriza se estipule la responsabilidad solidaria en las sociedades civiles. b.—Porque en las mercantiles tampoco existe siempre la responsabilidad solidaria.

No concluiremos este capítulo sin advertir que las diferencias que hemos indicado no se refieren a las sociedades civiles de forma mercantil, pues como demostraremos más adelante, esta clase de sociedades deben sujetarse a determinadas prescripciones del Código de Comercio.

¿¿Cómo distinguir las sociedades mercantiles de las civiles?

Desde el momento en que la sociedad mercantil goza de personalidad jurídica y es un ente de derecho, nada más fácil que fijar el criterio que ha de servir para determinar en cada caso si la sociedad es mercantil o civil. Ese criterio no es otro que el mismo que se utiliza para saber si un individuo es o no comerciante. Todas las doctrinas y principios que constituyen la interpretación de los arts. 3 y 4 del Código de Comercio han de servir para determinar si una sociedad es comerciante. Si el objeto de la sociedad consiste en operaciones de comercio, si habitualmente se dedica a ellas, la sociedad es mercantil. En caso contrario es civil.

No influyen por lo tanto en la naturaleza de las sociedades ninguna de las siguientes circunstancias:

a.—Que la mayoría de los socios sean comerciantes, pues estos pueden reunirse para asuntos netamente civiles, y por lo mismo la sociedad que formen ser también civil.

b.—El nombre o calificativo que los socios den a la sociedad. Si los socios la llaman mercantil cuando en realidad se dedica exclusivamente a operaciones civiles, no por eso la sociedad será mercantil, ni podrán hacer a un lado la aplicación de la ley que debe regir al contrato.

c.—Finalmente, la forma que se dé a la sociedad tampoco influye en la naturaleza mercantil de la misma, atento lo dis-

puesto en el artículo 91 del Código de Comercio que dice: “Las sociedades civiles, SIN PERDER SU CARACTER, pueden constituirse como sociedades de comercio, de conformidad con las disposiciones de este título”.

Cuando estudiemos las sociedades anónimas veremos si es posible que una sociedad civil, sin perder su carácter, se constituye en forma de sociedad anónima.

## **FORMAS LIMITADAS DE LAS SOCIEDADES MERCANTILES.**

Las formas que pueden revestir las sociedades mercantiles son limitadas, y se encuentran previstas en el artículo 89 del Código de Comercio.

Lo anterior significa que la voluntad de los contratantes no puede crear nuevas formas de sociedades mercantiles. En consecuencia, cuando deseen celebrar un contrato de sociedad mercantil deben sujetarse a los “tipos” establecidos en el artículo 89. Este artículo dice que la ley reconoce cinco formas o especies de sociedades mercantiles, de lo que se deduce que desconoce cualquiera otra forma diversa de las previstas en él. Si las desconoce les quita toda fuerza legal, les niega personalidad jurídica, y por lo mismo no pueden constituirse otras especies de sociedades que las enumeradas en aquella disposición. ¿El principio anterior responde a la mentalidad y a las exigencias del derecho moderno? ¿Debe, por el contrario, sustituirse por el principio opuesto, o sea, por el de la libertad de convenios, y autorizar a los contratantes para establecer nuevos tipos de sociedades?

Creemos que sí porque no encontramos ninguna razón de de orden superior que haga necesario el sistema que establece el Código. Pueden autorizarse a los contratantes a que creen nuevos tipos de sociedad siempre y cuando no se ataque con ello los derechos de terceros, los de la sociedad, los del Estado o la moral y las buenas costumbres. Además, se exigiría la publicación y registro de los estatutos sociales para que los terceros contratantes con la sociedad supieran a qué atenerse sobre las condiciones de solvencia y responsabilidad

del nuevo ser jurídico. Al reformarse el Código de Comercio debe tenerse presente el problema anterior y darle la mejor solución posible.

## **PRINCIPIO DE INTERPRETACION**

Antes de estudiar los diversos preceptos relativos a las sociedades mercantiles importa señalar un rasgo característico de ellos.

La mayor parte de las disposiciones del Código de Comercio relativas a sociedades, tienen el carácter de preceptivas, esto es, prescriben el cumplimiento de ciertos requisitos de forma o de fondo, necesarios para que la constitución y funcionamiento de las sociedades sea legal.

Cuando el art. 188 ordena que la administración de las sociedades anónimas se confíe a un Consejo de Administración, formula un precepto jurídico cuyo cumplimiento no puede dejarse al arbitrio de las partes, de tal manera, que éstas sean libres de estipular lo contrario.

Como el art. 188, la mayor parte de los que se refieren a las sociedades mercantiles son preceptivos y no simplemente sirven para suplir o interpretar la voluntad de los contratantes.

Naturalmente, que no todos los artículos que se ocupan de las sociedades, tienen ese carácter, y una de las dificultades de su interpretación se encuentra precisamente en saber cuales pueden ser modificados por la voluntad tácita o expresa de las partes, y cuales no.

## **CUADRO ESQUEMATICO DE LAS SOCIEDADES MERCANTILES**

### **Sociedades Intuitus Personae o por Intereses**

Comprende:—I. Sociedades en nombre colectivo. II. Sociedad en comandita simple.

### **Sociedades de Capitales o por Acciones**

Comprende:—I Sociedad anónima. II. Sociedad en comandita por acciones. III. Cooperativa.

### **Sociedades de Responsabilidad Limitada.**

Sociedad anónima y Cooperativa.

## **Sociedad de Responsabilidad Ilimitada**

Sociedad en nombre colectivo.

## **Sociedades Mixtas**

Sociedades en comandita, tanto por acciones, como por intereses.

## **Sociedades Nacionales.—Sociedades Extranjeras.**

**Primer término de la clasificación.**—Sociedades intuitus personae. En estas sociedades se toma en cuenta principalmente las cualidades personales de los socios: su crédito mercantil, su idoneidad profesional, su habilidad industrial, etc. El contrato se celebra en vista de las personas, de lo que se deducen las siguientes consecuencias:

a)—Que el contrato se rescinde por muerte o incapacidad de los socios. (Ver. arts. 131 frac. VI y 133 frac. IV del Código de Comercio).

b)—Que los derechos de los socios en el capital social no pueden cederse a terceros sino con el consentimiento unánime de los socios. (Art. 106 del Código de Comercio).

c)—Que el contrato puede rescindirse por error en la persona.

La parte que cada socio representa en estas sociedades se denomina INTERES. La parte que les corresponde en las sociedades por capitales se denomina ACCION.

No deben confundirse las sociedades intuitus personae con las sociedades de responsabilidad ilimitada. Las sociedades civiles son intuitus personae y sin embargo pueden no ser de personalidad limitada. (Art. 2304 del Código Civil). En las sociedades en comandita simple encontramos la responsabilidad limitada de los comanditarios.

**Segundo término de la clasificación.**—Sociedades por capitales.—En estas sociedades no se toman en cuenta las personas de los socios sino únicamente su aportación económica, los bienes con los que contribuyen a la formación del capital social. De lo anterior se deduce:

a)—Que el error sobre la persona no puede ser causa de la rescisión del contrato social.

b)—Que la sociedad no se rescinde ni se liquida por la muerte o incapacidad de los socios en general, y más especialmente de los socios administradores.

c)—Que los derechos de los socios están representados por valores económicos denominados acciones que pueden transmitirse sin necesidad del consentimiento de los demás socios.

Esta clase de sociedades representa el movimiento económico del mundo moderno y se presta mucho mejor que ninguna otra a la acumulación de capitales y al desarrollo de los grandes negocios.

**Tercer término de la clasificación.**—Sociedades de responsabilidad ilimitada. En ellas los socios responden con todos sus bienes, presentes y futuros, y solidariamente de las deudas sociales. En consecuencia, los acreedores sociales tienen dos patrimonios sobre los que exigir el pago de sus créditos: el patrimonio social, y el patrimonio individual de cada socio.

La sociedad tipo de este grupo es la sociedad en nombre colectivo.

**Cuarto término de la clasificación.**—Sociedades de responsabilidad limitada. Los socios responden únicamente con su aportación social. La sociedad anónima es la que mejor caracteriza a este grupo.

**Quinto término de la clasificación.**—Sociedades Mixtas.—En ellas hay socios (comanditados) que responden ilimitada y solidariamente de las deudas sociales; y otros, los comanditarios, solo responden con su haber social.

**Sexto término de la clasificación.**—Sociedades mexicanas o nacionales.—Son las constituídas en México con arreglo a las leyes mexicanas. En oposición a ellas se distinguen las

**Sociedades extranjeras.** o sean las constituídas en el extranjero con arreglo a la legislación extranjera.

Por ahora únicamente damos este análisis superficial de las diferencias de las sociedades nacionales y de las extranjeras, a reserva de profundizar más adelante esta cuestión.

**De los sub-términos de la clasificación.**—Sociedad en nombre colectivo.—Tres son las características de esta sociedad:

a)—Funciona bajo una razón social. Art. 100 del Código de Comercio).

c)—Se constituye en consideración de las personas, esto es, la sociedad es *intuitus personae*. (art. 106).

**Sociedad anónima.**—Carece de razón social y debe designarse por un nombre particular relacionado con el objeto de su empresa. (Art. 163).

b)—Su capital está formado por acciones de igual valor. (Art. 178).

c)—La responsabilidad de los socios queda restringida al valor de las acciones (art. 163).

d)—Su capital es fijo aunque puede aumentarse o reducirse por acuerdo de la asamblea de accionistas. (Art. 206). Esta última circunstancia distingue claramente a la sociedad anónima de la sociedad cooperativa.

**Sociedad en comandita simple.**—a)—Sociedad mixta en la que existen las dos clases de responsabilidades. b)—Funciona con una razón social en la que deben figurar únicamente los nombres de los socios comanditados. c)—Es sociedad de intereses, y en consecuencia *intuitus personae*. d)—La forman dos clases de socios, comanditados con responsabilidad ilimitada y solidaria, y comanditario con responsabilidad limitada. (arts. 154 y 155).

**Sociedad en comandita por acciones.**—a)—Sociedad mixtas, como la anterior. b)—Funciona bajo una razón social. c)—Es sociedad de capitales y no de intereses. c)—Existen en ella dos clases de socios, los comanditados que responden ilimitada y solidariamente, y los comanditarios que solo responden con el importe de sus acciones. Esta sociedad representa una fusión de los tipos opuestos de sociedad anónima y de la sociedad en comandita.

**Sociedad cooperativa.**—a)—Carece de razón social (carácter común con la anónima). b)—Su capital y el número de sus socios son variables. (Carácter que la distingue de la anónima). c)—Su capital se divide en acciones que serán siempre nominativas. d)—La responsabilidad de los socios puede ser limitada o ilimitada según se estipule en la escritura social. (Arts. 238 y 224).

## PERSONALIDAD DE LAS SOCIEDADES

La personalidad jurídica de las sociedades de comercio está perfectamente reconocida en el art. 90 del Código de Comercio. “La sociedad, dice esa disposición, constituye una personalidad jurídica distinta de los asociados”. No estudiaremos el problema filosófico relativo a la personalidad de las sociedades, y lo que distingue a estas de las personas morales de derecho público.

El Lic. Jacinto Pallares ha hecho un magnífico estudio sobre tan interesante materia en las conferencias que sobre Personas Morales sustentó en el año de 1895. El lector encontrará en ellas un examen filosófico y doctrinal de las diversas cuestiones que presenta el problema de las personas morales.

### CONSECUENCIAS DE LA PERSONALIDAD JURIDICA DE LAS SOCIEDADES

a.—**Patrimonio social distinto del individuo de los socios.**— Esto quiere decir que la sociedad tiene acreedores y deudores diversos de los acreedores y deudores de los socios. La sociedad se considera como la propietaria del patrimonio social, con personalidad jurídica bastante para poseerlo, administrarlo, etc.

El art. 2231 del Código Civil lo declara expresamente, así como el art. 2264 y siguientes que hablan de las obligaciones patrimonio social cuando dice: “que los derechos y obligaciones de esto (los socios) son independientes de los de aquella (la sociedad)”. El 2305 del mismo ordenamiento establece que el haber social está afectado especialmente al pago de los créditos sociales, y que los acreedores de los socios solamente puede pedir la separación de patrimonios en los términos del art. 1939, y la ejecución y embargo de la parte social del deudor.

A su vez, el Código de Comercio en el art. 152 reconoce esa diferencia de patrimonios, aunque concede a los acreedores de los socios el derecho de pedir la disolución de la sociedad.

b)—**La sociedad tiene representantes legales para toda clase de actos jurídicos.**— Como un ser de derecho, la sociedad

ha de llevar a cabo actos jurídicos sumamente variados, pero siendo una personalidad abstracta necesita ser representada, y en efecto lo es, por sus gerentes, administradores. et.

El art. 95 del Código de Comercio ordena que en la escritura social consten los nombres de los socios que han de tener a su cargo la dirección o administración de la sociedad y el uso de la firma social, o la manera de cómo haya de administrarse y dirigirse la sociedad.

Además, existen en los capítulos relativos, un buen número de disposiciones que se refieren a los representantes legales de las sociedades.

**c.—La personalidad faculta a la sociedad para comparecer en juicio.**—Este principio no es sino un corolario del anterior y se encuentra reconocido en todas nuestras leyes

**d)—Los socios en lo personal pueden ser acreedores y deudores de la sociedad.**—Esta es la consecuencia más importante que deriva de la personalidad de las sociedades y donde se hace palpable la creación del nuevo ser jurídico. Desde el momento en que el patrimonio social no se confunde con el de los socios, y claramente se distinguen las dos clases de personalidades, es lógico admitir que los socios pueden contratar con la sociedad y ser sus deudores o acreedores.

El art. 2264 del Código Civil y siguientes que hablan de las obligaciones de los socios. En el Código de Comercio, los arts. 108 y 109, consideran también a los socios como deudores directos de la sociedad.

**e)—La sociedad en su carácter de comerciante puede ser declarada en quiebra.**—La bancarrota de la sociedad no produce la de los socios cuando estos no responden solidaria e ilimitadamente de los bienes sociales. Estos principios no necesitan explicarse porque se deducen claramente de la personalidad jurídica de las sociedades.

El art. 3º. del Código de Comercio dice que se reputan en derecho comerciantes las sociedades constituidas con arreglo a las leyes mercantiles. El 945 previene que **todo** comerciante que cesa de hacer sus pagos se halla en estado de quiebra, y el 948 se refiere a la quiebra de las sociedades mercantiles.

**f)—Las sociedades tienen un domicilio distinto del domi-**

**cilio de los socios.**—El art. 95 frac. II ordena que en la escritura social se consigne el domicilio de la sociedad. Más adelante veremos qué circunstancias han de servir de base para determinar ese domicilio.

**g)**—**La sociedad, como tal, incurre en responsabilidades civiles y penales.**—El primer punto es axiomático desde el momento en que la sociedad es persona jurídica en asuntos del orden civil, y puede, por este concepto, contraer responsabilidades contractuales, cuasi contractuales, delictuosas y cuasi delictuosas (civiles). En cuanto a las responsabilidades, de orden criminal la cuestión es más difícil y ha dado lugar a multitud de controversias, pues uno de los elementos esenciales para que exista la imputabilidad criminal es la existencia del ser humano dotado de razón y voluntad. ¿La sociedad como tal puede cometer delitos? Por ahora apuntamos únicamente la cuestión para estudiarla más adelante.

**h)**—**Los derechos de los socios tienen el carácter de bienes muebles aunque en el patrimonio social existan inmuebles.**—En efecto, desde el momento en que todos los bienes sociales pertenecen en propiedad, posesión y administración a la persona jurídica sociedad, los socios, a virtud del contrato social, pierden esa propiedad, posesión y administración, y no tienen respecto a dichos bienes sino un derecho **de crédito** que ejercerán en la forma estipulada en el contrato social .

El art. 699 del Código Civil dice que “son bienes muebles por determinación de la ley, las acciones que cada socio tiene en las compañías de comercio o de industria, aún cuando a estas pertenezcan algunos bienes inmuebles”. En este artículo la palabra **acciones** está tomada en el sentido de **derechos**, y se refiere, tanto a las acciones propiamente dichas que existen en las sociedades de capitales, como al “interés” que corresponde a los socios en las acciones *intuitus personae*.

Esta característica es muy importante y produce múltiples consecuencias que a medida que se vaya presentando la oportunidad las indicaremos.

**1.**—**Desde el momento en que los bienes sociales pertenecen a la persona moral sociedad, no se encuentran en la indivisión.**—Este principio es una consecuencia ineludible de todos los

anteriores y está íntimamente ligado al concepto de la personalidad jurídica de la sociedad.

**j)—Las sociedades como personas jurídicas pueden tener nacionalidad.**—El art. 3 del Código de Comercio distingue a las sociedades extranjeras de las nacionales y los arts. 271 de la misma ley se ocupan preferentemente de las primeras.

**k.—La compensación no se opera entre las deudas que las sociedades tienen a favor de los socios y los créditos que los terceros TENGAN en contra de estos.**—Tampoco se opera la compensación cuando la sociedad es acreedora de un socio y un tercero es deudor del socio. Desde el momento en que el art. 1570 del Código Civil exige para que haya compensación que DOS personas reúnan la cualidad de deudores y acreedores, y en el caso, con la personalidad jurídica de la sociedad existen TRES o más personas, no es posible que se efectúe la compensación.

**l.—Los acreedores sociales no concurren con los particulares de los socios en el pago de sus créditos.**—La diferencia de patrimonios produce este efecto importantísimo, que según opinan los jurisconsultos, ha sido una de las causas determinantes de que el legislador conceda a las sociedades personalidad jurídica.

El art. 152 del Código de Comercio y el 2305 del Civil reconocen expresamente la afectación del patrimonio social al pago de los acreedores de la sociedad.

Hemos indicado las consecuencias más importantes que se deducen de la personalidad jurídica de las sociedades. No está por demás añadir que algunos de esos fenómenos jurídicos pueden existir y explicarse sin necesidad de suponer en las sociedades personalidad moral alguna; pero es indudable que la afirmación de esta hace más fácil y sencilla la comprensión del fenómeno jurídico.

Por otra parte, algunas de las cuestiones anteriores las hemos de examinar con más detenimiento en su lugar apropiado.

## PERSONALIDAD DE LAS SOCIEDADES MERCANTILES PARA ADQUIRIR

La personalidad jurídica de las sociedades mercantiles se distingue profundamente de la personalidad que corresponde a las verdaderas personas morales. En estas últimas, los fundadores o asociados se desprenden de la propiedad de los bienes que forman el patrimonio **del nuevo ser**. Dejan de ser propietarios de esos bienes y, se efectúa entonces el fenómeno, que con tanta atingencia calificó el jurisconsulto J. Pallares de **despersonalización de la propiedad (1)**. Los bienes que quedan afectados al ente jurídico, encargado en la persona moral, no pertenecen en propiedad a ningún individuo, ni a ningún grupo de hombres.

Esta circunstancia importantísima hace que el legislador deba vigilar para que las verdaderas personas morales, aquellas en las que se efectúa el fenómeno de la **despersonalización de la propiedad**, no acaparen bienes, que por este solo hecho quedarían substraídos al comercio humano, y con el carácter de amortizados. Si se tiene en cuenta, además, que entre las personas morales figura en primer término la Iglesia católica, se comprenderá perfectamente, que el Estado, en la lucha mortal que sostuvo con aquella, se vió en la necesidad ineludible de dictar diversas disposiciones que la privaron de la facultad de adquirir; disposiciones que se hicieron extensivas a las diversas personas morales, pero que no comprendieron a las sociedades mercantiles porque en éstas la ficción de la personalidad no tiene por objeto cubrir un fenómeno de **despersonalización de la propiedad**, sino simplemente dar la fórmula jurídica, más breve y cómoda para explicar todas las relaciones jurídicas que realizan en el seno y con motivo de las sociedades civiles o mercantiles.

De allí, que, en el derecho patrio, hasta el año de 1917, la incapacidad para adquirir determinados bienes solamente se refirió a las verdaderas personas morales y no alcanzaba a las

---

(1).—Para la mejor comprensión de estas líneas, véanse las ya citadas conferencias del ilustre jurisconsulto sobre **Personas Morales**.

sociedades civiles o mercantiles. En este sentido se expidieron las leyes de Reforma y la Constitución de 1857, así como sus posteriores adiciones.

La revolución de 1914, enemiga declarada del capitalismo que se realiza mediante la constitución de las sociedades mercantiles, y deseando contrarrestar la influencia que el capital extranjero ha tenido en la economía y en la vida política de México, consideró a las sociedades en general, y muy especialmente a las extranjeras, y a las sociedades por acciones, como un peligro, como una causa de la apropiación de las riquezas mexicanas por un puñado de millonarios, o por un grupo de aventureros, que se enriquecieron a expensas de nuestro país.

No entra en el plan de esta obra hacer la crítica del programa revolucionario de 1914, ni analizar las consecuencias económico-sociales de las nuevas leyes.

La Constitución de 1917, de acuerdo con esas ideas, retrin-gió la personalidad de las sociedades en la forma que vamos a exponer.

**I.—Las sociedades extranjeras no pueden adquirir bienes raíces.**—Esta proposición no tiene el carácter de indiscutible porque el texto constitucional puede ser interpretado en sentido contrario a ella. En efecto, dice el art. 27 de la Constitución: "I.—Sólo los mexicanos por nacimiento o por naturalización y las sociedades mexicanas tienen derecho para adquirir el dominio de las tierras y aguas y sus acciones. . . . El Estado podrá conceder el mismo derecho a los extranjeros, siempre que convengan ante la Secretaría de Relaciones en considerarse como nacionales. . . . etc."

La segunda parte del inciso I que hemos transcrito puede referirse únicamente a los extranjeros considerados individualmente, esto es, a los extranjeros como personas humanas, y entonces es indudable, que como la primera parte solo autoriza a las sociedades mexicanas para adquirir bienes raíces, sólo ellas pueden hacerlo y no las sociedades extranjeras. Puede sostenerse, en sentido contrario, que tanto los extranjeros (individuos humanos) como las sociedades extranjeras, están facultadas para usar del beneficio que les concede esa segunda parte del inciso transcrito, y renunciar ante la Secretaría de

Relaciones las prerrogativas de su nacionalidad por lo que se refiera a la adquisición de los bienes inmuebles.

Esta última interpretación nos parece defectuosa: I.—Porque el mismo art. 27 da a entender que las palabras “extranjeros y mexicanos” no comprenden respectivamente a las sociedades extranjeras o mexicanas, pues si las comprendieran no agregaría, en la primera parte del inciso, a las palabras de “mexicanos por nacimiento o naturalización,” la de sociedades mexicanas. En consecuencia, cuando más adelante el art. 27 agrega que **los extranjeros** pueden adquirir bienes raíces si celebran un convenio con la Secretaría de Relaciones, la frase extranjeros no comprende tampoco a las sociedades extranjeras.

II.—En segundo lugar, para determinar lo que la Constitución de 1917 entiende por extranjeros y mexicanos, y saber si en estas palabras están comprendidas las sociedades extranjeras o mexicanas, debe uno atenerse a lo que disponen los arts. 31 y 33 de la propia ley. Ahora bien, en ninguno de estos artículos están comprendidas las sociedades mercantiles pues basta leerlos para que se comprenda fácilmente que la ley se refiere a individuos de carne y hueso que hayan nacido de padres extranjeros o mexicanos, que se hayan naturalizado, o que sean indo-latinos. El espíritu y el texto constitucional no se refieren por lo mismo, al hablar de mexicanos y extranjeros, a ninguna clase de sociedades.

III.—Finalmente, la distinción de sociedades y extranjeras no puede nunca equiparse a la de mexicanos y extranjeros, porque la primera sufre efectos en orden al derecho civil o mercantil, pero no en el terreno constitucional, como la segunda. Sería verdaderamente curioso hablar de la naturalización de las sociedades, de su expulsión del territorio nacional por perniciosas, etc., etc.

Por lo mismo, si la segunda parte del inciso I del art. 27, habla únicamente de extranjeros, y solo a éstos los autoriza a adquirir bienes raíces, previa la celebración de un convenio con la Secretaría de Relaciones, es incuestionable que las sociedades extranjeras no quedan comprendidas en la autorización.

**2.—La segunda incapacidad de las sociedades** extranjeras

que decreta la Constitución de 1917, se refiere a la adquisición de concesiones de explotación de minas, aguas o combustibles minerales en la República Mexicana. (Véase el inciso I del art. 27). Como el texto constitucional es prohibitivo, debe interpretarse restrictivamente, y por lo mismo, limitarse la incapacidad de las sociedades extranjeras a las concesiones de minas, aguas o combustibles minerales. Sin embargo, hay que tener presente el párrafo anterior al inciso I del art. 27, que dice: “En los casos a que se refieren los dos párrafos anteriores (esos casos son: a.—el dominio directo que tiene la República sobre todos los minerales o substancias que en vetas, mantos o yacimientos constituya depósito cuya naturaleza sea distinta de los componentes de los terrenos, tales como los minerales de los que extraigan metales y metaloides utilizados en la industria; los yacimientos de piedras preciosas, de sal gema y las salinas formadas directamente por las aguas marinas; los productos derivados de la descomposición de las rocas, cuando su explotación necesite trabajos subterráneos; los fosfatos susceptibles de ser utilizados como fertilizantes; el petróleo y todos los carburos de hidrógeno sólidos, líquidos o gaseosos; b.—el dominio directo que tiene la Nación sobre el agua de los mares territoriales, de las lagunas, ríos, etc.), el dominio de la Nación es inalienable e imprescriptible, y solo podrán hacerse concesiones por el Gobierno Federal a los particulares o sociedades civiles o **comerciales constituídas conforme a las leyes mexicanas**, con la condición de que se establezcan trabajos regulares para la explotación de los elementos de que se trata y se cumplan con los requisitos que prevengan las leyes.”

De lo anterior se deduce que **las sociedades extranjeras no tienen capacidad para adquirir concesiones sobre el uso y aprovechamiento de las aguas nacionales ni de las substancias enumeradas prolijamente en el art. 27.**

**3.—El inciso IV del art. 27 establece otra incapacidad. “Las sociedades comerciales por acciones, dice, no podrán adquirir, poseer o administrar fincas rústicas. Las sociedades de esta clase que se constituyeren para explotar cualquiera industria fabril, minera, petrolera, o por algún otro fin que no sea agrí-**

cola, podrán adquirir, poseer o administrar terrenos únicamente en la extensión que sea estrictamente necesaria para los establecimientos o servicios de los objetos indicados, y que el Ejecutivo de la Unión o de los Estados, fijarán en cada caso”.

Esta disposición nos sugiere las siguientes observaciones: I.—Comprende a las sociedades anónimas, comandita por acciones y cooperativa; II.—Para que estas sociedades puedan adquirir legalmente fincas rústicas o terrenos, necesitan obtener con anterioridad el permiso del Ejecutivo de la Unión o de los Estados. III.—Si las propiedades de que se trate se encuentran situadas en las dos jurisdicciones, la local o la federal, la autorización debe ser concedida por las dos autoridades; IV.—El art. 27 parece distinguir las fincas rústicas de los terrenos. Pueden muy bien existir terrenos en zona urbanizada y no tener, por lo mismo, el carácter de fincas rústicas. La prohibición los comprende también. V.—¿Qué entiende la ley “por establecimientos o servicios” de cualquiera industria fabril, minera, petrolera o para alguna que no sea agrícola? Respecto a la frase **servicios** de una industria, es fácil, hasta cierto punto, comprender su significado, pues se entiende que esas palabras se refieren a toda aquella clase de trabajos y operaciones que sean necesarias para el funcionamiento de la industria. Sin embargo, la elasticidad del término puede prestarse a interpretaciones peligrosas. En cuanto a la palabra “establecimiento” es todavía menos jurídica, más vaga, y por lo mismo, está sujeta a una interpretación más amplia. Según el Diccionario de la Academia, la palabra establecimiento significa: “El acto o el efecto de establecer o establecerse. Fundación, creación, erección, institución, como el establecimiento de cátedras, etc.... Ley, ordenanza, estatuto o reglamento. Cualquiera fábrica o cosa tal. Cualquiera empresa mercantil, industrial, agrícola o de otro género de especulación.... Cualquier edificio, casa o local donde se sirva al público...”

¿Acuál de todas estas acepciones de la palabra **establecimiento** se refiere el art. 27? Creemos que ni los mismos autores de la Constitución sabrían contestar satisfactoriamente la pregunta, porque indudablemente usaron el término “es-

establecimiento” sin darle una connotación precisa, ni menos una connotación jurídica que en realidad no tiene.

En la Presidencia de la República se presentó un caso curioso relacionado con la disposición que comentamos. **¿Puede una sociedad por acciones adquirir terrenos para urbanizarlos?** Queda sobreentendido que el objeto de la sociedad es la urbanización de terrenos para fincar en ellos. En este supuesto ¿debe considerarse que la adquisición de terrenos es necesaria para el establecimiento de la sociedad? Como el artículo 27 está muy mal redactado, y tampoco se descubre su espíritu en el caso que analizamos, es posible contestar la pregunta de distintas y contrarias maneras (1).

4.—El inciso V del artículo 27 constitucional se refiere directamente a los Bancos, pero indirectamente comprende a las sociedades mercantiles si aquellos se organizan en forma de sociedad mercantil. He aquí el texto de esa disposición que no necesita comentarios: “Los Bancos debidamente autorizados conforme a las leyes de instituciones de crédito, podrán tener capitales impuestos sobre propiedades urbanas y rústicas, de acuerdo con las prescripciones de dichas leyes, pero no podrán tener en propiedad o en administración más bienes raíces que los enteramente necesarios para su objeto directo.”

## **CAPACIDAD DE LAS SOCIEDADES MERCANTILES PARA ADQUIRIR BIENES POR DONACION**

En el derecho francés se considera como un problema de importancia el que se comprende en el enunciado anterior, y buen número de jurisconsultos niegan que las sociedades mercantiles tengan capacidad para adquirir bienes por donación.

Creemos que en derecho mexicano el problema no existe atento lo dispuesto en el art. 90 del Código de Comercio y 2629 del Código Civil.

---

(1).—El Cód. de Comercio emplea la palabra establecimiento en el sentido de negociación mercantil, (art. 75).

El primero de esos artículos da personalidad jurídica a las sociedades mercantiles, sin restringirla de ninguna manera a los actos **jurídicos por título oneroso**, y claro está, que si la mente del legislador hubiera sido negarles capacidad para adquirir bienes por donación, en el artículo susodicho, o en los subsecuentes, hubiera sido la oportunidad de hacerlo, limitando la personalidad de las sociedades únicamente a los contratos onerosos.

Desde el momento en que la ley concede a las sociedades mercantiles personalidad jurídica, sin limitaciones de ningún género, sin restringirla a determinados actos, el intérprete no puede circunscribirla tan sólo a los contratos por título oneroso.

Además, el art. 2629 del Código Civil, que se ocupa especialmente de la capacidad para adquirir por donación despeja cualquiera duda que pudiera existir en el particular. Dice: “pueden aceptar donaciones **todos aquellos a quienes no está especialmente prohibido por disposición de la ley**”.

Es necesario, en consecuencia, una prohibición terminante de la ley para negar capacidad a las sociedades mercantiles. Esa disposición no existe; las sociedades pueden, adquirir por donación.

¿Podrán adquirir a título de legado? Los arts. 3301, 3289 y 3288 del Código Civil resuelven el problema. Dicen respectivamente:

“Art. 3301.—Por causa de utilidad pública son incapaces de adquirir bienes raíces, sea por herencia, **sea por legado**, las personas morales a quienes prohíbe esta especie de propiedad la Constitución Política de la República.”

“Art. 3289.—Por falta de personalidad son incapaces de adquirir por testamento y por intestado los que no estén concebidos al tiempo de la muerte del autor de la herencia, o que aún cuando lo estén, no sean viables conforme a lo dispuesto en el art. 303, o nacieren después de trescientos días contados desde la muerte de aquél”.

Art. 3288.—Todos los habitantes del Distrito y de la California, de cualquiera edad y sexo que sean, tienen capacidad para heredar; y no pueden ser privados de ella de un modo ab-

soluto; pero con relación a ciertas personas y a determinados bienes, pueden perderla por alguna de las causas siguientes:

“I.—Falta de personalidad;

“II.—Delito;

“III.—Presunción de influencia contraria a la libertad del testador, o a la verdad o integridad del testamento;

“IV.—Falta de reciprocidad internacional;

“V.—Utilidad pública;

“VI.—Renuncia o remoción de algún cargo conferido en testamento.”

De la lectura de esos artículos se deduce claramente que entre los incapaces para adquirir a título de legado no se encuentran las sociedades mercantiles, y solo subsisten respecto a ellas las prohibiciones contenidas en el art. 27 constitucional de que ya hemos hablado.

### **DE LA JURISDICCION A QUE ESTAN SUJETAS LAS SOCIEDADES MERCANTILES**

La jurisdicción de nuestros tribunales se fija en el caso que examinamos **por la ley que han de aplicar** al pronunciar su fallo. Es *ratione materiae* y no *ratione personae*. Esto quiere decir, que el simple hecho de que una sociedad intervenga en un litigio no es causa suficiente para establecer determinada competencia. Para resolver la cuestión jurisdiccional, debe tenerse presente, no las personas que intervengan, sino la ley que sirva y se aplique para decidir el juicio. Antes de analizar el problema, importa tener a la vista el art. 104 de la Constitución que dice: “Corresponde a los Tribunales de la Federación conocer: I.—De todas las controversias del orden civil o criminal que se susciten sobre cumplimiento y aplicación de **leyes federales**. . . . Cuando dichas controversias solo afecten a intereses particulares, podrán conocer también de ellas, a elección del actor, los jueces y tribunales locales del orden común de los Estados, del Distrito Federal y Territorios. . . .”

De este artículo se deduce:

I.—Que los Tribunales de la Federación son competentes para conocer de todas las controversias civiles que tengan por objeto la aplicación y cumplimiento **de las leyes federales**.

II.—Que la competencia de los Tribunales de la Federación es concurrente (a elección del actor) con la competencia de los Tribunales comunes cuando los litigios solo afecten a intereses particulares.

III.—Que siendo el Código de Comercio una ley federal, su aplicación y cumplimiento, corresponde a los Tribunales Federales concurrentemente con los del orden común en la forma expuesta.

IV.—Que para terminar si los Tribunales Federales son competentes, **lo único esencial** es saber si en el litigio se trata de la **aplicación y cumplimiento del Código de Comercio**, no teniendo importancia alguna las circunstancias accesorias que los jurisconsultos extranjeros señalan, tales como: a.—Si los litigantes, o alguno de ellos, son comerciantes; b.—Si el caso base de la demanda es un acto de comercio. El art. 104 habla únicamente del **cumplimiento y aplicación de la ley federal**, como causa **generadora** de la jurisdicción de los Tribunales Federales, y a esa circunstancia hay que referirse para establecer el fuero legítimo. No importa que la ley federal, se aplique **conjuntamente** con otras leyes (con la civil; por ejemplo). Basta conque la controversia verse sobre su cumplimiento y aplicación, para que el fuero federal surta y tenga efectos.

De los principios anteriores se deduce la siguiente conclusión que resuelve todo el problema: **En todas las controversias en que intervengan las sociedades mercantiles, y en las que figure como parte integrante de la litis contestacio el cumplimiento y aplicación de una ley federal serán Tribunales competentes los de la Federación, de una manera exclusiva, si la controversia es de orden público; lo serán concurrentemente con las del orden común si la controversia es de orden privado.**

La aplicación y cumplimiento de una ley federal debe formar parte integrante de la litis contestacio porque solo así se llena la exigencia del art. 104 que emplea la frase "...que se susciten sobre cumplimiento etc."

Los principios anteriores pueden referirse a las sociedades de comercio en la forma siguiente:

I.—Todas las controversias entre socios, relacionadas con

el contrato social, surten fuero a favor de los Tribunales Federales, porque los juicios a que den lugar tienen que versar sobre cumplimiento y aplicación de una ley federal. (El Código de Comercio).

II.—Si el juicio se ventila entre la sociedad y un tercero, hay que tener en cuenta si la demanda supone la aplicación de una ley federal. En este caso serán competentes los Tribunales de la Federación.

III.—No toda la controversia entre los socios es de la competencia de los Tribunales Federales. Supongamos, que la sociedad acusa a uno de sus administradores por abuso de confianza. Todo lo relativo a la comisión de este delito, y aplicación de la pena correspondiente está prevista en el Código Penal y de Procedimientos Penales. Por lo tanto, el juicio respectivo no versará sobre el cumplimiento y aplicación de una ley federal, y no serán competentes los Tribunales Federales.

IV.—Los juicios entre la sociedad y un tercero que se refieran a un acto meramente civil, serán de la competencia de los Tribunales del orden común. Como esos juicios versan tan solo sobre el cumplimiento y aplicación de la ley civil (no federal), no hay motivo para que los Tribunales de la Federación sean competentes.

## LEGITIMIDAD DE LA CLAUSULA COMPROMISORIA

Frecuentemente se estipula en los contratos de sociedad que, todas las diferencias que surjan entre los socios serán decididas por árbitros, y al efecto, se fijan determinadas reglas para hacer el nombramiento de árbitros, procedimientos del juicio respectivo, etc. Esa estipulación tiene el nombre de **cláusula compromisoria**.

¿Es válida en nuestro derecho?

En nuestro concepto es nula, por las mismas razones que invocan los jurisconsultos para declararla inadmisibles en el derecho francés. El problema es muy sencillo.

El art. 1053 del Código de Comercio al referirse al juicio

de árbitros, en materia mercantil, ordena que en la escritura pública en la que se constituya dicho juicio se exprese el negocio o negocios en que se ha de observar el procedimiento convenido. Si la escritura no llena ese requisito puede ser tachado de nulo el juicio arbitral. Como es indudable que cuando los socios firman la escritura social, y se obligan a someter sus diferencias a un juicio de árbitros, no pueden precisar sobre qué negocios versará la controversia, no se llena entonces el requisito exigido por la fracción V del artículo 1053. La constitución del compromiso arbitral es nula y puede alegarse en los términos del artículo 1054 del Código de Comercio. ¿Valdrá esa estipulación como una **promesa** de constituir, cuando el caso se presente, un arbitraje con todos los requisitos de ley?

Según nosotros, sí, por el principio de libertad de convenios que rige en nuestro derecho. El pacto de que se trate, considerado como una promesa de constituir en su oportunidad el compromiso arbitral, es un pacto lícito, sujeto a las prevenciones de los artículos 1419, 1421 del Código Civil, y 78 del de Comercio.

Naturalmente, que la exigencia de éste último nos parece poco práctica, y por ende, indicamos desde ahora, la necesidad de reformar su art. 1053 frac. V.

