

II. LA REFORMA DE LA LEGISLACIÓN MERCANTIL: CUESTIONES Y PROBLEMAS MÁS URGENTES DE SER REGULADOS	27
1. Nuevos hechos, nuevo derecho mercantil	27
2. Adecuación del derecho mercantil a las necesidades económicas	29
3. Complementación del derecho comercial público con normas constitucionales	30
4. Ámbito del derecho mercantil	32
5. Codificación y leyes mercantiles especiales	32
6. La empresa en el nuevo derecho	34
7. Concepto de empresa	36
8. Carácter mercantil de la empresa	37
9. Derecho económico y derecho mercantil	38
10. La actividad de Estado en materia económica	39
11. Empresas nacionales y transnacionales	40
12. La empresa como unidad	41
13. Revisión de leyes para la regulación de la empresa	43
14. Obligaciones mercantiles	44
15. Contratos mercantiles	46
16. Sociedades mercantiles	49
17. Títulos de crédito	51
18. Derecho concursal	53

II. LA REFORMA DE LA LEGISLACIÓN MERCANTIL: CUESTIONES Y PROBLEMAS MÁS URGENTES DE SER REGULADOS *

1. NUEVOS HECHOS, NUEVO DERECHO MERCANTIL

JOAQUÍN GARRIGUES, el ilustre maestro español de cuyas enseñanzas hemos abrevado todos los mercantilistas de habla hispana, ya hace casi medio siglo que señalaba la irrupción al derecho mercantil de nuevos hechos, que reclamaban un nuevo derecho, y tal fue el título de su brillante ensayo, referido a la sociedad capitalista por antonomasia: Nuevos hechos, nuevo derecho de sociedades anónimas.

Más recientemente, en México, se publicó otro trabajo suyo, también memorable, sobre los “Setenta y cinco años del derecho mercantil en el siglo xx”, en el que señala el ocaso del derecho mercantil individualista y liberal del siglo xix, que se inició con el Código francés de 1807, modelo de todos los europeos y latinoamericanos de dicho siglo xix.

El derecho mercantil de las postrimerías de la centuria que vivimos, se manifiesta tanto por la presencia de los actos en masa, la existencia de derechos sociales y colectivos al lado de los derechos individuales, y la injerencia del Estado en la actividad económica; como por la disgregación de la legislación mercantil en leyes especiales, en ocasiones sujetas a constantes y rápidos cambios (*v.gr.* en materia financiera, fiscal, crediticia) y la promulgación de otras que comprenden materias antes desconocidas al derecho comercial (*v.gr.* transferencia de tecnología).

Esa tendencia liberal, plasmada en el Código francés, que a través de las legislaciones española e italiana influyó decisivamente en nues-

* Conferencia sustentada en el Seminario de Actualización del Derecho Mercantil, en la Facultad de Derecho de la UNAM, el 22 de agosto de 1982.

tro código de 1890 (que como se sabe parcialmente aún está en vigor), se manifestó en el acto de comercio, en lugar de la actividad del comerciante matriculado, pero dio ya cabida a la empresa en la enumeración de tales actos (artículos 632, primer párrafo, 633 y 634 Código Comercio francés; 3º y 4º Código Comercio italiano), lo que ocasionó la regulación de la actividad del empresario —serie de actos— en el derecho mercantil.

Son los albores del nuevo derecho, que plantean nuevos principios y nuevas corrientes: limitaciones al principio de la autonomía de la voluntad, intervención del Estado en la vida económica, restricciones a la concurrencia, carácter imperativo —*jus cogens*— de ciertas normas, penalización de muchas actividades ilícitas. Inclusive, los derechos individuales que con las garantías del hombre y del ciudadano derivan de los textos galos, tienden a ser sustituidos por *derechos sociales* (al trabajo, a la participación en las utilidades y en la gestión de la empresa, a la educación, a la salud, a la vivienda, al ocio, a la jubilación) y por los llamados *derechos difusos*, que no corresponden a clases o categorías especiales (de comerciantes, de trabajadores, de empresarios), sino a toda colectividad, a todo el pueblo, como el derecho al consumo, al abasto, a la información, a un medio ambiente limpio.

Entra la empresa al ordenamiento jurídico y se constituye como fulcro y motor de la actividad económica, y por ende, de la regulación del nuevo derecho comercial, pero con ella, también surgen nuevos problemas como la creciente concentración de medios económicos, por grupos de empresas, por las trasnacionales, por el Estado, y a cuyo fenómeno de crecimiento y poderío, éste, el Estado, se pliega y se adapta, utilizando los mismos esquemas y modelos, los mismos instrumentos tradicionales del derecho privado: las sociedades de capitales (anónima principalmente), las acciones, las obligaciones o bonos, los contratos de adhesión, y ciertas modalidades de los contratos tradicionales (de compraventa, de arrendamiento, de seguros, de transporte).

A través de la intromisión del poder público en la vida económica, y en función de nuevos principios *jus-publicistas*, está en proceso de creación y desarrollo una nueva disciplina, el *derecho económico* o *derecho de la economía*, que tiende a regular de manera sistemática y cabal la actividad económica estatal, la cual, saldría del campo del clásico derecho mercantil, al que quedarían reservadas las negociaciones privadas, para que aquélla, la nueva disciplina, regule a la empresa pública (y a la mixta) y a los derechos de carácter social.

2. ADECUACIÓN DEL DERECHO MERCANTIL A LAS NECESIDADES ECONÓMICAS

Las crisis económicas que hemos padecido y que como nunca antes, hoy nos flagelan, afectan a todos los sectores de la población necesitados de productos y servicios básicos, y es notoria la insuficiencia y la incapacidad de los sistemas económico y jurídico prevaecientes para satisfacer esas necesidades, y las de sectores productivos de la sociedad, así como las que impone el mercado externo.

Las empresas privadas sufren de graves restricciones de capital y de créditos internos y externos; en algunos sectores (comercio *stricto sensu*) su actividad suele ser excesivamente lucrativa, lo que provoca encarecimiento de los satisfactores económicos; ciertos renglones industriales, además, les están vedados (*v.gr.* petróleo, electricidad), y en otros compiten desventajosamente con empresas públicas (por ejemplo, CONASUPO).

Esas deficiencias y esas circunstancias, pretenden ser superadas por el Estado mediante la constitución de empresas públicas no lucrativas, o bien de empresas mixtas, que sí lo son, con participación mayoritaria o minoritaria de los particulares.

Las empresas de Estado, a su vez, suelen adolecer de graves males como la ineficiencia, el dispendio, la falta de control, la burocratización.

Se requiere la concurrencia de ambas empresas, su auxilio recíproco y complementario, la superación de sus limitaciones, pero todo esto supone un orden jurídico sistemático y total, y reglas e instituciones claras y justas, que regulen tanto la empresa privada como la pública; que propongan una normatividad adecuada para ambas figuras; tal vez, la creación de instituciones adicionales o distintas, en cuanto a las actividades públicas, de los tipos de sociedades mercantiles (como pudiera ser la empresa pública, la empresa individual de responsabilidad limitada); un instrumental contractual moderno y eficiente, que sin prescindir de los contratos tradicionales (compraventa, arrendamiento, transporte, mandato, etcétera), acoja otros que el desarrollo del comercio impone (*v.gr.* los contratos de distribución, de suministro, el arrendamiento financiero, el "factoraje"); que utilice los títulos de crédito ya regulados (letra, pagaré, cheque, certificado de depósito, etcétera), y perfeccione otros nuevos valores en serie

o en masa, que se están creando (como los CETES, las llamadas aceptaciones bancarias y el papel comercial).

Esta concurrencia de la actividad económica pública y privada, posible dentro de nuestro orden constitucional, debe mantener el principio de la libertad de comercio y de trabajo, con las restricciones que imponga el orden público a la autonomía de la voluntad, y establecer principios básicos efectivos en contra de la competencia desleal, no sólo entre las empresas privadas, sino de las públicas —del Estado— en contra de aquellas. Además, como obligación primaria del Estado, deben reconocerse derechos de la colectividad en general —no sólo de clases sociales o de categorías profesionales— respecto al abasto de mercados y al consumo de mercancías y de servicios.

Esto último, en gran medida lo logra la Ley de Protección al Consumidor, muchas de cuyas normas, en materia de oferta de productos, publicidad, responsabilidad del productor y del intermediario, deben ser recogidas por un nuevo Código de Comercio, en su caso. En cuanto a la oferta y distribución de mercaderías, es necesario regular de manera completa y general, o sea, a nivel nacional, el sistema de acopio de mercados y de abasto del público consumidor.

3. COMPLEMENTACIÓN DEL DERECHO COMERCIAL PÚBLICO CON NORMAS CONSTITUCIONALES

Como tal, derecho comercial público, considero el que rige la actividad económica del Estado a través de la empresa pública, el que regula el crédito y las finanzas públicas y el comercio exterior (y en este sentido también se habla de *derecho mercantil internacional*), el que establece derechos colectivos y no meramente (o no principalmente) individuales.

Normas y principios de tal carácter suelen insertarse en los textos constitucionales mismos, y se habla entonces de la *constitución económica*. Muchas veces esas disposiciones de la Ley Suprema sólo son programáticas, y no de aplicación inmediata, lo que evidentemente es contrario al concepto mismo de la ley, sobre todo la de rango constitucional; tal fue el caso, entre nosotros, por casi cincuenta años, de la participación de las utilidades a los trabajadores; o como todavía son los principios de salario remunerador (artículo 123 fracción VI), o la obligación de los empresarios de “proporcionar a los trabajadores

habitaciones cómodas e higiénicas” (fracción XII *ibid.*). Algunas constituciones vigentes (de Italia, de España, de Perú), contienen esa clase de disposiciones programáticas, que aunque sea imposible de aplicar cuando se dictan, por limitaciones presupuestarias y económicas prevalecientes, constituyen normas de rango superior que se imponen sobre las de carácter secundario (artículo 133 constitucional) y que éstas no pueden contrariar. Además, establecen, una política a seguir y fijan criterios firmes de interpretación para jueces y funcionarios, respecto a disposiciones de las leyes secundarias (laborales, administrativas, fiscales, mercantiles).

Habría que considerar si resulta conveniente y sobre todo oportuno, en los momentos actuales adicionar nuestra constitución con normas de tal contenido económico (al igual que de otro carácter, *v.gr.*, derecho a la educación, a gozar de un medio ambiente adecuado, etcétera); que otorguen, por ejemplo, el derecho a participar en la gestión de las empresas (que actualmente excluye la fracción IX inciso *f*) del artículo 123) a sus trabajadores o a los sindicatos que los agrupen; el derecho a la jubilación, el derecho al trabajo con el consiguiente seguro en caso de desempleo.

Por otra parte y también a nivel constitucional, creo que debe reconocerse al poder ejecutivo en ciertas áreas (que se enumerarían) la facultad de dictar disposiciones generales de carácter obligatorio, para atender necesidades nacionales urgentes cuya resolución no puede esperar y estar condicionada a los lentos trámites del proceso legislativo; lo que suele pasar en materias de control de cambios, determinación del valor de las divisas extranjeras (que actualmente es atribución exclusiva del Congreso de la Unión —artículo 73, fracción XVIII—), de cuestiones financieras y de comercio internacional. Nuestra Ley Suprema ya contiene disposiciones de ese jaez en relación con derechos aduanales (artículo 131, párrafo segundo) y en materia de salubridad (artículo 73, fracción XVI). Considero como viciosa e ilegal, aunque reconozco su conveniencia e inclusive su necesidad, la práctica prevaleciente de que una secretaría de Estado (por ejemplo, la de Hacienda), una comisión intersecretarial (por ejemplo la Comisión Nacional de Investigaciones Extranjeras), o el Banco de México, dicten disposiciones y reglas generales imperativas, sobre aquellos asuntos que equivalen y tienen el contenido de leyes, sin fundamento constitucional y legal, ya que no se trata de la facultad reglamentaria que el artículo 89, fracción I concede al presidente de la República.

4. ÁMBITO DEL DERECHO MERCANTIL

Nuestro derecho mercantil, regula el *status* del comerciante, los actos de comercio, las obligaciones mercantiles y ciertos contratos comerciales; comprende, además, ciertas ramas como son el derecho corporativo, el cambiario, el de seguros, el bancario, el bursátil, el marítimo y el concursal.

Pero hay en la actualidad una doble tendencia contradictoria: por un lado ampliar estas ramas para comprender otras, como el derecho al consumo; y por la otra, una corriente restrictiva que tiende a separar del derecho mercantil tradicional, todo lo referente a la regulación de las relaciones económicas públicas y colectivas: el llamado *derecho económico o derecho de la economía*, y lo referente al comercio internacional, *el derecho mercantil internacional*. Este último, con fuentes propias (acuerdos, reglas y convenciones), tribunales extra-nacionales (Tribunal de La Haya, y tribunales arbitrales institucionales como la Cámara de Comercio Internacional), y la aplicación de normas ajenas y distintas de los derechos internos, y que se dictan por organismos regionales (*v.gr.* OEA; CEE, Comecon), o mundiales (como la CNUDMI, la CNUCID-UNCTAD).

Estas nuevas manifestaciones deben también tenerse en cuenta en las reformas que se introduzcan al derecho comercial, ya sea para dictar normas y leyes especiales en relación al derecho económico, ya para acoger usos internacionales y reconocer instituciones y organismos externos, o regular ampliamente el arbitraje y sus diversas manifestaciones (arbitraje *ad hoc* o convencional, el de carácter contencioso, el compromiso y la cláusula compromisoria, la amigable composición, y la conciliación).

5. CODIFICACIÓN Y LEYES MERCANTILES ESPECIALES

Si el siglo XIX se distinguió por la codificación bajo el modelo de los cinco famosos códigos galos, del actual se ha dicho que se caracteriza por la tendencia descodificadora y la desmembración del derecho, del mercantil principalmente. México en materia comercial, es claro ejemplo de esta segunda corriente, ya que del Código de Comercio de 1890 se desprendieron muchas leyes especiales que dero-

garon, complementaron y modernizaron disposiciones de él; y se crearon otras leyes que han venido a regular materias no comprendidas en nuestro casi centenario Código, como la fianza, las invenciones y marcas, la actividad bursátil, las inversiones extranjeras.

Sin embargo, la idea de la codificación no ha muerto entre nosotros. Desde 1929 hasta 1982 se han sucedido proyectos de Código de Comercio de los que no menos de cinco se han propuesto. Las ventajas de un solo texto son evidentes: unidad, sistematización, congruencia de las instituciones reguladas, menos probabilidades de contradicciones, criterios jerárquicos y uniformes de interpretación, facilidad de consulta, de manejo y de comparación de las instituciones reglamentadas.

Contrariamente, se esgrimen argumentos en contra del Código, derivados de la amplitud misma de la materia mercantil y del carácter cambiante, transitorio, coyuntural algunas veces, de ciertas materias o actividades y de ciertas ramas, como pudiera ser la regulación bancaria y bursátil en función de las cambiantes necesidades económicas; el derecho financiero y el del comercio internacional para reflejar cambios internos y externos de los mercados; lo que impondría modificaciones, supresiones, cambios y adiciones frecuentes no de leyes especiales, sino del texto unitario.

Otra solución podría ser la de mantener y promulgar un nuevo Código de Comercio, no como un ordenamiento total y único, sino como una ley, la de mayor jerarquía en materia comercial, a la que se llevaran los principios generales que rijan al sistema comercial, la reglamentación de los sujetos mercantiles de la negociación y de las “unidades económicas”; la reglamentación de las obligaciones mercantiles y disposiciones generales sobre los contratos; así como la inclusión de algunos de éstos como la compraventa, la comisión, la agencia, los contratos de distribución y de comisión, etcétera; en fin los juicios y procedimientos mercantiles (si éstos han de subsistir; y no se incluyen en el Código Federal de Procedimientos Civiles). Se mantendrían leyes especiales, no sólo respecto a materias ya reguladas por ellos (títulos y operaciones de crédito; transportes; seguros, fianzas; bancos; quiebras; derecho industrial y derecho al consumo; inversiones extranjeras), sino de otras que se promulgaran para ciertas actividades (economía pública y estatal derecho de abasto, derecho del comercio internacional, etcétera).

En el derecho extranjero existen las dos variantes; la codificación rige en Italia (en donde, como se sabe, se unificó el derecho civil y mercantil), en Colombia, Guatemala, Honduras; en Holanda (Código Civil, que igual que en Italia regulará las dos ramas clásicas del derecho privado, y que entrará en vigor a fines de 1983), e inclusive en un país del sistema judicial y consuetudinario —no de derecho escrito— como los Estados Unidos de Norteamérica, con el *Uniform Commercial Code* adoptado por todos los Estados de la Unión, con excepción de Luisiana, si bien el concepto y la jerarquía del Código son distintos de los que rigen en países de tradición romanista, en cuanto que, por una parte, el Código no es omnicompreensivo, y por la otra, puede modificarse o no respetarse por las decisiones de los jueces.

Francia, país en que nació el Código de Comercio, en cambio, ha promulgado leyes mercantiles especiales, como las de sociedades de 1867 y 1966, así como otras basadas en convenciones internacionales como sucede en materia de “efectos de comercio”, y de propiedad industrial.

Nos pronunciamos en favor de un Código, no como un ordenamiento unitario, o sea, como ley única mercantil (código en el propio sentido jurídico tradicional), sino como ley mercantil suprema, que comprenda las materias y los aspectos indicados arriba. La vastedad de la materia, que al comprenderse en un solo texto haría que éste contara con miles de artículos; las dificultades y la tardanza de legislar sobre una materia tan amplia y al propio tiempo tan disímil, que inclusive haría difícil la integración de comisiones versadas y competentes, nos lleva a pensar que al lado de un código deban subsistir y crearse otras nuevas leyes especiales.

6. LA EMPRESA EN EL NUEVO DERECHO

En México, hace cuatro décadas —1943— que el eminente maestro Joaquín Rodríguez Rodríguez, formuló un Anteproyecto de Código de Comercio, basado en la empresa. De aquel texto son dignos de reproducir y de recordar los primeros seis artículos:

Artículo 1º Las disposiciones de este Código, se aplicarán a las empresas mercantiles y a los actos que pertenezcan a la actividad profesional de las mismas.

REFORMA DE LA LEGISLACIÓN MERCANTIL

35

Artículo 2º Son empresas mercantiles, las que profesionalmente están dedicadas al ejercicio de alguno de los actos comprendidos en este Código o de cualesquiera otros de naturaleza análoga, comprendidas las actividades agrícolas e industriales, o las que asuman las formas de organización reglamentadas en él.

Artículo 3º Las empresas mercantiles y los actos pertenecientes a su actividad profesional se regirán por las disposiciones de este Código y de las demás leyes mercantiles, en su defecto por los usos y costumbres mercantiles, y a falta de éstos, por las del Código Civil del Distrito y Territorios Federales.

Artículo 4º Los usos y costumbres especiales y locales prevalecerán sobre los generales.

Artículo 5º Los actos de una empresa mercantil se reputarán, salvo prueba en contrario, pertenecientes al tráfico profesional de la misma.

Artículo 6º Los actos que sólo fueren mercantiles para una de las partes, quedarán, no obstante, sujetos a las disposiciones de este Código.

Salvo lo dispuesto en el párrafo anterior, los actos ocasionales no se regirán por las disposiciones de este Código.

Tal caracterización se consideró entonces, a mi juicio acertadamente, como prematura, ya que en esa época apenas se iniciaba el proceso de industrialización, con una incipiente economía de mercado, y recién emergía nuestro país de las largas convulsiones y de la destrucción primero, y el estancamiento posterior, que trajo consigo la revolución.

Pero lo que entonces era extemporáneo, ahora resulta oportuno y hasta necesario: que la negociación se convierta en el centro del derecho mercantil, que se regule en forma adecuada la actividad del empresario, y que se reserven al derecho civil los actos ocasionales.

No propugno porque todo el derecho mercantil se convierta en derecho de empresa, y que lo que no sea esto se abandone al derecho común. Dado que aún perdura entre nosotros en amplia medida, un régimen de economía rural; que existen desperdigadas en el país miles de poblaciones pequeñas en las que predomina la actividad de pequeños comerciantes, y dado lo conveniente que resulta una reglamentación única de la materia comercial por el Congreso de la Unión, debe subsistir como mercantil la actividad de los pequeños comerciantes que despliegan en tendajones y misceláneas, la de los talleres y pequeñas empresas, al lado de la negociación mediana y grande.

La irrupción de la empresa en el derecho mercantil contemporáneo es un fenómeno de creciente importancia en la etapa del capitalismo que vivimos, aunque curiosa y paradójicamente, ni nuestra disciplina,

ni el derecho civil, ni la teoría misma del derecho, han adaptado dicha figura económica a la terminología ni a los moldes y las instituciones jurídicas tradicionales. Después de cien años de intentarlo, aún se muestra impotente el derecho mercantil para definir la negociación desde el punto de vista jurídico, y para ofrecer un marco legal adecuado para su regulación; lo que no ha impedido que la negociación comercial exista, y que predomine sobre figuras y conceptos tradicionales como la sociedad, la comunidad, los entes con personalidad moral.

El derecho comercial tiende a ser, exclusivamente, el derecho de las empresas, y del comerciante individual, y a desembarazarse del acto aislado; y ello, mediante una reglamentación adecuada, en la que se mantengan aunque con grandes restricciones, los principios de libertad de comercio y de trabajo; y en la que se plantee una regulación distinta de la pequeña, de la mediana y de la gran empresa, así como de los distintos intereses que se conjugan en ellas: el del titular, o sea el pequeño comerciante, el artesano-empresario y familiar, o el gran empresario, a quienes debe reconocerse el derecho a una utilidad justa; el del personal de la empresa, o sea el trabajador, a quien se le debe cubrir un salario remunerador y reconocer, progresivamente, derecho de intervención en la gestión de la negociación; la clientela como proveedora de materias primas y adquirente de los bienes que elabore la negociación o de los servicios que preste, y los consumidores a quienes se debe proteger legalmente. Ninguno de estos factores debe ignorarse ni preterirse.

7. CONCEPTO DE LA EMPRESA

Nuestro Código de Comercio, como sus modelos, no ofrece concepto alguno de dicha institución; solamente enumera seis clases de empresas en el artículo 75 (fracciones V a XI), a las que reputa, evidentemente de manera incorrecta, como “actos de comercio”; las leyes mercantiles también son omisas, salvo la Ley de Navegación y Comercio Marítimo (artículo 127), que finalmente recogió el concepto elaborado por la doctrina, y que *mutatis mutandis* ya había definido la jurisprudencia de la Suprema Corte y del Tribunal Fiscal de la Federación: “el conjunto de trabajo, de elementos materiales y de valores incorpóreos coordinados para la explotación de uno o más

buques en el tráfico marítimo”. Ello se hacía necesario, entre otras cosas, para aplicar el criterio de analogía, y juzgar si otras empresas similares a las enumeradas en dicho artículo 75 (y desde luego, las empresas públicas) en cuanto a la actividad económica desarrollada por su titular, debían también considerarse como negociaciones mercantiles.

El campo del derecho comercial se amplió así, extraordinariamente, a pesar de las graves lagunas legislativas: cualesquiera empresas semejantes a las enumeradas en el Código se consideraron mercantiles, ya sea que fueran estrictamente comerciales, es decir, destinadas a la intermediación económica, o bien, industriales, es decir, productoras de bienes o servicios; e independientemente de que se tratara de actividades y negociaciones lucrativas privadas o públicas aunque no fueran especulativas en sentido estricto. En realidad, se califica y considera como mercantil a la actividad misma del empresario, y se la distingue tanto del acto aislado como del llamado acto objetivo de comercio. La irrupción aludida de la empresa a nuestra disciplina, provocó que la industria quedara regida por el derecho mercantil.

Además, como después se señala, esta disciplina extendió su regulación para comprender tanto al titular de la negociación, o sea, al empresario persona física o persona moral, lo que había constituido su finalidad tradicional al regular al comerciante individual y al colectivo o sociedad; como a la hacienda o fondo de comercio, es decir, al patrimonio de la empresa, lo que también aportó nuevos elementos y conceptos exclusivos de ella, como son los “valores incorpóreos”, o sea, bienes y derechos de la propiedad industrial, patentes, marcas, nombre comercial; el derecho a la clientela, el aviamiento, a la llamada propiedad comercial.

Por último, los principios de libertad de comercio y de conservación de la empresa por un lado, la protección de consumidores y la lucha de las empresas para sobrevivir e imponerse en el mercado, por otro lado, permitió dictar una legislación represiva de los métodos desleales de competencia y de los monopolios y oligopolios.

8. CARÁCTER MERCANTIL DE LA EMPRESA

La atribución del carácter de mercantil a ese fenómeno económico consistente en la actividad del empresario destinada a ofrecer bienes

o servicios al mercado, condujo asimismo a considerar como materias propias del derecho comercial todas aquellas (o la mayor parte de ellas, porque aún quedan fuera las empresas agrícolas y los pequeños talleres) que se realizaran a través de la organización empresarial; y así, el nuevo derecho de consumo se considera como parte del derecho comercial, no por el consumidor mismo (pese al dislate de la Ley de Protección al Consumidor de considerarlo como comerciante), sino por la necesaria intervención de negociaciones productoras y distribuidoras de bienes y servicios destinados a los consumidores. Igual sucedería con el abasto (a individuos, a grupos, a mercados, a ciudades) por negociaciones comerciales e industriales, que permitiría que esa disciplina en ciernes formara parte del derecho mercantil, y a través de nuevos contratos como el de suministro, el de distribución, el de consignación.

Ahora bien, si es cierto que el derecho comercial sea la sede propia de la regulación jurídica de las empresas, de su patrimonio y de las actividades desarrolladas en cuanto a su organización y explotación, también lo es que durante los últimos cincuenta años, y sobre todo después de la segunda guerra mundial, surge como ya indiqué, y está en expansión, el *derecho económico*.

9. DERECHO ECONÓMICO Y DERECHO MERCANTIL

Como fue en el origen del derecho mercantil, que se desprendió del civil para regular la actividad de los comerciantes, y que después se convirtió en el derecho de los actos de comercio y actualmente de la empresa; así, el derecho económico nace, crece y se desarrolla frente y a costa del derecho mercantil: lo que signifique protección y regulación de actividades económicas sociales o colectivas, es lo propio de aquél, y ya no de éste, que se concretará a la actividad privada, en favor de individuos, así como de ciertas clases profesionales, como los comerciantes, los empresarios y en ciertos aspectos también de los trabajadores (gestión; personal de la empresa).

Otras diferencias separan ambas ramas: el derecho económico es un derecho público, que como tal contiene normas imperativas, y en el que la autonomía de la voluntad casi desaparece; el mercantil, por el contrario, fundamentalmente es y seguirá siendo una rama del derecho privado, en el que, en general, la voluntad de las partes

predomina. Además, la intervención del Estado en materia económica, que es un fenómeno universal en los países de economía capitalista (en los de economía planificada el Estado tiene el monopolio de la actividad económica), contribuye a distinguir ambos campos: el del derecho económico, regulará a las empresas de Estado y aquellas que el Estado controle; el campo del derecho mercantil es el de las empresas privadas sin participación e intervención del poder público.

Pues bien, la reforma de la legislación mercantil debe considerar esta distinción y dictar principios para la regulación de ambas vertientes, aunque sólo sea para reconocer el fenómeno; para precisar las normas imperativas y el ámbito de aplicación de la autonomía de la voluntad; para delimitar y fijar los derechos y las obligaciones del Estado y los límites a su actuación, en protección de los intereses de la colectividad, de los empresarios privados, y del personal, los acreedores y deudores de esas empresas públicas.

10. LA ACTIVIDAD DE ESTADO EN MATERIA ECONÓMICA

La intervención del Estado en la economía, no se concreta a la organización, explotación y control de empresas, lo que de suyo significa un renglón amplísimo de actividades, tanto en los servicios públicos (transporte, luz, teléfono, correos, telégrafos, etcétera), como en la banca, los seguros, la bolsa, e inclusive en actividades estrictamente de adquisición, venta y distribución de productos básicos; sino que también se manifiesta en la utilización de instituciones jurídicas como el fideicomiso en las más variadas formas de actividades económicas, sociales y hasta políticas. A través de empresas y de fideicomisos públicos, el Estado mexicano interviene crecientemente en la creación y promoción de programas de desarrollo y en la satisfacción de necesidades de la población más necesitada.

Resulta curioso que respecto a ambas actividades se recurra a instituciones y a conceptos del derecho mercantil. A falta de mejores instrumentos del derecho público, el comercial ofrece la sociedad anónima, y en menor medida, la sociedad de responsabilidad limitada, y el fideicomiso, aunque al aplicarse por el Estado se prescinda de elementos propios y características de dichas figuras mercantiles. Se prescinde de su carácter contractual que se sustituye por un acto administrativo e incluso por actos legislativos (leyes) especiales; del capital

social, que se constituye con la suma de las aportaciones de dar de los socios, y en su lugar se integran patrimonios de afectación para cuya constitución se utilizan fondos públicos destinados específicamente al cumplimiento de la finalidad de la empresa; en muchos casos no concurren varios socios sino, en realidad, uno solo; el Estado, y tampoco se emiten siempre, si se trata de una sociedad anónima, las acciones representativas del capital social.

En el caso de fideicomisos públicos, se trata también de formas de afectación de bienes del Estado para la realización de determinadas obras o programas o la prestación de ciertos servicios, con la intervención de bancos nacionales, con lo que se trata de evitar burocratización y corrupción.

Pues bien, la injerencia del Estado en la economía a través de esas figuras, no ha merecido regularización jurídica alguna; el poder público se vale de instituciones y esquemas jurídicos creados por el derecho comercial privado, durante siglos —en el caso de las sociedades comerciales— o sólo recientemente (fideicomiso), aunque al hacerlo violente la estructura legal y los fines propios de ellas. He aquí, pues, nueva materia de regulación en el proceso de la reforma de la legislación mercantil.

11. EMPRESAS NACIONALES Y TRASNACIONALES

Por ser la empresa el centro de la actividad económica, privada y pública, el derecho debe dictar normas para su gobierno, para su protección y para su fomento. El principio de conservación de la empresa, que nuestra Ley de Quiebras y Suspensión de Pagos adoptó para casos de concurso solamente (artículos 204 y siguientes), debe ampliarse para preservar a la negociación —sobre todo en épocas de crisis como la que ahora sufrimos— no sólo en los casos previstos en aquella ley, sino también para procurar impedir la insolvencia, a través de procedimientos para-concursales (moratoria, concesión de créditos públicos, y participación en la administración de organismos profesionales o laborales, de la banca, o de otras empresas del Estado, mixtas o privadas).

Ante los problemas que plantean las grandes empresas, nacionales e internacionales; la constitución de grupos hegemónicos poderosísimos, con la concentración de poder y de medios económicos; la constitución

de monopolios y oligopolios, y la intervención cada día mayor en la economía pública de las empresas transnacionales, la reforma de la legislación mercantil debe innovar y revisar para su adecuación a las nuevas necesidades, las leyes sobre monopolios, sociedades de control y grupos de sociedades, sobre prácticas desleales y restrictivas de la concurrencia; la del fomento de la inversión mexicana y el control de la extranjera, la de transferencia de tecnología y de invenciones y marcas. Algunas de estas leyes son modernas (Ley de inversiones extranjeras, Ley de transferencia de tecnología, Ley de invenciones y marcas), otras son antiguas y notoriamente insuficientes, como la llamada Ley de Monopolios (Ley Orgánica del artículo 28 constitucional en materia de monopolios); y algunas aún no se crean, como las de competencia desleal, o la de sociedades de control (aunque ya la vigente Ley del Impuesto sobre la Renta las incluye, pero sólo, obviamente, para efectos de dicha ley).

12. LA EMPRESA COMO UNIDAD

Por su importancia económica, la negociación considerada unitariamente constituye con frecuencia objeto de transacciones comerciales —compraventa, arrendamiento, transmisiones *mortis causa*—; en materia de sociedades, con la adquisición de paquetes mayoritarios de acciones, la fusión y la escisión; y también de actos administrativos como la expropiación (piénsese en la de las compañías petroleras). Otras veces, su carácter unitario debe establecerse en la ley para la defensa y conservación de la negociación misma, y ello tanto a través de normas que impidan la competencia desleal, como de métodos que impidan su disolución y liquidación.

En el primer caso, transmisión total de la empresa, algunas disposiciones aisladas y notoriamente insuficientes prevén ciertos supuestos. Las normas más amplias y generales están contenidas en la Ley General de Sociedades Mercantiles, al regular la fusión (artículos 224 y 225); en la Ley de Navegación y Comercio Marítimo, los artículos 128, 129 y 130, que aunque sólo se refiere a las empresas de navegación, es posible, en mi opinión, aplicar por analogía a cualquiera otra empresa mercantil; en el Código de Procedimientos Civiles para el D.F. en relación al embargo de una negociación mercantil o industrial (artículos 555 a 558); y en la Ley de Quiebras y Sus-

pensión de Pagos en cuanto a la enajenación de la empresa fallida, los artículos 204 a 208. El Código Civil del Distrito Federal prevé el caso de la transmisión de la negociación por muerte del empresario (artículo 556), y finalmente, la Ley de Instituciones de Crédito regula el caso de la llamada hipoteca de empresa (artículo 124).

En cambio, como ya se indicó, el Código de Comercio no ofrece definición ni concepto alguno de dicha institución, de sus elementos ni de su transmisión y el alcance que ésta tenga en cuanto a los activos y los pasivos de la negociación. El Proyecto de Código de Comercio de 1982, que con ciertas adiciones, supresiones y modificaciones reproduce uno anterior de 1960, ya comprende estas materias (artículos 349 a 358).

La importancia de una reglamentación completa y moderna de la empresa y de los negocios que se celebren sobre ella, es fundamental, no sólo para regular sino también para proteger los intereses de las partes y de terceros. De aquellos, es digno de protección tanto el adquirente cuando el enajenante pretenda iniciar inmediatamente actividades iguales o semejantes a las de la empresa cedida, lo que provocaría una competencia desleal en contra del nuevo empresario, como de los terceros, cuando se pretenda que las deudas de la negociación, o sea, los pasivos de ella, no se presuman incluidos en la transmisión de los activos, como creo que se deban considerar, cualquiera que sea el acto o negocio de transmisión total de la negociación.

En el caso de la protección de la empresa contra la competencia desleal, las deficiencias de nuestro derecho son más graves y lamentables. En realidad, salvo referencias aisladas de la Ley de Inventiones y Marcas, “a los buenos usos y costumbres en la industria, comercio y servicios que impliquen competencia desleal” (artículo 210, inciso *b*); las únicas disposiciones vigentes sobre esa materia, que no cubren todos y ni siquiera la mayor parte de supuestos de competencia ilícita, y que no sancionan con el rigor que merecen las diversas prácticas desleales, derivan, no de leyes nacionales sino de un texto internacional notoriamente insuficiente, ratificado por nuestro país: la Convención de París para la Protección de la Propiedad Industrial. Resulta casi increíble que a finales del siglo *xx* aún no se haya legislado específicamente en México sobre esta materia, pese a los flagrantes abusos y vicios o maniobras y prácticas comerciales. Piénsese, en el pirateo o sonsacamiento de miles de técnicos que en años recientes efectuó la empresa Alfa, tristemente célebre, en contra de muchas otras, lo

que motivó graves daños a éstas y poco después al personal sonsacado, que sin conmiseración alguna fue liquidado ante la insolvencia superveniente de la empresa pirata.

13. REVISIÓN DE LEYES PARA LA REGULACIÓN DE LA EMPRESA

Considerada la empresa, como debe serlo, como el centro de las actividades económicas, su regulación jurídica se debe referir a ella misma como unidad fundamental en la economía nacional, a sus elementos personales (trabajadores, empleados, funcionarios) y reales (patrimonio y bienes que lo forman), y a las actividades que le sean propias.

Desde este último punto de vista, deben tenerse en cuenta tanto las empresas privadas, mixtas y públicas, como las actividades que sólo las empresas pueden realizar por su magnitud y por su organización; en el sector público, la prestación de servicios de toda índole, así como aquellos que se atribuyen exclusivamente al Estado, o en los que el Estado interviene (*v.gr.* Pemex, Comisión Federal de Electricidad, empresas bancarias, de seguros y de fianzas, CONASUPO); en el sector privado, la oferta y la distribución masiva de bienes y servicios. Esto implica la revisión, no solamente de la legislación mercantil, sino también de la administrativa y procesal.

Igualmente, en cuanto al patrimonio o hacienda de la negociación, deben revisarse y completarse las normas sobre obligaciones y contratos mercantiles, sobre protección al consumidor y tal vez una nueva ley sobre abastos; las del derecho industrial sobre invenciones, marcas y transferencia de tecnología, y legislar sobre la concurrencia, los monopolios y la competencia desleal; y finalmente, los casos de insolvencia y de concurso.

Relativamente al personal de la empresa, aunque su regulación es propia del derecho laboral, deben considerarse problemas que también son mercantiles, como la participación de trabajadores en las utilidades y en la gestión de la empresa y la distinta regulación de trabajadores y funcionarios.

Vista la empresa dentro del marco de la economía nacional, deberá examinarse la Ley para promover la inversión mexicana y controlar la inversión extranjera, en la que aquella tarea, la promoción,

aún no está regulada, y la de control de la inversión extranjera, que por un lado debe afinarse para restringir y encauzar la amplísima discrecionalidad que se atribuye a la Comisión Nacional de Inversiones Extranjeras, y por el otro, debe hacerse efectiva la imposición de sanciones en casos de violaciones a los preceptos de la ley.

Por último, como ya se dijo, deben examinarse y ponderarse las ventajas y desventajas de insertar en la Constitución nuevos preceptos económicos que sean propios de las empresas (cogestión, participación de utilidades, salario remunerador, etcétera).

14. OBLIGACIONES MERCANTILES

El vigente Código de Comercio, a diferencia de los códigos civiles del Distrito Federal y de los estados de la República, no regula amplia y especialmente las obligaciones que surgen de actos, de hechos, de omisiones y de negocios comerciales. Las disposiciones aplicables a ellas se contienen en 12 artículos, 77 a 88. Otras surgen de la regulación de ciertos contratos (por ejemplo al tratar del préstamo, se indica que el interés legal en caso de mora es del 6%; o en relación a la compraventa, que el riesgo de pérdidas o daños se transfiere al comprador a partir del momento de la entrega), o de ciertas materias, como la presunción de la solidaridad pasiva respecto a títulos y operaciones de crédito; o que las aportaciones de bienes a sociedades se presumen traslativas de dominio. Empero, son insuficientes, y en ocasiones, por obsoletas y contrarias a los usos y prácticas del comercio, resultan absurdas: por ejemplo, lo que dispone el segundo párrafo del artículo 80 del Código de Comercio: “la correspondencia telegráfica sólo producirá obligación entre los contratantes que hayan admitido ese medio previamente y en contrario escrito, y siempre que los telegramas reúnan las condiciones o signos convencionales que previamente hayan establecido los contratantes. . .”; o lo que establece el artículo 385 del mismo ordenamiento: “las ventas mercantiles no se rescinden por causa de lesión.”

El Proyecto de Código de Comercio de 1982 amplía el capítulo que destina a las reglas generales sobre las obligaciones (artículos 1001 a 1024), y deroga esas normas obsoletas del código actual. Sin embargo, el Proyecto, debe adicionarse en función, sobre todo, de considerar la competencia desleal, las cláusulas restrictivas de la concurren-

cia, las cláusulas de limitación de responsabilidad, el nuevo derecho de los consumidores, las reglas generales de contratación, los sistemas nuevos de comunicación electrónica, los fenómenos de concentración y acaparamiento, así como la reglamentación del abasto y la distribución de mercancías. A pesar de que el derecho común es supletorio de las inmensas lagunas de nuestro actual derecho mercantil, también los códigos civiles son insuficientes y arcaicos (¡la mayor parte de sus disposiciones sobre obligaciones provienen del venerable Código de Napoleón de 1804!).

Sin pretender señalar todas las cuestiones que sobre obligaciones debe comprender la reforma de la legislación mercantil, me permito indicar algunas de las principales, que no recoge el Proyecto de Código de Comercio de 1982.

a) Respecto al alcance y a la interpretación de los contratos, deberían señalarse las reglas generales de contratación que puedan aplicarse a los convenios que celebren las partes, y las cuales, expresa o tácitamente, éstas hayan considerado. En el Anteproyecto de Ley Federal de Abastos, formulado en el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, ya se propone la regulación de estas disposiciones generales.

b) En relación con la expresión y manifestación del consentimiento para la celebración de contratos, así como para las ofertas públicas y la concesión de créditos a los consumidores, deben recogerse las normas que protegen a éstos, contenidas en la Ley respectiva; por otro lado, la reforma debe referirse y regular los medios modernos de comunicación, además de la correspondencia epistolar y telegráfica (radio, televisión, telex, medios electrónicos); y también regular adecuadamente en protección de las partes y del público, las ofertas (privadas y públicas) las aceptaciones y la posibilidad de revocar unas y otras, en contratos entre ausentes.

c) Por lo que concierne a la facultad de obrar a nombre y por cuenta de otro, en primer lugar, deben desembarazarse los negocios representativos (mandato, comisión, poder) de las excesivas formalidades que actualmente pesan sobre ellos; en segundo lugar, establecer la representación general que corresponde a ciertas figuras e instituciones jurídicas, como el gerente, el factor y el director de la empresa, el administrador único de las sociedades, y que las limitaciones que se les imponga, no surtan efectos frente a terceros de buena fe, aunque ellas se inscriban en registros públicos.

ch) Debe admitirse y reglamentarse adecuadamente la lesión como vicio del contrato, dándole alcance más amplio que lo que permite el artículo 17 del Código Civil del Distrito Federal, teniendo en cuenta fenómenos como la contratación masiva y los contratos de adhesión; igualmente, deben acogerse fenómenos como la onerosidad superveniente en casos de devaluación, de carestía, de maniobras de ocultamiento. En este renglón, deben considerarse especialmente las cláusulas penales y las restrictivas de responsabilidad.

d) Respecto a la conformidad de las mercancías que se adquieren, con las calidades que se haya convenido y, además, con las que sean propias para el fin a que normalmente ellas se destinen, se debe disponer claramente la responsabilidad solidaria del vendedor o enajenante, y del fabricante o productor, como lo hace —aunque insuficientemente— la Ley de Protección al Consumidor; además, debe fijarse responsabilidad, no sólo por vicios ocultos, sino también por defectos de funcionamiento o de rendimiento de máquinas, y, en todos los casos fijar plazos para el ejercicio de las acciones de responsabilidad, que sean prudentes, y no los perentorios e inadecuados que establecen nuestras leyes civiles y comerciales (Código de Comercio, Ley de Navegación, Ley de Protección al Consumidor).

e) En cuanto a la responsabilidad por acto ilícito y la responsabilidad objetiva, precisa sentar claramente la procedencia de aquella en materia de competencia desleal, y la de ésta, respecto al industrial que produce bienes o servicios que no cumplan las necesidades propias a que se destinan. Asimismo, establecer clara, amplia, adecuadamente, la responsabilidad directa del Estado por cualquier acto u omisión ilícitos de los funcionarios y empleados públicos.

15. CONTRATOS MERCANTILES

En esta materia, la reforma de nuestras leyes mercantiles debe dirigirse tanto a la corrección, complementación y unificación de los contratos nominados, o sea, de los incluidos y regulados expresamente en esas leyes, como a comprender otros aún no reglamentados.

De aquellos, los principales son la compraventa, el arrendamiento, el transporte y el fideicomiso. De estos, el suministro, el contrato estimatorio, la agencia y distribución, el hospedaje, el arrendamiento financiero.

a) *Compraventa*. Su regulación debe modernizarse, en función del comercio internacional principalmente. Las convenciones de La Haya (1964), de Nueva York (1973) y de Viena (1980) sobre la compraventa internacional de mercaderías, pueden servir de modelo para comprender soluciones y cuestiones nuevas sobre este contrato.

Por otra parte, además de reglamentarse en forma sistemática y completa las principales de las múltiples formas de compraventas mercantiles, tanto las tradicionales (sobre muestras, calidades, al gusto, en abonos, etcétera), como las modernas contra documentos, y las relacionadas con el transporte, deben preverse otras figuras como la venta de acciones, de partes sociales, de empresas, para establecer su alcance y referirse a restricciones como las que fija la ley de inversiones extranjeras, y deben revisarse ciertas prohibiciones tajantes actuales como los pactos de retroventa y la venta de cosa ajena, por la importancia y la frecuencia en el comercio de estas formas de contratación; y también debe considerarse la nueva regulación de las ventas a consumidores.

b) En cuanto al *arrendamiento*, es necesario recoger aspectos cubiertos ahora por la ley de inversiones extranjeras, como son, el arrendamiento de negociaciones y de activos; así como el de bienes inmuebles en las “zonas prohibidas”. Reglas especiales deben dictarse por lo que se refiere a la prórroga de contratos sobre establecimientos comerciales (la llamada *propiedad* comercial en Francia), que en la actualidad se comprenden en la llamada Ley de Congelación de Rentas del Distrito Federal. Por tratarse de una actividad comercial, debe figurar en una ley federal.

c) Por lo que toca a los *contratos de transporte*, su regulación general debe unificarse en un solo ordenamiento, el Código de Comercio, o, mejor aún, una Ley de transportes, a efecto de dictar reglas para toda clase de éstos (terrestres, aéreos, marítimos), de nuevas formas de contratación (transportes combinados y de contenedores); y, por lo que se refiere a obligaciones y derechos de las partes (cargador, porteador y aun del destinatario), fijar la responsabilidad de ellas y la validez o invalidez de los factores que la limitan (del porteador principalmente) en los casos de pérdidas, averías y demoras. Debería, también considerarse, por una parte, la legislación internacional, tanto marítima (Convención de Hamburgo de 1978), como aérea, y quizás aun la terrestre, para comprender el tráfico ferroviario y por autovehículos con los Estados Unidos; y por otra parte, la conveniencia de establecer el seguro obligatorio que proteja a los pasa-

jeros y a las víctimas de accidentes (peatones) de transportes terrestres y aéreos.

ch) El *fideicomiso* tendrá que ser objeto de una revisión cuidadosa, dada la importancia creciente que ha adquirido, tanto en las relaciones entre particulares, como respecto a la administración, para referirse y distinguir tanto a los fideicomisos traslativos, como a los de administración y garantía; en segundo lugar, el papel que debe jugar la institución fiduciaria, como titular de los bienes, así como por la responsabilidad que siempre debe asumir frente al fideicomitente y al fideicomisario; sin que ella se diluya o desaparezca en virtud de la intervención de comités técnicos (como ahora lo permite el artículo 45, fracción IV *in fine* de la Ley de Instituciones de Crédito); en tercer lugar, dictar normas que impidan que a través de este negocio se violen prohibiciones comprendidas en otros negocios nominados y típicos, lo cual ahora es frecuente (prohibición de la usura, del pacto comisorio, de pactos sobre el voto, de pactos de retroventa, etcétera). Debe ponderarse, además, la posibilidad de permitir que sean fiduciarias instituciones no bancarias, sino bursátiles, como las Casas de Bolsa, que el Proyecto de Código de Comercio prevé, a mi juicio sin justificación.

d) Por lo que se refiere a negocios que aún no están comprendidos en nuestra legislación, el primero de ellos es el *suministro*, que ya incluyen los proyectos de Código de Comercio. Por ello, no me detendré en esa importante figura.

e) En cuanto al *contrato estimatorio* o en consignación, deben también dictarse normas que lo gobiernen. La entrega en consignación es frecuente en el comercio de vehículos, de libros, de maquinaria, y en ocasiones se liga con otra nueva forma de contratación, el arrendamiento financiero, que la legislación vigente sólo regula en sus aspectos fiscales. Ambos, deben figurar en el catálogo de los contratos típicos y nominados en la nueva legislación.

f) Igualmente, deben incluirse en el Código de Comercio que se dicte los contratos de agencia, de distribución, de concesión. Formas todas de interposición de persona, con caracteres de mediación y de representación, que ayunos de normas (aunque, al de agencia se refieren en la actualidad la Ley Aduanal y la legislación sobre seguros), se les aplica las de corretaje, comisión y mandato, pese a que cada una de aquellas actividades se diferencia de estos convenios tradicionales, y requieren preceptos especiales y una reglamentación propia,

que proteja a esos auxiliares del comercio frente a la omnipotencia, y a menudo impunidad, de las empresas que de ellos se sirven.

16. SOCIEDADES MERCANTILES

Esta materia debe ser objeto de un examen que lleve a erradicar vicios y superar defectos, por una parte, y por la otra a adoptar nuevas formas de sociedades a las necesidades actuales. Plantearé primero cuestiones de alcance general, para referirme en seguida a los distintos tipos de sociedades, especialmente a la anónima.

a) El primer problema se refiere a la actual distinción entre las sociedades civiles y mercantiles. ¿Se justifica que las mercantiles puedan tener finalidad no especulativa, y que sean tales por el mero hecho de adoptar uno de los tipos enumerados en el artículo 1º de la Ley General de Sociedades Mercantiles? Si la tendencia del derecho mercantil contemporáneo es reducirse a la organización y funcionamiento de la empresa, la respuesta a la pregunta debiera ser negativa, y en consecuencia requerir la intención de lucrar como nota esencial.

b) Otro problema de suma importancia es si debe mantenerse el régimen de las sociedades irregulares, o si, por el contrario, debe prohibirse que la sociedad no inscrita en el Registro de Comercio, adquiera personalidad y pueda operar frente a terceros. En el derecho extranjero, esta última es la solución; y la violación a la prohibición acarrea sanciones civiles (responsabilidad ilimitada y solidaria) y penales, en contra de quienes actúen a nombre de la sociedad. Las prohibiciones son múltiples y la penalidad en algunos sistemas (derecho francés) casuista y rigurosa. Lo que no se justifica es que, como pasa en el Proyecto de 1982, se ignoren los problemas que se desprendan de las sociedades irregulares.

c) Problema de especial preocupación es la ausencia total de vigilancia y control por el Estado sobre la organización, el funcionamiento y las relaciones internas (con sus socios y entre ellos) y externas (acreedores, trabajadores, fisco) de las sociedades (salvo que se trate de bancos, seguros, fianzas, sociedades de inversión). Esto, aunado a la absoluta ineficacia del órgano de vigilancia, no sólo en las sociedades en que no es obligatorio, sino inclusive en la sociedad anónima, hace que esta cuestión sea la más seria a la que debe atender la reforma corporativa.

ch) Al régimen de control por el Estado, y a la regulación adecuada de los comisarios, debe agregarse un sistema de registro y de publicidad eficaz, tanto frente al público en general, como frente a los socios; y no sólo en la etapa de organización o constitución del capital, de pago de las aportaciones, sino también respecto a la adopción y la ejecución de los acuerdos de los órganos de la sociedad, y de quienes las representen.

d) El Proyecto de Código de Comercio, suprime las sociedades personales del catálogo legal. La única razón que se invoca es que ellas no operan en la práctica, por lo que de hecho han desaparecido; para sólo conservarse la sociedad de responsabilidad limitada y la sociedad anónima. Creo que es una solución a la par precipitada e injustificada. Aquello, porque si en verdad *casi* han desaparecido, ello no se debe a que no cumplan una función distinta a la de las sociedades de capitales, sino a que se ha abusado de éstas, por la ausencia de una reglamentación adecuada, y sobre todo, por la total falta de control tanto en la etapa de organización y constitución, como durante su funcionamiento. Los fines y la función de las sociedades personales son distintos a los que son propios de la sociedad de responsabilidad limitada y de la sociedad anónima: o sea, que los socios puedan aportar servicios; tener una responsabilidad propia por las deudas sociales; ser administradores natos de la sociedad y que en ésta subsista la vinculación personal de ellos. Necesidades todas estas que son muy importantes en el comercio, y que al suprimirse dichas sociedades quedarían insatisfechas, con daño de socios y sobre todo de acreedores.

e) En cuanto a la sociedad anónima, no se justifica —y así lo refleja el Proyecto— que el mínimo de socios sea de cinco, ni que el capital, también mínimo, aún sea la ridícula suma de \$ 25 000.00 pesos, ni que se mantenga el régimen de constitución pública o sucesiva; ni que el capital mínimo (legal o estatutario) no esté totalmente pagado. Y por lo que toca a las acciones, una vez más reitero mi opinión de que no deben subsistir las acciones al portador, por ser uno de los instrumentos más eficaces y más usados para ocultar inversiones y fortunas mal habidas; y deben propiciarse y hacerse obligatorias, en cambios, las llamadas acciones de trabajo, como forma de hacer participar a los empleados y trabajadores en la gestión de la empresa.

f) La simulación y el abuso en materia corporativa, que actualmente se manifiestan a través de múltiples y sutiles formas, deben ser

objeto de una represión adecuada, en protección del crédito público (por ejemplo, cuando la sociedad sólo es vehículo de fraudes a terceros, y mero instrumento para limitar la responsabilidad del socio único o del controlador), y en resguardo de la minoría de socios y accionistas. Atribuir responsabilidad personal al único socio, o a quien maneje la sociedad como botín propio (socio, administrador, gerente), en daño de terceros, es cosa que se debe proponer a la reforma de la sociedad anónima.

g) El régimen de capital variable, para el que en la práctica no se exige publicidad alguna, es fuente de abusos en contra de los socios (al no respetarse su preferencia para participar en los aumentos) y en contra de los acreedores de éstos (al simular aumentos con aportaciones de bienes que escapan a las acciones de aquéllos).

h) En fin, problemas graves, y de creciente importancia en México, que no se regulan en nuestra ley de 1934, deben regirse por nuevas disposiciones. Tales son los problemas de la agrupación y la concentración de empresas; de los consorcios; de las sociedades de control, que ya se regulan en la Ley del Impuesto sobre la Renta, y de inversión (con una ley especial en la actualidad); la oferta y la circulación pública de acciones y obligaciones (reguladas parcialmente en la Ley del Mercado de Valores); la escisión de sociedades; la creación de nuevos tipos, como pueden ser, a semejanza de los derechos francés y español, las sociedades de garantía recíproca; o la adecuada regulación de las sociedades de solidaridad social.

i) El régimen de las sociedades cooperativas y su regulación, debe estudiarse cuidadosamente, dado el relevante carácter de interés colectivo y social que esa institución debe tener. Es ésta una materia que no cabe dentro del Código de Comercio, ni siquiera de una ley general de sociedades mercantiles; sino que se debe mantener su legislación especial.

17. TÍTULOS DE CRÉDITO

La vigente ley es, en su título primero, la materia de los títulos de crédito, una buena ley, que según su comentador más reciente (*Roberto L. Mantilla Molina*), mejora en algunos aspectos las convenciones de Ginebra de 1930 y 1931, que le sirvieron de modelo. En cuanto a los títulos de crédito *strictu sensu* (letra, pagaré, cheque), sin embargo, deben hacerse algunos retoques, adiciones y principalmente

cierta coordinación con la Ley sobre el Mercado de Valores y disposiciones de la Secretaría de Hacienda y de la Comisión Nacional de Valores.

a) La Ley del Mercado de Valores y la legislación bursátil en general, al definir y regular los “valores” (artículo 3º) caracteriza a éstos como títulos de crédito que se emitan en serie o en masa, con lo que, por una parte, se crea una especie dentro del género títulos de crédito, o sea, los *títulosvalor*; por otra parte, se atribuye o reconocen a éstos, caracteres, no sólo distintos sino opuestos en muchos casos, a los comprendidos en la Ley de Títulos y Operaciones de Crédito, como la literalidad, la autonomía, el carácter necesario del documento; además, se crean o se reconocen otros títulos de crédito (*títulosvalor*), como las “*acepciones bancarias*”, o sea, letras de cambio que acepten los bancos múltiples para el funcionamiento en moneda nacional de empresas medianas y pequeñas establecidas en México: el “*papel comercial*”, que son pagarés representativos del precio de inversión de acciones u obligaciones, y los CETES. En cuanto a la transmisión de los *títulosvalor*, la Ley del Mercado de Valores también innova las disposiciones de la Ley de Títulos y Operaciones de Crédito, tanto al sustituir la tradición física del documento, por meros abonos y registros en cuentas, como por la creación de una nueva forma de transmisión, o sea el *endoso en administración*. Pues bien, creo necesario coordinar ambas leyes y establecer en materia de títulos de crédito excepciones y temperamentos que se apliquen a los *títulosvalor*.

b) Otros títulos de crédito nuevos que la práctica comercial y el mercado bancario siguen creando, deben incorporarse a los catálogos legales; tales son las cambiales que podrían considerarse como causales, en cuanto conectadas con determinados tipos de contratos de compraventa (de consumo, o aquellas que se relacionen con las empresas de abastos); los que pudieran considerarse documentos representativos de otros *títulosvalor*, como son los que puede emitir el Instituto para el depósito de valores; u otros que en función del contrato de factoraje (*factoring*) se puedan emitir, como serían los certificados representativos de letras o pagarés.

c) El Proyecto de Código de Comercio de 1960 y el actual de 1982, que sustancialmente es calca de aquél, sistematiza y reestructura la materia cambiaria, y regula nuevas figuras como las obligaciones bancarias. En cambio, por un lado omite, sin explicaciones en su Expo-

sición de Motivos y sin justificación alguna a mi juicio, instituciones propias, características y necesarias de dicha materia, como son las acciones y excepciones en materia de títulos de crédito; y por otro lado, repite y duplica inadvertidamente la regulación de las obligaciones o debentures que emitan las sociedades anónimas.

ch) Algunos principios e instituciones que los proyectos de 60 y de 82 proponen modificar respecto a la ley vigente, deben aún revisarse, como la reglamentación de los títulos en blanco, o incoados según la terminología de Mantilla Molina. La jurisprudencia y la doctrina recientes deberían tomarse en cuenta.

d) Deben, quizás, incorporarse a la ley o al nuevo Código, contratos como el depósito de valores, a través de instituciones auxiliares de crédito, como podría ser el actual Instituto para el Depósito de Valores, el arrendamiento financiero y el “factoraje”. Y precisa la revisión de contratos ya incluidos como las aperturas de crédito (para regular otra como la de descuentos), el reporto y, como ya dije, el fideicomiso.

18. DERECHO CONCURSAL

Es urgente una reforma sustancial de la Ley de Quiebras y Suspensión de pagos. Al respecto, al lado del texto propuesto por Raúl Cervantes Ahumada, que es el que se incorpora en el Proyecto de Código de Comercio de 1982, existen otros proyectos más: el contenido en el Proyecto de Código de Comercio en su versión de 1960; otro, el que por encargo de la Secretaría de Industria y Comercio preparamos Roberto L. Mantilla Molina, Arturo Díaz Bravo, José María Abascal y yo; uno más preparado por Jesús Sandoval Ulloa, y quizás existan otros que escapen a mi memoria.

a) La ley vigente ha mostrado ser inoperante por contener defectos graves en cuanto a los órganos de la quiebra (juez, síndico, intervención) y en cuanto a las reglas y principios del procedimiento mismo. Las dos formas de concurso, quiebra y suspensión de pagos, sobre todo esta última, en la práctica han sido expedientes ruinosos y de total incumplimiento de las obligaciones del deudor, y fuente de procedimientos judiciales fraudulentos que deliberadamente, en connivencia deudor, síndico y juez, se inmovilizan y se empantan, en

perjuicio de la masa de acreedores, y de estos, principalmente de aquellos que carecen de garantías.

Salvador Rocha, recientemente, ha propuesto dos medidas que me parecen dignas de ser consideradas en las reformas de la legislación concursal; una, que el reconocimiento de créditos, su orden de prelación y su pago, se siga, no ante la autoridad judicial (salvo casos de inconformidades), sino ante organismos profesionales a los que el fallido pertenezca o deba pertenecer, como son las Cámaras (locales) de Comercio o de Industria; la otra, que sean esos Organismos los que nombren a los síndicos, y en su defecto, dicha tarea recaiga en la Procuraduría de la República.

b) La quiebra y la suspensión de pagos (o la moratoria) no debe concretarse a los comerciantes, personas físicas y sociedades, sino que deben extenderse a sujetos comerciales sin personalidad, como ya sucede con la herencia yacente; esta posibilidad debe ampliarse para considerar otros casos: el fideicomiso; el caso de “unidades económicas” como pueden ser la empresa misma, la masa de la quiebra (quiebra sobre quiebra), estados de comunidad, consorcios y sociedades civiles que realicen “actividades preponderantemente económicas”, aunque no sean lucrativas.

c) En el caso de empresas extranjeras que operan en México, debería permitirse la suspensión o la quiebra de patrimonios afectados a las operaciones en el país y a acreedores nacionales, y considerar éstas como preferentes frente a los acreedores por operaciones realizadas en el extranjero.

ch) Por otro lado, debe revisarse el sistema penal de la bancarrota, para plantearlo y proseguirlo independientemente de la declaración civil: que pueda realmente seguirse aquel tanto en los casos de quiebra culpable como fraudulenta. Es escandaloso y motivo de vergüenza que mantengamos en el país una situación de impunidad frente a hechos delictivos como la malversación y el despilfarro de fondos de acreedores, el alzamiento del quebrado, el cierre de sus establecimientos y la fuga al extranjero, con dineros robados y defraudados.

d) El principio de la conservación de la empresa en estado de cesación de pagos o de quiebra, tan difícil como es, dada precisamente esa situación de insolvencia, debe conservarse y tratar de hacerse efectivo. Nada hay tan perjudicial al crédito y sobre todo, al empleo y la ocupación, como el cierre y la liquidación de negociaciones. Debe darse oportunidad a los acreedores en primer lugar, a las asociaciones

profesionales en seguida, y al Estado mismo, de preservar las negociaciones comerciales, con el mínimo perjuicio a los trabajadores, a los acreedores y al fisco. Inclusive, motivo de estudio especial deben ser los nuevos procedimientos que se siguen en Francia y en Italia tendientes a refaccionar a las empresas o grupos de empresas insolventes; y a suplir al empresario incompetente o negligente, antes de caer en quiebra o en suspensión de pagos; y para evitar dichos estados de concurso.