

EL DERECHO AL COMERCIO EN MÉXICO

SUMARIO: 1. Comercio y derecho comercial. 2. Regulación del comercio en el código vigente. 3. Regulación en leyes mercantiles. 4. Reforma legislativa. 5. Reformas más urgentes.

I. COMERCIO Y DERECHO COMERCIAL.

El derecho mercantil regula, en México, las relaciones comerciales; regula al comercio. La fracción X del artículo 73 de la Constitución Federal atribuye al Congreso de la Unión facultad "para legislar sobre comercio"; es, pues, esta una materia en la que las entidades federativas no pueden intervenir.

Ahora bien, para los efectos de la atribución exclusiva del gobierno y los tribunales federales, el concepto de comercio no es claro y preciso. Uno es el concepto económico y otro el jurídico. Y en ambos campos, tampoco es unívoco. Económicamente, diversas características se han propuesto para definir la actividad comercial, a saber, la interposición en el cambio de bienes o servicios; la intermediación en ese cambio por personas especializadas, por profesionales, o sea los comerciantes; el lucro, como plus-valor del costo de la mercadería o del servicio y, en fin, dentro de la actual estructura del capitalismo, de economía de mercado y de productos o servicios que se ofrecen al consumo, la actividad de la empresa. Empero, ninguno de esos criterios, ni todos juntos, agotan o circunscriben el campo de nuestro derecho comercial, en cuanto que, por una parte, hay actos y cosas mercantiles en que no hay ni intermediación, ni especulación, ni se relacionan con la actividad de la negociación o empresa; como sucede por ejemplo, en materia cambiaria, con ciertos títulos de crédito, o en materia corporativa, con sociedades mercantiles que se constituyan con finalidades ajenas al comercio en su sentido más lato, o, en fin, en relación al derecho marítimo, porque la nave —que es una cosa mercantil— se use para fines deportivos o científicos.

Por otra parte, no todos los actos de interposición, o especulativos, ni todas las empresas y lo que con ellas se relacione, está regulado por el derecho mercantil; y así, la actividad de los profesionistas liberales, así estén constituidos en organizaciones empresariales, no es mercantil, sino civil; las empresas agrícolas estrictamente, o sea, las que explotan el suelo o los animales domésticos, pero sin realizar actividad alguna de transformación de esos productos naturales; o la actividad de la pequeña empresa artesanal, todo ello, no está regulado por el derecho mercantil, sino por el civil.

Jurídicamente, a su vez, puede definirse el comercio en función de una

actividad profesional, la de los comerciantes, o de los titulares de empresas —(como sucede en el derecho alemán), empresarios— o en función de la especulación; pero, nuevamente, ni en todos los actos de comercio se dan siempre esas notas, ni tampoco se predica la mercantilidad de todos aquellos actos en que existan dichas notas. La definición del derecho comercial en función de esas notas, pecaría, pues de exceso y de defecto.

El concepto de comercio y de derecho mercantil, en México, actualmente, es decir, de acuerdo con nuestro viejo Código de 1890, no es de esencia o de sustancia, sino que es meramente de derecho positivo; no puede darse *a priori*, sino sólo después de examinar el sistema normativo vigente, por lo que es un concepto *a posteriori*, eminentemente temporal y variable. La materia de comercio, en el derecho positivo —Código de Comercio y otras leyes mercantiles— está integrada por los actos de comercio, las cosas mercantiles, los sujetos del derecho mercantil, o sea, los comerciantes o empresarios mercantiles; y por la actividad de la empresa.

Ante esta seria deficiencia y limitación de nuestra disciplina, lo que equivale afirmar que sólo es derecho mercantil aquello que actualmente la ley mercantil considera como tal, cabe preguntar si el legislador federal puede libremente calificar de comerciales, negocios o instituciones en los que no conste ninguna de las notas propias del comercio, y que, además, tradicionalmente hubieran estado reservados al derecho civil o administrativo; como sucedía, por ejemplo, con el fideicomiso (negocio fiduciario), con la llamada propiedad industrial, con las cooperativas, y hasta muy recientemente con la protección del consumidor.

Pues bien, sin admitir tal facultad irrestricta del Congreso de la Unión, porque hay materias y actos “esencialmente civiles”, como los del derecho de familia y del derecho sucesorio, o contratos como los de transacción, renta vitalicia; o porque hay campos e instituciones que tradicionalmente han escapado a la regulación del derecho mercantil, como las empresas agrícolas y la actividad de los profesionistas liberales; debe reconocerse una tendencia universal, muy clara en México, hacia la “comercialización del derecho privado”. Protección indirecta, un tanto vaga y mutable en contra de esta corriente, ya sea, a favor de los particulares que resultarían sometidos a un derecho comercial uniforme (por ser federal) y no a normas y principios del derecho local, o bien, a favor de los Estados de la Federación que vieran mermadas sus facultades implícitas por la invasión de “su soberanía” por el Estado Federal, consiste en exigir que el legislador actúe de acuerdo con estándares jurídicos de buena fe y de prudencia, con criterios económicos que conduzcan a la mejor y más justa defensa de los intereses de las mayorías y de los “débiles” (piénsese en los consumidores); e inclusive, con criterios políticos, cuando convenga una ley única para todo el país y no una multiplicidad de leyes y de criterios de aplicación e interpretación (como sucedía con las cooperativas); en suma, que se aplique al caso un control unitario del Gobierno Federal, como en el caso del fideicomiso, al exigir que sólo sean fiduciarias ciertas instituciones de crédito. Iguales o semejantes

critérios que los que deben aplicarse a las facultades discrecionales del Ejecutivo, para no convertirlas en arbitrarias simplemente.

2. REGULACIÓN DEL COMERCIO EN EL CÓDIGO VIGENTE

Fundamentalmente, los actos de comercio y en general la actividad mercantil, están reglamentadas en el Código de Comercio y en varias leyes mercantiles. Sin embargo, normas de contenido mercantil se establecen también en la Constitución Federal (vgr. artículo 5° sobre la libertad de comercio; como garantía constitucional, artículo 28 sobre monopolios) y en el Código Civil del D. F. (que respecto a esas normas es de aplicación federal), por ejemplo, en las ventas sobre muestras o calidades, en la responsabilidad del empresario.

El Código de Comercio de 1890, o lo que queda de él después de las derogaciones y desmembraciones de materias tan importantes como sociedades, títulos de crédito, seguros, bancos, quiebra, derecho marítimo, sigue siendo, en primer lugar, el ordenamiento más amplio y general en la jerarquía y en los criterios de aplicación de las normas mercantiles; y en segundo lugar, el que fija el ámbito de aplicación de nuestra disciplina; enumera los actos de comercio y acoge el principio de la analogía que permite la aplicación del sistema a negocios e instituciones similares, no comprendidos expresamente en los catálogos legales. Además, en mi opinión, a virtud de una interpretación lógica y jurídica del sistema mismo del derecho mercantil, así como de su evolución histórica, en México y en el extranjero, debe admitirse el carácter vinculatorio de la costumbre mercantil, que, por formar parte o constituir una fuente del derecho comercial, se aplicará con antelación al derecho civil, que es fuente supletoria, como derecho común o general, como también lo es de otras disciplinas, el agrario, el laboral; aunque sean de derecho público, como el derecho fiscal, el procesal.

Pero, las disposiciones vigentes del Código son anticuadas e insuficientes para normar problemas y situaciones actuales. Como se sabe, ese ordenamiento está basado en el código de comercio francés de 1808, en el italiano —abrogado— de 1882, y en el español de 1884. En todos ellos se reputaron a los actos de empresa como mercantiles, pero en ninguno se reglamentó la negociación, ni se la consideró, como ya lo hizo el código alemán de 1900, como el meollo y el fulcro del derecho mercantil contemporáneo.

Por otra parte, la materia procesal mercantil, comprendida en el último libro del Código —libro quinto— también sufre de una imponente anti-güedad: procede, en gran parte, del Código de comercio anterior —de 1884— que a su vez se basó, según Alcalá Zamora, en la Ley Española de enjuiciamiento de mediados del siglo pasado. El formidable desarrollo del derecho procesal en el presente siglo, le es ajeno; y la rigidez, formalismo (arcaísmo, debería decirse) y hasta perentoriedad de nuestro ordenamiento, provocan muchas veces situaciones reales de indefensión (piénsese en los llamados términos improrrogables, por ejemplo, para contestar una demanda, que es

de tres días en juicio ejecutivo, contados el de la notificación y el del vencimiento), o bien, propician la chicana (interposición de excepciones dilatorias: como la de incompetencia o la de falta de personalidad, aunque resulten evidentemente improcedentes, pero que provocan la suspensión del procedimiento).

Nuestro Código, como ya dijimos, fija la materia que regula, a base, en primerísimo lugar, de un largo elenco de los actos de comercio (entre los que se incluyen a los actos de empresa); en seguida, de la actividad del comerciante individual y colectivo; de las cosas mercantiles en tercer lugar, como los títulos de crédito, el dinero, el buque, las patentes, las marcas; y, por último, de instituciones y figuras típicas, como las empresas y las sociedades mercantiles. Dentro de esta extensa gama en la que se acude para su clasificación a los elementos del negocio jurídico, o sea, al sujeto, al objeto, al fin y a la forma; que además, como ya dijimos, puede ampliarse a virtud de la interpretación analógica, deben situarse todos los actos, los hechos y las instituciones comprendidos dentro de nuestra disciplina.

3. REGULACIÓN EN LEYES MERCANTILES

Muchas son las leyes que, desprendidas del Código de Comercio y mediante la derogación de disposiciones especiales de él, se han promulgado en relación a partes muy importantes del Derecho mercantil, a las que en su tiempo se dio una estructura más moderna que la establecida en aquel cuerpo legal. Tales son, principalmente, la de Títulos de Operaciones de Crédito, de 1932, la de Sociedades Mercantiles (de 1934) y la legislación sobre cooperativas (Ley y Reglamento de 1938); las leyes del contrato y de las instituciones de seguro (1935), la Ley Monetaria de 1950; la de Vías Generales de Comunicación, en cuanto al contrato y empresas de transporte (1940); la Ley de Instituciones de Crédito y de Organizaciones Auxiliares (1941); la Ley de Quiebras y Suspensión de Pagos de 1942, la Ley de Navegación y del Comercio Marítimo de 1963.

Otras leyes que también regulan el comercio y cuyas materias nunca estuvieron comprendidas en el Código, son la del Banco de México (1941); la de Instituciones de Fianzas (1951); la del Mercado de Valores (1975); la Ley para Promover la Inversión Mexicana y Regular la Inversión Extranjera (1973); la Ley de Protección al Consumidor y la de Invenciones y Marcas, ambas de 1976. De todas esas leyes, las de alcance mayor, por regular materias e instituciones generales, fueron dictadas durante el régimen Callista (como Presidente —1924-1928— y “Jefe Máximo”, durante los gobiernos de Ortiz Rubio y Abelardo Rodríguez, 1930-1934), y los gobiernos de Cárdenas (1934-1940), y Ávila Camacho (1940-1946). A partir de entonces, salvo la Ley de Navegación, de alcance también general y leyes más especializadas como la del Mercado de Valores, y las del período echeverrista (LIE, LI y M, LP al C; LTT), poco o nada se ha hecho, a pesar de la urgente necesidad de revisar, modernizar y completar la legislación mercantil.

A la activísima y meritoria labor legislativa del decenio 1932-1942, ha sucedido y persiste una inercia y modorra, tanto más lamentable cuanto que la mayor parte de las leyes mercantiles —incluyendo el Código de Comercio—, requieren una revisión a fondo y una puesta al día de acuerdo a las necesidades actuales. En contra de tal urgente necesidad, se diría, que la actualización, e inclusive, la ampliación de las viejas leyes, más es tarea de la doctrina y de los jueces, a través de la interpretación extensiva y de la jurisprudencia, que del legislador, como ha sucedido en Francia principalmente, pero también en Alemania, Italia, España. No obstante, entre nosotros es aún pobre la doctrina, y poco menos que estéril la jurisprudencia. Falta preparación de abogados y jueces; recursos, órganos de publicidad; labor de clasificación y archivo de las decisiones de los tribunales locales y federales; críticos y comentaristas de esas decisiones, a la manera de los “arretistas” franceses. En México, la elaboración y la promulgación de leyes sigue siendo la fuente principal de nuestro sistema de derecho; y tanto cuando las leyes son buenas, como la de Títulos de Crédito, como cuando son malas, como la Quiebra y Suspensión de Pagos, a su elaboración —y a la superación de sus defectos— poco contribuye la jurisprudencia, y sí en cambio, en gran medida, la preparación de sus autores. De ahí que sea tan importante la participación de personas especializadas en las comisiones legislativas.

4. REFORMA LEGISLATIVA

Varios intentos se han hecho de una reforma total del Código de Comercio, durante los últimos cincuenta años. El primer proyecto de dicho Código, en efecto, fue de 1929; y después, muchos se han repetido: desde aquel, famoso, de 1943, debido a Joaquín Rodríguez y Rodríguez, en el que se estructuraba el derecho mercantil en función de la empresa, sobre el que se basó en gran medida el Código de Comercio de Honduras; hasta el de 1965, que comprendía y regulaba, con principios y soluciones modernas, todas las instituciones comerciales que estaban en boga. No obstante, a la labor de las comisiones redactoras siempre ha sucedido la indiferencia y el olvido del Ejecutivo; fenómeno tanto más curioso, cuanto que algunas veces es el propio presidente de la República, o la legislatura en turno (casos de Alemán y actualmente de López Portillo), quienes se interesan en la preparación de las leyes, para que una vez terminados los proyectos, inclusive después de difundirse, discutirse y revisarse, se guarden cuidadosamente, en espera inútil de mejores tiempos y circunstancias políticas, para revivirlos.

Otro tanto ha sucedido con leyes de alcance más limitado, como la de Sociedades y la de Quiebras, de las que se prepararon proyectos, que también después de haberse comentado y revisado ampliamente, no se propusieron al Congreso por razones políticas o de oposición de grupos de poder, o por exceso de trabajo, en las Cámaras, con proyecto más urgente del Ejecutivo Federal.

Y claro, los proyectos que no pasan, envejecen más pronto que las propias

leyes en vigor, que están sometidas a su diaria aplicación, y a la función interpretativa, por limitada que sea, de la "jurisprudencia cautelar" (de abogados y litigantes) y la de los tribunales. Además, nuestra disciplina, y los frecuentes cambios a que está sometido el sistema económico de la libre empresa, plantean y crean constantemente nuevas soluciones y nuevas figuras (por ejemplo, en materia de contratos, el *leasing* o arrendamiento financiero; el *factoring*, o, en materia de sociedades, los grupos de empresas, las sociedades financieras); formas nuevas de protección contra la competencia desleal, contra la concentración y el monopolio, o en favor de los consumidores; todo lo cual provoca que un proyecto de ley o de código sea obsoleto a los cinco años de que fue terminado... y archivado.

5. REFORMAS MÁS URGENTES

Son muchas las que requiere nuestro sistema jurídico mercantil. Pienso que por ser tantas y porque tanto ha crecido nuestra disciplina, no sea conveniente ni oportuno reiniciar la tarea de redactar un nuevo Código de Comercio. Parecería, aun en el extranjero, que la época de los Códigos, como ordenamientos completos de las instituciones que forman una rama del derecho, ha pasado; y que a la tarea codificadora sustituye una más limitada, pero más real y efectiva, de legislar en aspectos más restringidos: empresa, sociedades, contratos, quiebras; e inclusive, en situaciones de conveniencia nacional o más necesitadas de defensa y protección, como entre nosotros sucedió en el gobierno anterior, con la inversión extranjera y la protección del consumidor.

Algunos de los aspectos y cuestiones más importantes sobre lo que es urgente legislar o revisar la legislación vigente son, a mi juicio, los siguientes:

1° Reglamentación de los mercados de abasto, como complemento de la protección al consumidor, pero también, en forma harto importante, como defensa del productor agrícola y del artesano; reglamentación en la que además se intente reducir la excesiva intermediación que padecemos.

2° Reglamentación de la empresa, no para fijar su naturaleza jurídica, tarea que ocupa a la doctrina desde hace un siglo y en la que no se ha logrado reducir a conceptos legales ni algunos de sus elementos económicos como la hacienda o patrimonio de la negociación, el aviamiento, o sea la tarea de organización del empresario, la llamada propiedad comercial etcétera; ni, sobre todo, la estructura propia de la negociación mercantil, sino, simplemente, para considerarla unitariamente, como universalidad de derecho y regular negocios de transmisión, de uso de empresas (a través del arrendamiento, del usufructo, del fideicomiso); y de gravámenes que sobre ella se constituyan (como sería la hipoteca de empresa a la que se refiere el artículo 124 de la LIC).

3° En torno a la actividad de las empresas, es urgente legislar, por un lado, sobre su protección y la del público consumidor, en relación a la com-

petencia, para prohibir y sancionar las prácticas desleales, materia olvidada hasta la fecha por el derecho interno y regida sólo por un artículo de la Convención Internacional para la Protección de la Propiedad Industrial (ratificada por México); y por otro lado, en relación con la política económica del país, dictar normas sobre la concentración y agrupación de empresas, su concurrencia al mercado y establecer un régimen restrictivo y de sanciones respecto a los monopolios y oligopolios.

4° En materia de sociedades cooperativas, resulta también inaplazable reformar la ley y el reglamento, con el fin de ponerlas realmente al alcance de ejidatarios, pequeños propietarios y trabajadores y que se desarrollen sin las trabas actuales que opone la intervención de la administración pública y de la burocracia.

5° En relación con las sociedades reguladas por Ley de Sociedades Mercantiles, la anónima en primer lugar —porque es el tipo de mayor difusión y que más se presta a abusos en contra de su personal, de los acreedores y de las minorías de accionistas— debe establecerse un régimen estricto de sanciones penales y de tipificación de delitos en contra de socios, administradores, gerentes, comisarios, notarios y autoridades, para evitar los fraudes que se cometen al constituirse las sociedades y durante su funcionamiento; y deben someterse a un control externo, a cargo del Estado, a la manera de los bancos y de las compañías de seguros, que fiscalice tanto la actuación interna, relativa, por ejemplo, a la realidad de las aportaciones de los socios y del capital social, la participación de utilidades a éstos y a los trabajadores, el control de los estados financieros y del balance; como a aspectos externos, a través de la publicidad y del registro, para ofrecer una efectiva protección a terceros, como son los trabajadores, el fisco, los acreedores quirografarios; y que vigile, asimismo, la actuación de administradores y de gerentes.

En relación a estos problemas, tienen que considerarse cuestiones tan importantes como la co-gestión, la prohibición, o en su defecto, la imposición de limitaciones más severas a las acciones al portador; la debida reglamentación de los tipos sociales distintos a la anónima; el abuso de la personalidad de la sociedad y su sanción mediante la desestimación de ella; la atribución de responsabilidad personal a quienes manejen la sociedad y se valgan de ella para fines ilícitos; la reglamentación de las sociedades de un solo socio o, más propiamente, de las empresas individuales de responsabilidad limitada, así como de las sociedades irregulares, las sociedades de hecho y las sociedades o asociaciones ocultas.

6° Respecto a un fenómeno de tanta actualidad como es la concentración industrial y comercial de empresas, ignorado también por nuestro derecho, a no ser por las normas mínimas y notoriamente insuficientes de la fusión, debe también dictarse una reglamentación orgánica, que cubra aspectos como los de inversiones recíprocas, las sociedades de control (*holdings*) y el control de sociedades, los consorcios y grupos, las sociedades financieras.

7° La Ley de Quiebras y Suspensión de Pagos es de las que claman por una reforma a fondo. En lugar de constituir la quiebra un sistema de protección de la empresa y de los acreedores (sobre todo de aquellos que no gozan

de garantías o privilegios) tendiente a que recuperen algún porcentaje del monto de sus créditos, es y ha sido un refugio de deudores dolosos y de mala fe, y una lucrativa fuente de ingresos de síndicos y de abogados, en que el deudor fallido logra la impunidad y el incumplimiento definitivo y total de sus obligaciones.

Todo el sistema de la ley es malo; desde el procedimiento de la suspensión de pagos, al que en lugar de que solamente acudan deudores de buena fe, que por circunstancias fortuitas o por azares económicos se vuelven insolventes, o que sufren la falta de liquidez necesaria para solventar a tiempo sus compromisos, acuden los que dolosamente, en connivencia con jueces, y a través de ellos con la persona que después será designada síndico, solicitan y obtienen este beneficio, que en lugar de transitorio, se torna definitivo, y en vez de contar con el acuerdo de los acreedores, se impone a ellos, en burla de sus derechos, sobre todo cuando se trata de acreedores individuales que no están organizados como instituciones o en asociaciones y cámaras profesionales.

El sistema para el nombramiento de síndico y la actuación prácticamente incontrolable de éste, son también fenómenos que propician que los procedimientos concursales se eternicen y que los pocos activos de la quiebra nunca lleguen a los creadores. Es urgente plantear un sistema rígido, controlado efectivamente por el Estado, que permita el adecuado y rápido nombramiento y la fácil sustitución de síndicos que no cumplan, y exigirles responsabilidades derivadas de su negligencia, de su conducta dolosa; como también es urgente que los delitos de bancarrota puedan proseguirse, sin las trabas e impedimentos actuales, lo que también propicia la falta de sanciones en contra de los quebrados culpables y fraudulentos.

Sería de desearse que, a semejanza de soluciones dictadas últimamente en Francia y en Italia, se estableciera un régimen tendiente a financiar a empresas que estén al borde de la insolvencia o que sufran serios problemas por falta de liquidez; porque, por ejemplo, sus propios deudores no cubran a tiempo sus compromisos (lo que es muy frecuente, a pesar de la ironía que ello entraña, cuando el Estado es uno de los deudores principales). Esto tendería a evitar que esas empresas incurran en suspensión de pago o en quiebra. Quizás podría lograrse esto concediendo a los particulares preferencias, en función inversa del tiempo en que otorgan sus préstamos, a la manera que se hacía en el viejo derecho minero, en los avíos, en que el último aviador era el primero que recibía pago; podría también hacerse intervenir a los bancos nacionales, en auxilio de esos deudores en crisis.

Ahora bien, proyectos tras proyectos de una nueva legislación concursal se han formulado, algunos de ellos después de haber circulado y obtenido los comentarios de asociaciones profesionales comerciales e industriales, sin que el Gobierno Federal muestre interés alguno en resolver una situación tan grave.

8° Por último en nuestra larga lista de carencias y de defectos de la legislación mercantil, debe incluirse las leyes bancarias, superadas actualmente por la gravedad de la situación económica prevaleciente. Es notoria la nece-

sidad de dirigir y hasta de intervenir la actividad de la banca, de la privada y de la nacional, para facilitar y abaratar el crédito, y hacerlo concurrir masivamente en la agricultura, la pequeña y la mediana industria, así como en el mercado de valores (renglón en el cual son también de importancia las instituciones de seguros), y en el financiamiento de la gran empresa, sin que prosiga la concentración bancaria de la actividad industrial y comercial, o sea, sin que esos financiamientos se condicionen a la obtención del control de sociedades.

Deben modernizarse y nuevamente estructurarse ciertas operaciones bancarias destinadas al comercio y a la industria, como son los contratos de apertura de crédito, en los llamados créditos documentados, tratándose de las compraventas entre ausentes, y los créditos a la agricultura y a la industria mediante la habilitación y el avío; la regulación adecuada de las garantías bancarias reales, como la hipoteca de empresa, o meramente personales, a través de fianzas o avales; la intervención de los bancos en las asambleas de sociedades, ya sea a través de poderes generales o especiales, de la concesión del derecho de voto a través de la sindicación de acciones o del fideicomiso; y, en fin, la reglamentación de este negocio jurídico al que en la práctica los particulares, el propio Estado y los bancos, acuden para todo: lo lícito y lo ilícito, lo que resulta propio de ese negocio fiduciario y aquello que lo es de otros contratos, como la compraventa, el arrendamiento, la prenda, la hipoteca, la comisión, a los que no se acude para eludir limitaciones y prohibiciones legales, como la retroventa, el pacto comisorio, la usura, el pacto leonino, las prohibiciones de restricciones del voto, etcétera.

El Estado de derecho al que se ha referido ampliamente el doctor Samuel del Villar al principio de esta reunión, exige, no solamente la aplicación correcta del sistema normativo en vigor, sino también el dotar a la comunidad de instrumentos legales adecuados, claros, completos, que satisfagan nuevas necesidades, nuevos requerimientos y la protección de los intereses nacionales.

Jorge BARRERA GRAF