

LA REFORMA DEL DERECHO DE LAS OBLIGACIONES Y DE LOS CONTRATOS MERCANTILES

Arturo DÍAZ BRAVO

SUMARIO: 1. *Mercantilización de los actos mixtos*. 2. *Recodificación de las leyes mercantiles*. 3. *Intereses legales*. 4. *La cláusula rebus sic stantibus*. 5. *Regulación legal de los nuevos contratos*.

1. MERCANTILIZACIÓN DE LOS ACTOS MIXTOS

A diferencia de lo que ocurre en otros países, el derecho privado positivo mexicano no se pronuncia sobre la ley sustantiva aplicable a los llamados actos mixtos. Deficiencia tal, así como sus inconvenientes, han sido puestos de relieve en numerosas ocasiones,¹ y si bien no es este el momento indicado para extenderse en las opiniones vertidas sobre el particular, sí lo es para proponer que en la nueva legislación mercantil se contenga una solución similar a la adoptada por el derecho comparado: los actos mixtos deben regularse por la ley mercantil; así lo propugnaba el proyecto de Código de comercio de 1960 en su artículo 5º, y también un anteproyecto difundido durante el año de 1982, y el mismo tratamiento se le da, como queda dicho, en otras legislaciones.² No encuentro claro, y tampoco sufi-

¹ Barrera Graf, Jorge, *Tratado de derecho mercantil*, México, Editorial Porrúa, S. A., 1957, vol. I, p. 148; Cervantes Ahumada, Raúl, *Derecho mercantil*, cuarta edición, México, Editorial Herrero, S. A., 1982, afirma que generalmente se les aplica la legislación mercantil, y cita como ejemplos el Código español y el antiguo Código italiano, pero no apunta solución en el derecho mexicano; Díaz Bravo, Arturo, *Contratos mercantiles*, México, Harla, S. A. de C. V., 1983, p. 4; Mantilla Molina, Roberto L., *Derecho mercantil*, México, 22ª edición, Editorial Porrúa, S. A., 1982, pp. 73-74; Rodríguez Rodríguez, Joaquín, *Curso de derecho mercantil*, cuarta ed., México, Editorial Porrúa, S. A., 1960, t. I, p. 31; Vázquez Arminio, Fernando, *Derecho mercantil*, México, Editorial Porrúa, S. A., 1977, pp. 89-91.

² Código de comercio colombiano, art. 22; salvadoreño, art. 4; español, art. 2; guatemalteco, art. 5º; hondureño, art. 5º.

cientemente fundado, el reparo³ en el sentido de que el legislador federal carece de facultades para proclamar la aplicación de la ley mercantil a un acto de los hasta ahora considerados como unilateralmente mercantiles; ¿rebasaría sus límites constitucionales cuando estableciera, en una nueva legislación mercantil, que la misma se aplicará a las operaciones celebradas por o con empresarios comerciales?⁴ ¿En dónde encuentra claro fundamento la afirmación de que a un acto mixto debe aplicarse la ley civil o la mercantil según el sujeto de la relación jurídica? Por otra parte, tal bifronte posibilidad configura un evidente desatino, según lo hace notar Rodríguez Rodríguez,⁵ quien de modo un tanto hiperbólico afirma que si los actos de que se tratara debieran "... regirse, según casos y circunstancias, por el derecho civil y por el derecho mercantil, el caos más absoluto imperaría en esta materia...". A su vez, Joaquín Garrigues⁶ lapidariamente califica de *inadmisibile*, entre otros, el criterio de aplicación de una y otra ley, según la naturaleza del acto para una y otra de las partes, así como el consistente en aplicar la ley del demandado en juicio; la doctrina mexicana proclama el primero de tales criterios y el Código de comercio —artículo 1050—, el segundo.

Pero además, el punto está muy lejos de revestir las graves consecuencias prácticas que se le pretenden atribuir, pues, como ya lo ha dicho Vázquez Arminio,⁷ bien pocos son los contratos típicos sujetos a dualidad legislativas, como los de compraventa, préstamo, prenda y tal vez otros que ameritaran su calificación de mixtos; y ello sin contar con el cuestionable carácter mixto de algunos de ellos, como la compraventa y el transporte, que el Código de comercio reputa mercantiles cuando se surtan las características en él previstos (artículos 371 a 387 y 576 a 604) y regula, *con indicación de las obligaciones y derechos para ambas partes*, sin la menor insinuación de que tal carácter mercantil sólo debe entenderse respecto de una de las partes; y entonces cabe preguntarse si es sostenible que dichos contratos, así como los demás previstos y regulados en otras leyes mercan-

³ Mantilla Molina, *op. y loc. cit.*

⁴ Ejemplo éste que descansa en la hipótesis de que el legislador se inclinara por la expedición de un código de comercio inspirado en la moderna y casi unánime tendencia subjetivista empresarial, tema que en este Coloquio corresponde tratar a Jorge Barrera Graf.

⁵ *Op. y loc. cit.*

⁶ *Curso de derecho mercantil*, Madrid, 1955, I, p. 146.

⁷ *Op. y loc. cit.*

tiles, debe considerarse mixtos a pesar de que su bilateral regulación está comprendida en tales leyes.⁸

2. RECODIFICACIÓN DE LAS LEYES MERCANTILES

Es evidente que el desmembramiento que durante medio siglo ha sufrido el Código de comercio es el resultado de la necesidad de actualizar su contenido, ampliarlo en ocasiones y en otras para suprimir anacronismos. Tal proceso derogatorio debe considerarse inevitable, y tal vez conveniente, pues en todos los casos se ha pretendido ajustar el derecho positivo a las nuevas necesidades del comercio, si bien es dable afirmar que ello no siempre se ha conseguido, a veces por lamentables errores de técnica jurídica, y en otros casos por el más imperdonable pecado de legislar sin conocimiento de las prácticas, usos y requerimientos de la actividad mercantil.

Ahora bien, el paulatino desgajamiento del Código de comercio ha conducido, como todos sabemos, a la dispersión legislativa de la materia comercial en numerosas leyes, reglamentos y aun en disposiciones administrativas, en cantidad tal que podría afirmarse, con muy escaso temor de equivocación, que ningún otro país del mundo tiene tan fraccionado su sistema legal mercantil.

Empero, cabe preguntarse si ello es conveniente. Podría aducirse, verbigracia, que el parcelamiento legislativo facilita reformas, supresiones y adiciones sin romper la armonía de un conjunto, que prácticamente no existe; que ciertas manifestaciones de la vida mercantil están, más que otras, sujetas a la necesidad de cambios periódicos en su regulación, por lo que no conviene mantenerlas dentro de un marco necesariamente sometido a mayor rigidez legislativa en cuanto a modificaciones; que una recodificación estaría condenada, por todo ello, a ser objeto de mutilaciones semejantes a las sufridas por el todavía vigente Código de comercio.

Argumentos tales, y probablemente otros más, podrían esgrimirse en apoyo del actual estado de cosas, mas, para decirlo de una vez, no me

⁸ Propugnador de la moderna concepción subjetivista empresarial del derecho mercantil, Bröseta Pont, Manuel (*La empresa, la unificación del derecho de obligaciones y el derecho mercantil*, Madrid, Editorial Tecnos, S. A., 1965, p. 238) se refiere al cuestionamiento vivantino de la justicia de someter a los no comerciantes al derecho mercantil, que es un derecho privilegiado, elaborado por los propios comerciantes, y de modo concluyente replica: a) tal objeción, válida en un momento histórico, en la actualidad no es admisible, por cuanto al derecho mercantil no es ya de formación usual o consuetudinaria, sino de creación estatal; b) el legislador se debe preocupar de proteger a la parte económicamente más débil y de impedir los excesos o abusos de los empresarios.

parecen persuasivos frente a los graves inconvenientes que ofrece la dispersión legislativa:

a) La actividad comercial —profesional o aislada— es jurídicamente una y la misma (aparte el problema de determinar el contenido subjetivo u objetivo del nuevo derecho mercantil), por múltiples y variadas que sean sus manifestaciones; ahora bien, *todas* las actividades comerciales, cualquiera que sea la postura iusmercantilista que se adopte, deben ajustarse a un mismo patrón o teoría general, sin perjuicio de establecer, *en el mismo cuerpo legal*, las excepciones o salvedades que requieran ciertos actos o contratos, en la forma que pondré más adelante.

Como sabemos, muy diverso es el panorama que ofrece la actual dispersión legislativa. Y vaya, a título de ejemplo entre otros muchos que podrían citarse, la regulación de la compraventa: mientras que la puramente civil se rige, como es obvio, por las disposiciones del Código civil, la llamada compraventa mixta ha de ajustarse, por lo que al comerciante vendedor se refiere, según opinión generalizada que antes comenté, al Código de comercio; finalmente, si el vendedor y el comprador son, respectivamente, proveedor y consumidor en los términos de los artículos 2º y 3º de la Ley Federal de Protección al Consumidor, la operación quedará regulada por dicho estatuto legal.

b) No sólo al litigante, sino también al juez, al docente y al investigador produce un verdadero *vértigo jurídico* el sólo pensar en el *maremagnum* legislativo al que deben enfrentarse en sus respectivas tareas, cuando con el derecho mercantil mexicano se relacionan. Sólo una dilatada experiencia —que no al razonar con lógica legislativa— les enseñará que el contrato de prenda mercantil se regula en la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, a pesar de que no es lo uno ni lo otro; que el régimen jurídico del arrendamiento financiero se localiza en la Ley General de Instituciones de Crédito y Organizaciones Auxiliares; que el contrato de transporte marítimo está previsto y regulado en la Ley de Navegación y Comercio Marítimos (artículo 157 a 209), pero también en la Ley de Vías Generales de Comunicación (artículos 66 a 85), así como en el Código de comercio (preceptos no derogados según el artículo 2º transitorio de la Ley de Navegación y Comercio Marítimos); que la compraventa mercantil, como antes se expresó, aunque ciertamente prevista en el Código de comercio (artículos 371 a 387), encuentra su regulación supletoria en el Código civil (artículo 2º del propio Código de Comercio), pero importantes disposiciones de ambos deben considerarse derogadas por la

Ley Federal de Protección al Consumidor (artículos 20 a 37, 46 a 49 y quinto transitorio); que... , en fin, me parece que el muestrario anterior debiera bastar para convencer al más ferviente partidario de la legislación separada, de los graves inconvenientes que ella presenta, y no sólo por su demostrado carácter farragoso.

c) En efecto, al panorama expuesto debe añadirse un inconveniente más, éste producto de una defectuosa técnica legislativa: la incongruencia, que en ciertos casos alcanza proporciones de contradicción, entre preceptos que en diferentes leyes consignan disposiciones sobre la misma institución. He aquí dos ejemplos :

1) El artículo 635 del Código de Comercio prescribe que la base de la moneda mercantil es el peso mexicano, y sobre ella *deben hacerse todas las operaciones de comercio*; por su parte, el artículo 639 precisa que el papel, billetes de banco y títulos de deuda extranjera *no pueden ser objeto de actos mercantiles en la República, sino con el carácter de simples mercancías*; a su vez, el artículo 8º de la Ley Monetaria reitera que la moneda extranjera no tiene curso legal en la República; finalmente, han de tenerse en cuenta el decreto de 1º de septiembre de 1982, así como los que le siguieron y demás disposiciones en materia de control de cambios.

Pues bien, no obstante todo ello, otros preceptos, alguno de ellos del propio Código de Comercio, sancionan la validez de operaciones mercantiles en moneda extranjera: "Consistiendo el préstamo en dinero, pagará el deudor devolviendo una cantidad igual a la recibida conforme a la ley monetaria vigente en la República al tiempo de hacerse el pago, sin que esta prescripción sea renunciable. Si se pacta la especie de moneda, siendo extranjera, en que se ha de hacer el pago, la alteración que experimente en valor será en daño o beneficio del prestador" (artículo 359 del Código de Comercio); a su vez, el artículo 267 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito parece atribuir el concepto de dinero a las divisas o monedas extranjeras, al disponer que "el depósito de una suma determinada de *dinero en moneda nacional o en divisa o monedas extranjeras* transfiere la propiedad al depositario...".

2) El artículo 326-III de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito prescribe que los contratos de crédito refaccionario, así como los de habilitación o avío, "se consignarán *en escrito privado* que se firmará por triplicado, ante dos testigos conocidos y se ratificarán ante el encargado del Registro Público...", lo cual basta para que se inscriban en los registros públicos que corresponda, a pesar de que la garantía hipotecaria

es consustancial a los créditos refaccionarios, por disposición del artículo 324 de la propia ley; en cambio, el artículo 468 del Código de procedimientos civiles para el Distrito Federal exige, como requisito de procedibilidad del juicio hipotecario, que el crédito respectivo *conste en escritura pública*.

3. INTERESES LEGALES

La hoy ridículamente injusta disposición legal en materia de intereses a cargo de los deudores que demoren el pago de sus deudas, que, en defecto de estipulación, el artículo 362 del Código de Comercio fija en el seis por ciento anual, clama por un pronto y considerable incremento, pues a nadie se le oculta que en los últimos años ha venido a erigirse en estímulo al incumplimiento de las obligaciones de naturaleza comercial.

Como se sabe, dicho precepto está colocado en el capítulo I, del título quinto, del referido estatuto legal, en los que se consigna la regulación del préstamo mercantil; ello no obstante, la Suprema Corte de Justicia de la Nación, como es igualmente sabido, tiene sentada jurisprudencia en cuanto a la aplicabilidad de dicha disposición legal a todo tipo de obligaciones comerciales no satisfechas en tiempo.

Independientemente del discutible criterio jurisprudencial, que en otro lugar he tenido oportunidad de rebatir,⁹ la nueva legislación mercantil debe prever, en un capítulo de disposiciones aplicables a todos los contratos comerciales, la tasa penal de interés aplicable, a falta de pacto, al incumplimiento de tales contratos.

En cuanto al porcentaje de los intereses, me parece que buenas razones pueden aducirse en apoyo de que se fije en una tasa igual a la bancaria, actualmente conocida como costo porcentual promedio, que periódicamente determina el Banco de México.

4. LA CLÁUSULA *rebus sic stantibus*

Las circunstancias económicas dentro de las cuales se desenvuelve el moderno mundo de los negocios mueven a considerar la crisis como un mal crónico, y aunque aparentemente la periódica agudización de la crisis afecta a todos, no a todo el mundo lo afecta por igual. Cuando el colapso se presenta en las grandes empresas de forma social, si fortuito, en el peor

⁹ Díaz Bravo, Arturo, *Contratos mercantiles*, cit., pp. 34 y 35.

de los casos conduce a la quiebra, en la que sólo se juega el patrimonio social y, a lo menos en nuestro medio, pocas repercusiones tiene en el patrimonio personal de los socios.

Diverso es el panorama cuando de por medio está directamente el patrimonio de las personas físicas, máxime cuando, deudores no comerciantes, la imposibilidad de hacer frente a sus compromisos pecuniarios les acarrea desastrosos efectos económicos, sociales y aun familiares.

Todo ello hace pensar en la conveniencia de que, con la prudencia y atenuantes debidas, se reexamine la posibilidad de legislar sobre una implícita cláusula de imprevisión.

Sin desconocer los serios inconvenientes y peligros que ofrece la adopción de dicha figura jurídica, no puede por menos que admitirse, como resultado de la experiencia comercial de los recientes años, que la rígida aplicación del principio *pacta sunt servanda* adoptado por nuestro sistema legal ha sido factor de numerosos desastres financieros, no pocas veces acompañados de un inesperado lucro de los acreedores.

De esta suerte, cabe preguntarse si valdría la pena adoptar un esquema legal que, sin prestarse a abusos, permitiera que en los casos que, por circunstancias imprevistas, el cumplimiento de un contrato resultara ruinoso para alguna de las partes con evidente beneficio para la otra, el juez pudiera decretar una quita o aun la rescisión; esta última posibilidad no es desconocida en el derecho mexicano: la proclama el artículo 1771 del Código civil del Estado de Jalisco, y doctrinariamente es propugnada por Jorge Sánchez Cordero, en conferencia dictada hace algunos años, y, en cierto modo, Barrera Graf, quien afirma que "deben acogerse fenómenos como la onerosidad superveniente en casos de devaluación, de carestía, de maniobras de ocultamiento".¹⁰

5. REGULACIÓN LEGAL DE LOS NUEVOS CONTRATOS

La incesante adopción de nuevas formas mercantiles de contratar impone la necesidad de modificar o ampliar los esquemas legislativos, como medio de lograr, según la conocida frase de Joaquín Garrigues, que los nuevos hechos encuentren eco en el nuevo derecho, y de ese modo se facilite la composición de los intereses en juego.

Así, por ejemplo, el volumen de las operaciones que diariamente se realizan mediante tarjetas de crédito amerita su regulación legal, con un con-

¹⁰ "La reforma de la legislación mercantil: cuestiones y problemas más urgentes de ser regulados", *Temas de derecho mercantil*, México, UNAM, 1983, p. 46.

tenido tal vez semejante al de las reglas expedidas respecto de las tarjetas bancarias, pues conviene recordar que algunas tarjetas se emiten por entidades no bancarias.

También han alcanzado gran importancia las operaciones del llamado arrendamiento financiero, hasta ahora sólo previstas en las leyes fiscales y reguladas en la Ley General de Instituciones de Crédito y Organizaciones Auxiliares, así como en algún Código civil; sin desconocer la posibilidad de que este contrato presente perfiles puramente civiles, no cabe duda sobre que en la inmensa mayoría de los casos se celebra con empresas de arrendamiento financiero, de donde se desprende que su regulación adecuada encuentra lugar en la legislación mercantil.

También aparecido durante épocas recientes, e igualmente ayuno de regulación legal y con perfiles todavía insuficientemente claros, el contrato de factoraje parece llamado a tener una amplia difusión como otro más de los contratos de crédito: empero, la experiencia recogida de su cada vez más amplia operación, así como los escasos estudios doctrinales elaborados sobre él,¹¹ permiten disponer de los necesarios elementos para incorporarlo en el nuevo elenco legal.

Aunque no tan difundido como los anteriores, frecuente en cambio dentro de ciertos sectores comerciales, el contrato de consignación, doctrinalmente conocido como estimatorio, merece también ocupar un lugar dentro de la legislación mercantil.

Otro tanto puede decirse del contrato de concesión, prácticamente ignorado por nuestros tratadistas, y en cambio muy explorado por la doctrina extranjera.¹²

Más censurable es que contratos que pueden considerarse de ya viejo cuño, como el de suministro y el de suscripción, de indudable y gran vitalidad, se mantengan ignorados por el legislador.

Reflexión parecida suscitan otros contratos, en este caso de servicios, como el de agencia, el de mediación y el de corretaje que, surgidos dentro del mundo comercial, siguen perteneciendo a él, a despecho de los denodados, si bien frecuentemente demagógicos, esfuerzos por transvasarlos al derecho laboral. El nuevo derecho mercantil debe volver por sus fueros y,

¹¹ Tal vez el mejor y más amplio de los cuales sea, en nuestro medio, el de Bauche Garcíadiego. Mario, *Operaciones bancarias*, tercera edición, México, Editorial Porrúa, S. A., 1978, pp. 291 a 325.

¹² Véase, por todos, Teresa Puente Muñoz, *El Contrato de concesión mercantil*, Madrid, Editorial Montecorvo, S. A., 1976.

sin desconocer los casos en que las relaciones de servicios presenten la auténtica característica de subordinación personal propia del contrato de trabajo, redignificar estas formas jurídicas para regularlas conforme a su original y auténtica naturaleza comercial, en un intento por neutralizar el efecto de las deliberadamente chapuceras redacciones del estatuto laboral.