

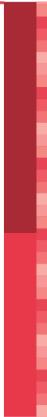
La vigencia del Código de Comercio de 1890

Elvia Arcelia QUINTANA ADRIANO

Coordinadora



Universidad Nacional Autónoma de México
Instituto de Investigaciones Jurídicas



Elvia Arcelia

QUINTANA ADRIANO

Doctora en Derecho por la UNAM. Profesora titular por oposición de Derecho mercantil, Derecho económico e Historia del pensamiento económico en Estudios Profesionales, así como de Derecho mercantil y Derecho financiero en la División de Estudios de Posgrado de la Facultad de Derecho y en la Facultad de Contaduría y Administración de la UNAM. Distinción Catedrática UNAM; reconocimiento Sor Juana Inés de la Cruz 2005; Premio Universidad Nacional en Ciencias Económico Administrativas Docencia 2006; reconocimiento Mérito Jurídico de la Cámara Municipal de Ribeirão Preto, São Paulo, Brasil. Emérita en la UNAM.

Es investigadora titular en el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM y del Sistema Nacional de Investigadores del Conacyt.

Entre sus obras más recientes destacan: *Ciencia del derecho mercantil: teoría, doctrina e instituciones*; *El comercio exterior de México: marco jurídico, estructura y política*; *Concursos mercantiles: doctrina, ley y jurisprudencia*; *Derecho mercantil, evolución histórica, México 1325-2005, e Instituciones mercantiles* (CD interactivo).

LA VIGENCIA DEL CÓDIGO DE COMERCIO DE 1890

INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS
Serie DOCTRINA JURÍDICA, núm. 828

COORDINACIÓN EDITORIAL

Lic. Raúl Márquez Romero
Secretario Técnico

Lic. Wendy Vanesa Rocha Cacho
Jefa del Departamento de Publicaciones

Miguel López Ruiz
Cuidado de la edición

María Teresa de Jesús Baena Sánchez
Apoyo editorial

Javier Mendoza Villegas
Formación en computadora

Carlos Martín Aguilera Ortiz
Elaboración de portada

LA VIGENCIA DEL CÓDIGO DE COMERCIO DE 1890

ELVIA ARCELIA QUINTANA ADRIANO

Coordinadora



UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA DE MÉXICO
INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS
MÉXICO, 2018

Primera edición: 8 de mayo de 2018

DR © 2018. Universidad Nacional Autónoma de México

INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS

Circuito Maestro Mario de la Cueva s/n
Ciudad de la Investigación en Humanidades
Ciudad Universitaria, 04510 Ciudad de México

Impreso y hecho en México

ISBN 978-607-30-0161-8

*Al Instituto de Investigaciones Jurídicas
de la Universidad Nacional Autónoma de México
en su 75 Aniversario*

CONTENIDO

Presentación	XI
Luis María AGUILAR MORALES	
Introducción	XVII
Elvia Arcelia QUINTANA ADRIANO	
Reflexiones sobre la Constitución y el derecho mercantil	XXI
Diego VALADÉS	
La vigencia del Código de Comercio de 1890.....	1
Elvia Arcelia QUINTANA ADRIANO	
La vigencia del Código de Comercio de 1890 y la participación de la Secretaría de Hacienda y Crédito Público en la modernización del marco jurídico-económico mexicano	13
Max Alberto DIENER SALA	
Código de Comercio y medios electrónicos.....	33
Óscar Jorge DURÁN DÍAZ	
Tendencias del proceso mercantil en el siglo XXI. Descodificación, armonización y vocación internacional.....	51
Juan Luis GONZÁLEZ A. CARRANCÁ	
Implicaciones de la Ley General de Transparencia en los fideicomis- sos públicos federales	61
Raúl LEMUS CARRILLO	
Código de Comercio, código de vanguardia. Implementación del co- mercio electrónico, incorporación de los medios electrónicos a la legislación mexicana. Elementos de impulso a otros ordenamientos	75
Patricia LÓPEZ LÓPEZ	

Concurso mercantil: instrumento de conservación empresarial del Estado mexicano	93
Gricelda NIEBLAS ALDANA	
Constitución de la sociedad anónima e integración del capital social .	111
Alberto Fabián MONDRAGÓN PEDRERO	
Responsabilidad penal de la persona jurídica	129
Daniel Francisco CABEZA DE VACA HERNÁNDEZ	
Codificación y descodificación del derecho mercantil mexicano.....	145
Oscar CRUZ BARNEY	
La competencia desleal	177
Jorge MIER Y CONCHA SEGURA	

PRESENTACIÓN

Felicito al Instituto de Investigaciones Jurídicas por organizar este seminario, que tiene por objeto analizar la vigencia del Código de Comercio en su 125 aniversario, y que parte de la premisa de que, en su larga vigencia, dicho ordenamiento ha tenido más de cincuenta reformas, dentro de las cuales están las que han derogado capítulos enteros del Código, y han dado origen a extensas leyes especializadas y a otras complementarias, a la vez que ha incorporado nuevas normas como consecuencia de la adaptación a las necesidades de la economía nacional, sobre todo influida ahora por una globalización que nos afecta a todos: lo que pasa, literalmente, en China, repercute directamente en México.

Entre los principales antecedentes que dieron origen al Código de Comercio, promulgado en septiembre de 1889 —ya nos lo ha explicado con toda claridad el maestro Diego Valadés—, vale la pena recordar, como decía, que por decreto del 15 de diciembre de 1883, fue transferida la materia mercantil a la jurisdicción federal. Y desde esa fecha, el Congreso General tendría la facultad de dictar el Código de Comercio que habría de aplicarse en toda la nación, y al año siguiente, en 1884, los legisladores ejercieron esa facultad.

Poco después, mediante decreto del Congreso de los Estados Unidos Mexicanos del 4 de junio de 1887, publicado cuatro días después en el *Diario Oficial de la Federación*, en su artículo único, autorizó al Ejecutivo Federal a reformar total o parcialmente el Código de Comercio.

Y no sólo lo hizo reformándolo, sino que expidió un nuevo Código de Comercio, con un total de 1,500 artículos, distribuidos en cinco libros, con sus respectivos títulos y capítulos, y que requirieron de un extenso periodo de publicación en el *Diario Oficial*, entre el 7 de octubre y el 13 de diciembre de 1889.

Como se ha dicho, a partir de la disposición contenida en el artículo primero transitorio, este Código comenzó a regir en México el 1º. de enero de 1890. En su momento, este ordenamiento comprendió toda la materia mercantil de la época, como lo habían hecho sus dos precedentes: el Código de Comercio de 1854 y el de 1884, siguiendo la tradición codificadora europea, de ordenamientos exhaustivos y omnicomprendensivos.

Al respecto, como lo mencionaba el maestro Jorge Barrera Graf, el texto fue adoptado en 1889. Más que sus dos anteriores (y más que el Código de Comercio español de 1885), el Código cambió en nuestro país la tradicional y multicentenaria estructura subjetiva de las leyes mercantiles, tradición que había seguido tanto la legislación colonial española como los primeros textos del México independiente, y que todavía se dejó sentir en el código inmediato anterior, el de 1884, para adoptar el modelo objetivo francés del acto de comercio, en lugar del papel protagónico del comerciante matriculado. Y así, desde su primer artículo, el de 1889 dispuso: “las disposiciones de este Código son aplicables sólo a los actos comerciales”.

Fue el propio maestro Barrera Graf, hace veinticinco años, quien dijo:

...el ordenamiento cuyo centenario festejamos merece homenaje no solo y no tanto por sus cien años, lo que resulta un acontecimiento insólito en México, sino también por su contenido. Tanto en su origen como en la actualidad, por su impronta individualista-liberal, el reconocimiento de la autonomía de la voluntad; porque a pesar de sus múltiples recortes, o sea, la derogación de muy importantes materias, conserva las bases generales en que se basó, y por haber reconocido a la analogía como fuente del derecho que regula.

Para comprender el espacio temporal transcurrido desde la entrada en vigor del Código de Comercio de nuestro país, tan sólo permítanme traer a colación algunos indicadores de cómo era México en 1890:

La población total del país era de un poco más de once millones de habitantes. La tasa de analfabetismo era de 82% a nivel nacional.

En el ámbito económico, la deuda externa ascendía a poco más de 52 y medio millones de pesos; aunque para 1890, por cierto, fue pagado el último vencimiento de la deuda con Estados Unidos. El tipo de cambio presentaba una paridad de 1.20 pesos por dólar. La inflación anual en 1889 fue de 8.02%, y al año siguiente, 1890, fue incluso negativa: de -2.51%. Si bien no hay mucha información acerca del crecimiento del producto interno bruto, en 1896 se calcula que fue de 2.4%; en 1897, de 6.8 y en 1898 de 6%, teniéndose, eso sí, una pequeña caída en 1899, y una recuperación hacia el 8.5, entre 1900 y 1901.

Como se reconoció en su momento, el Código de Comercio en vigor desde enero de 1890 comprendió toda la materia mercantil de la época, y apenas un año después, en 1891, don Jacinto Pallares identificaba una tendencia hacia la especialización y la regulación de la materia mercantil a través de leyes particulares.

Dicha dinámica, tal como advierte el doctor Juan Pablo Pampillo, habría de ser confirmada muy pocos años después, apenas en 1905, por Sil-

vestre Moreno Cora, que fue también, por cierto, ministro de la Suprema Corte, cuando se produjo un desgajamiento del Código de Comercio en varias disposiciones especiales, como la Ley de Patentes, en 1890; el Reglamento de Corredores, en 1891; la Ley sobre las Compañías de Seguros, en 1892, y la Ley sobre Almacenes de Depósito, en 1900, entre otras, a las que habría que agregar las del marco posrevolucionario, destacándose en éste la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, de 1932; la Ley General de Sociedades Cooperativas, de 1933; la Ley General de Sociedades Mercantiles, de 1934; la Ley del Contrato de Seguro, de 1935; la de Quiebras y Suspensión de Pagos, de 1943; la de Navegación y Comercio Marítimo, en 1963, y la Ley Federal de Correduría Pública, en 1992.

No debe sorprender, en consecuencia, que de los 1,500 artículos del Código de Comercio vigentes en enero de 1890, más de 850 de ellos sean seguidos hoy en día por la expresión “se deroga”.

Por tanto, ¿qué se encuentra regulado en estos momentos por el Código de Comercio? Puede decirse que algunas generalidades sobre los comerciantes, el comercio y sus actos en general, el registro de comercio, entre otros; a la vez que ha incorporado instituciones jurídicas novedosas en torno al comercio electrónico, la firma electrónica, el arbitraje comercial, el registro único de garantías mobiliarias, procedimiento de ejecución de garantías otorgadas mediante prenda sin transmisión de la posesión, y el fideicomiso de garantía, así como el juicio oral mercantil, que ha formado parte de esta nueva tendencia de transparencia en la impartición de justicia, que ya implica casi a todas las materias.

Por tanto, a diferencia de hace 125 años, resultaría altamente complejo elaborar un solo código de comercio que abarque toda la materia mercantil de nuestro tiempo. Sin contar, como señala el magistrado Miguel Alberto Reyes, con la internacionalización de nuestro derecho, todo lo cual se ha encaminado más bien hacia la uniformidad de normas y criterios en materia mercantil internacional, llevada a cabo por organismos como el Instituto para la Unificación del Derecho Privado (Unidroit) y la Comisión de Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (Uncitral).

Por su parte, la doctora Quintana, que aquí nos acompaña, ha sostenido, con acierto, que el derecho mercantil se nutre y enmarca en la actividad, tanto del comerciante, persona física, como de las empresas mercantiles. Ambos, al desplegar su actividad, están actuando dentro del derecho comercial, o sea, en la producción e intercambio de bienes y servicios.

Y esta es la razón por la que al hablar de derecho mercantil se tiene que considerar desde dos enfoques esenciales: el jurídico y el económico. Desde el primer enfoque encontramos todo el orden jurídico general contenido

en el derecho mercantil, que se aplica a cuatro universos: a los actos de comercio, a las personas que realizan los actos de comercio, a las acciones referentes a cosas, bienes y servicios materia de comercio, y el cuarto, a los procedimientos mercantiles.

Desde el enfoque económico, el derecho mercantil se aplica a los comerciantes, personas físicas o morales, en el desarrollo de la actividad que despliegan con objeto de actuar desde el mundo de producción al mundo de consumo. Así nos lo enseña la maestra Quintana.

A este respecto, es de recordar que si bien bajo ciertas perspectivas económicas, como la de Friedrich von Hayek, filósofo, jurista y economista, la virtud del mercado es que actúa como el mecanismo económico a través del cual agentes dispersos intercambian información sin necesidad de una coordinación explícita, lo cierto es que los individuos que viviendo en sociedad han logrado un desarrollo económico importante, no lo obtuvieron guiados por la mano invisible del mercado. Por el contrario, los individuos han recurrido a un conjunto de instituciones, que justamente les proporcionan las reglas necesarias para guiar cotidianamente su vida material y cultural, así como para brindar seguridad y certidumbre al proceso de intercambio que llamamos comercio.

Sin estas reglas, los individuos quedarían condenados a vivir en un “estado de naturaleza”, diríamos hobbesiano, dominado por la lucha de todos contra todos, y ello frustraría las posibilidades de sostener y obtener los beneficios de la cooperación social y del intercambio económico.

El derecho mercantil, concebido como el conjunto de normas jurídicas que regulan los bienes y servicios, a las personas físicas y morales, las relaciones que deriven de las mismas y los procedimientos administrativos procesales que sirven para resolver las controversias, según nos explica don José Ayala Espino, constituye sin duda la piedra angular, la mano visible de las instituciones jurídicas que brindan, precisamente, seguridad y certidumbre en los intercambios que se dan desde los orígenes mismos de la humanidad.

Muchas de las disposiciones, ya sea de las vigentes o de las que se han generado en las nuevas leyes que sustituyeron a las disposiciones originales del Código, han sido, en efecto, interpretadas, y en algunas ocasiones enriquecidas, por los criterios jurisprudenciales de la Suprema Corte de Justicia de la Nación y de los tribunales que tienen la posibilidad legal y constitucional de emitir criterios obligatorios.

Así se va construyendo el derecho, así se van construyendo los criterios, así se van actualizando las normas y así se va haciendo posible la actualización de normas de hace 125 años.

PRESENTACIÓN

XV

Me parece muy oportuna la realización de este espacio de reflexión académica, del que estoy seguro derivarán muy valiosas conclusiones en torno al “estado del arte” y las perspectivas de nuestro vetusto, pero vigente, Código de Comercio.

Por ello, si me permiten, declararé inaugurado este seminario. De tal modo que hoy, 23 de septiembre de 2015, siendo las siete de la noche con catorce minutos, declaro inaugurado el Seminario “Vigencia del Código de Comercio de 1890” y le auguro, sin duda, un gran éxito.

Muchas gracias.

Luis María AGUILAR MORALES*

23 de septiembre de 2015

* Ministro de la Suprema Corte de Justicia de la Nación y del Consejo de la Judicatura Federal.

INTRODUCCIÓN

Señor ministro presidente de la Suprema Corte de Justicia de la Nación y del Consejo de la Judicatura Federal, Luis María Aguilar Morales, gracias, muchas gracias por haber aceptado presidir, inaugurar y propiciar este evento, en donde se plantearán las ponencias que han sido preparadas en torno al tema que nos reúne sobre “La Vigencia del Código de Comercio de 1890”.

Le agradecemos también, la deferencia brindada al Instituto de Investigaciones Jurídicas en su 75 Aniversario, en cuyo marco de festejos académicos se presenta este Seminario, con la participación de relevantes juristas estudiosos en la materia mercantil de la judicatura federal y de la judicatura local, de la administración pública federal, de organismos autónomos, académicos profesores e investigadores y abogados en el ejercicio de la profesión.

Señor director del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México, Pedro Salazar Ugarte, nuestro reconocimiento a quien con su apertura permitió que el área mercantil participara en la celebración de los 75 años del Instituto, dando impulso académico a una intensa inquietud doctrinaria que ha durado 125 años de vigencia.

Doctor Diego Valadés Ríos, presidente del Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional. Distinguidas personalidades y ponentes; respetables asistentes; amigas y amigos todos.

Es motivo de orgullo hacer un justo reconocimiento a nuestra cultura azteca, que a finales del siglo XV ya contaba con un régimen político económico estable y un comercio local y foráneo claramente organizado y regulado. Esta cultura azteca o *meshicatl*, que se ubicó en el valle de México, desarrolló el imperio más grande de todas las otras culturas que ya existían, como eran la olmeca en la zona costera del golfo; la maya, en lo que ahora es Tabasco, Yucatán, Guatemala y Honduras; la chichimeca, que se ubicaba entre el río Lerma, el lago de Chapala y el actual Durango.

En la época azteca se encuentra el desarrollo de tres clases de comercio: los que vendían artículos baratos y que iban de puerta en puerta; los mercaderes que iban de un mercado a otro dentro del mismo imperio, y el comercio interregional.

La actividad comercial entre los *meshicatl* fue tan importante, que incluso sus comerciantes, mucho antes de la época medieval de Europa, ya habían logrado ser reconocidos como una clase primordial para el desarrollo de las funciones del Estado azteca y ser equiparados en privilegios y prestijios a los mismos nobles.

Los comerciantes ocupaban dentro de las clases sociales de los aztecas el tercer lugar después de la nobleza y los sacerdotes; les seguían los artesanos, los agricultores ordinarios, los *macequallis*, organizados en *calpulli*, y los esclavos provenientes de prisioneros de las guerras. Los principios que regían el comercio eran: *in cualli, in yectli*, “lo que es deseable, lo que es recto”.

Existieron dos clases de tribunales. El procedimiento mercantil integraba a un tribunal supremo, que era presidido por el *tlatoani*, y escogía a un *cihuacatl*, que integraba además, otros tribunales, que eran *tlacxitlan* y el *tecalli*; aparte estaban los tribunales especializados para los guerreros, religiosos, sacerdotes, estudiantes y los asuntos mercantiles.

Para resolver las controversias comerciales existía el tribunal de comercio o *pochtecatlahtocan*, que se integraba, por doce jueces y por varios comisarios o alguaciles (*tianquizpantlayacaque*). Su función era observar que dentro del mercado todas las operaciones fueran hechas de acuerdo con las costumbres y reglas del mismo: *in cualli, in yectli*.

Los conflictos se resolvían por tres magistrados del tribunal supremo, de acuerdo con el turno que les tocaba.

Para continuar, dejo esta parte con Miguel León-Portilla: “En tanto que el mundo azteca alcanzaba la plenitud de su desarrollo, ciertos rumores y presagios empezaron a alterar el ánimo de Motecuhzoma y, a la poste, también la tranquilidad de cuantos vivían en Tenochtitlan”.

Durante el periodo colonial, las estructuras sociales, económicas, políticas y jurídicas de los aztecas fueron radicalmente modificadas, ya que no sólo se les impusieron sus costumbres y leyes, sino también la obligación de los indígenas a pagar un tributo al monarca español. Además, España ejerció un claro monopolio sobre el comercio en la Nueva España.

El antecedente comercial planteado brevemente de nuestro rico periodo azteca motiva para dar un salto histórico. Ciertamente, el Código aprobado en 1889, cuya vigencia inicia en 1890, ha cumplido 125 años de ser el cimiento de las normas que sustentan los principios generales de la ciencia del derecho mercantil, de sus instituciones, que comprenden la figura del comerciante, del acto de comercio, de la actividad comercial, y del procedimiento mercantil, entre otros aspectos.

Su misión ha sido mantener la doctrina jurídica mercantil, unificando las teorías que sustentan a las instituciones y a los principios jurídicos de

la materia, ya que son la columna vertebral, que se ha visto fortalecida a través de las resoluciones, tesis y jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia de la Nación.

Resulta interesante desprender del análisis el conocimiento de cómo los acontecimientos políticos influyeron en los flujos comerciales de México. El comercio es, simultáneamente, un fenómeno jurídico, económico y social. Las instituciones del derecho mercantil viven y se desarrollan con estímulos, exigencias e interferencias iguales, en virtud de un simultáneo intercambio comercial interno e internacional, que tiene como referencia un mercado de consumo.

El Código de Comercio ha sido el invernadero del amplio campo de la ciencia del derecho mercantil. Esta es la razón que fundamenta lo que hemos dado en llamar descodificación, el momento en el que se han derruido capítulos completos, dejando en el Código principios fundamentales que siguen rigiendo a las leyes que se desprenden para cubrir y normar el amplio espectro de la modernidad de cada etapa del desarrollo financiero, bancario, bursátil, comercial, de servicios, empresarial, naviero, aéreo, espacial, petrolero, por mencionar algunos campos.

Sin embargo, esos capítulos vacíos del Código, nuevamente han sido utilizados con normas que regulan en lo general otras figuras comerciales, como el comercio electrónico, la firma electrónica, el mensaje de datos; el Registro Único de Garantías Mobiliarias; el arbitraje comercial; el juicio oral mercantil; la prenda sin transmisión de posesión y el fideicomiso de garantía.

Hay que resaltar que la vigencia de este Código de Comercio, que inicia en 1890, ha transitado con éxito, gran parte del siglo XIX, y se ha enriquecido además un siglo completo (me refiero al siglo XX, y parte hasta ahora, del siglo XXI).

Este Código vivió y se actualizó con las experiencias de dos Constituciones mexicanas, una revolución, dos guerras mundiales, y está transitando una nueva era: la era jurídico-digital.

Tomando en cuenta todo lo anterior, someto a la consideración del honorable presídium y de la honorable concurrencia a este seminario “Vigencia del Código de Comercio de 1890”, este libro, cuyas normas que iniciaron su vigencia en aquel año, y que continúan vigentes hasta nuestros días, no obstante sus 56 reformas, siguen regulando aspectos ya mencionados, como el comercio y la firma electrónicos, arbitraje comercial, Registro Único de Garantías Mobiliarias, juicio oral mercantil y el sistema electrónico de publicidad de las sociedades mercantiles, entre otras.

Del planteamiento y las reflexiones anteriores se puede concluir que el Código de Comercio se ha ganado ya el título y debe promoverse que se le denomine “Código de Comercio de los Estados Unidos Mexicanos”.

Elvia Arcelia QUINTANA ADRIANO

REFLEXIONES SOBRE LA CONSTITUCIÓN Y EL DERECHO MERCANTIL

*A Arcelia Quintana,
cuyo fecundo y admirable trabajo académico
enriquece a la ciencia jurídica mexicana*

Desde sus orígenes, el constitucionalismo ha tenido una eminente relación con las normas que rigen el comercio. Principios como el de libertad y el de seguridad jurídica guardan un estrecho vínculo con el derecho contractual, base de las transacciones mercantiles.

La Ley de las Doce Tablas es considerada por muchos autores como la primera Constitución. Elaborada en el año 450 a. e. c., por siglos fue objeto de estudio y aplicación en la república romana. Cicerón, por ejemplo, refería que todavía en su tiempo los niños tenían que memorizar el texto.¹ La tabla tercera estaba destinada a regular las relaciones entre deudores, como muchos siglos después lo hizo la Carta Magna británica de 1215 en sus artículos 9o., 10 y 11.

En cuanto al constitucionalismo moderno, en 1787 los constituyentes de Filadelfia facultaron al Congreso para “...regular el comercio con las naciones extranjeras y entre los diferentes estados y con las tribus de indios” (artículo I, sección 8, & 3o.). El antecedente local de este precepto figura en los artículos 41 y 44 de la Constitución de Carolina, de 1669.

Algo semejante sucedió con el constitucionalismo francés. En los cuadernos de quejas, *Cahier de doléances*, formulados con motivo de la convocatoria a los Estados Generales en 1789, y que contenían las instrucciones que los representados dictaban a los representantes, ya se expresaba la necesidad de reglas públicas aplicables a la actividad de comercio. Con ese antecedente, la Constitución de 1791 incorporó diversas disposiciones alusivas al comercio, asimilando la libre circulación de personas con la de bienes y objetos de comercio (capítulo V, artículo 26).

¹ Cicerón, *Sobre las leyes*, libro II, 23, (59): “...ya sabéis lo que sigue, puesto que desde niños aprendíamos las XII Tablas de memoria...”.

La tradición hispanoamericana inicia con la Constitución española de 1812, cuyo artículo 258 señalaba la uniformidad para todo el reino de los códigos Civil, Criminal y de Comercio, “...sin perjuicio de las variaciones que por particulares circunstancias podrán hacer las Cortes”. Más adelante (artículo 321), se asignaba a los ayuntamientos la facultad de promover el comercio, junto a la agricultura y la industria, y a las diputaciones (artículo 335), la de fomentar asimismo esas tres actividades. Empero, la norma mexicana fue más avanzada que la española, pues la Constitución de Apatzingán consagró la libertad de comercio (artículo 28), sin perjuicio de asegurar “la subsistencia pública”, un compromiso que tardaría mucho para reaparecer en el constitucionalismo social.

En el desarrollo constitucional mexicano, los problemas del federalismo estuvieron vinculados con la cuestión del comercio. Por eso, la Constitución de 1824 incluyó un precepto en el sentido de que correspondía al Congreso “Arreglar el comercio con las naciones extranjeras, y entre los diferentes estados de la Federación y tribus de los indios” (artículo 50-XI), tomado de manera casi textual del que aparece en la Constitución estadounidense y en la de Carolina, antes citadas. Las normas mexicana y norteamericana reservaban para la autoridad legislativa federal sólo la facultad de “arreglar” el comercio entre los estados, de lo que se infería que la regulación interna en cada estado era una atribución local. Esa aplicación literal en México del dispositivo de Filadelfia ocasionó múltiples dificultades en cuanto a la estructura fiscal de México, y auspició el fortalecimiento de poderes caciquiles, que imponían su voluntad en las relaciones civiles y comerciales, en la criminalización de las conductas disidentes y en el ejercicio de la política local.

Ese poder alcanzó tal dimensión, que incluso cuando el sistema federal fue sustituido por el central de 1836 no resultó posible derogar las atribuciones de los grupos de poder locales. En materia de comercio se reservó a las juntas departamentales la iniciativa de leyes en materia de impuestos, de industria y de comercio (ley tercera, artículo 26-III, y ley sexta, artículo 14-I), que facultaban al Congreso para elaborar las “reglas generales” acerca de la “formación de los aranceles de comercio” (ley tercera, artículo 44-X). Este precepto fue reproducido por el artículo 66-XII de las Bases Orgánicas de 1843, que también transcribió en el artículo 187 el ya citado precepto 258 de la norma gaditana, sustituyendo sólo la palabra *Cortes* por *Congreso*.

Los constituyentes de 1856-1857 advirtieron el impacto político, además del económico, que tenía la regulación del comercio. Con ese motivo, imprimieron un giro en cuanto a lo que se venía observando desde la independencia. Por esta razón, el artículo 72-IX facultó al Congreso “Para expedir aranceles sobre el comercio extranjero, y para impedir, por medio

de bases generales, que en el comercio de Estado a Estado se establezcan restricciones onerosas”. A diferencia de lo establecido en la Constitución Federal de 1824, en lugar de la fórmula “arreglar el comercio entre los diferentes estados”, se optó por “impedir” que en el comercio interestatal existieran “restricciones onerosas”.

Acorde con esta disposición, la fracción inmediata, artículo 72-X, se refirió a la facultad congresual de “establecer las bases generales de la legislación mercantil”, y una reforma de 1883 fue más enfática aún, al determinar que el Congreso, para entonces ya integrado también por el Senado, debía expedir “códigos obligatorios en toda la República, de minería y comercio, comprendiendo en este último las instituciones bancarias”. Este precepto fue la base para los códigos de comercio de 1884 y 1890, la Ley Minera de 1885 y la Ley General de Instituciones de Crédito de 1897.

Con independencia de las severas restricciones a las libertades políticas y civiles, el régimen porfiriano adoptó medidas encaminadas al desarrollo económico. En cierta manera la necesidad de organizar la actividad económica, basada en el comercio y en la minería, explica la concentración del poder presidencial para vencer los obstáculos representados por el caciquismo tradicional, oculto tras los pliegues de un federalismo ficticio.

Ante la resistencia que dificultaba el libre tránsito de mercancías en el país, la Constitución dispuso (artículo 124) que “Para el día 1o. de junio de 1858 quedarán abolidas las alcabalas y las aduanas interiores en toda la República”. Aquí hubo un error de técnica, pues el precepto debió contener sólo la abolición de esas alcabalas y aduanas, y correspondía a un transitorio fijar la correspondiente fecha de aplicación. En noviembre de 1857, la legislatura de Sinaloa presentó una iniciativa que proponía la derogación del artículo 124.² Llegada la fecha señalada por la norma suprema, la situación no había variado. Una conjugación de intereses caciques y cléricales, más la Guerra de Tres Años (1857-1860), se había interpuesto para impedir la aplicación de la Constitución. El artículo 124 tuvo que ser modificado en 1861 para ampliar el plazo al 1o. de enero de 1862; pero ese mes las fuerzas militares de España, Francia e Inglaterra invadieron el territorio nacional, y de nueva cuenta el Estado careció de los instrumentos que permitieran hacer cumplir lo preceptuado en materia de comercio. En diciembre de 1877, la legislatura de Querétaro entregó una iniciativa en el mismo sentido que lo había hecho la de Sinaloa, a lo que otros legisladores respondieron con la proposición de una breve ley, que decía:

² Torre, Juan de la, *Guía para el estudio del derecho constitucional mexicano*, México, Tip. de J. V. Villada, 1886, p. 208.

Art. 1o. A los diez y ocho meses de publicada esta ley quedarán abolidas las alcabalas y suprimidas las aduanas interiores en toda la República.

Art. 2o. La infracción del artículo anterior es caso de grave responsabilidad, que se hará efectiva en los que la autoricen, toleren o de otro modo contribuyan a consumarla.

Era evidente la inconstitucionalidad de semejante ley, pues alteraba lo dispuesto en el artículo 124. A la postre ninguna de esas iniciativas prosperó. El Estado mexicano tuvo otras prioridades, y el asunto no volvió a plantearse sino hasta 1880, cuando se propuso sin éxito ampliar el plazo constitucional a julio de 1886; en cambio, en 1882 fue extendido una vez más el plazo, en esta ocasión a diciembre de 1884.

Entre tanto, a fines de 1882 el gobierno de Veracruz propuso a los demás estados la celebración de un congreso de economistas con representantes de todas las entidades federativas, para abordar entre otros temas el de la libertad de circulación de mercancías.³ Ese congreso se llevó a cabo en octubre de 1883, y entregó un proyecto al gobierno de Manuel González, que éste hizo suyo en diciembre de 1883, cuando era secretario de Hacienda Jesús Fuentes y Muñiz. Fue enviado al Congreso con este contenido:

El artículo 124 de la Constitución queda reformado en los siguientes términos:

1o. Los Estados no podrán imponer ningún derecho por el simple tránsito de mercancías en la circulación interior. Sólo el Gobierno de la Unión podrá decretar derechos de tránsito; pero únicamente respecto de efectos extranjeros que atravesen el país por líneas internacionales o interoceánicas, sin estar en el territorio nacional más tiempo que el necesario para la travesía y salida al extranjero.

2o. No prohibirán directa ni indirectamente la entrada a su territorio, ni la salida de él de ninguna mercancía, a no ser por motivos de policía; ni gravarán los artículos de producción nacional por su salida para el extranjero o para otro Estado.

3o. Las exenciones de derechos que concedan serán generales, no pudiendo decretarlas a favor de los productos de determinada procedencia.

4o. La cuota del impuesto para determinada mercancía será una misma, sea cual fuere su procedencia, sin que pueda asignársele mayor gravamen que el que reportan los frutos similares de la entidad política en que se decrete el impuesto.

5o. La mercancía nacional no podrá ser sometida a determinada ruta ni a inspección o registro en los caminos, ni exigirse documento fiscal alguno para

³ *Ibidem*, p. 210.

su circulación interior, pero los Estados, sin contravenir estas reglas, tendrán facultad para dictar las disposiciones que estimen convenientes, con objeto de evitar que se defraude el impuesto en el lugar en que deba causarse.

60. No gravarán la mercancía extranjera con mayor cuota que aquella cuyo cobro les haya sido consentido por ley federal.

La propuesta fue ignorada en un principio, y en su lugar se adoptó otra reforma en 1884, ahora para difirir la medida hasta 1886. Por fin, en noviembre de este año, ya habiendo regresado al poder el presidente Porfirio Díaz y siendo secretario de Hacienda Manuel Dublán (un prominente abogado liberal), se cambió la rutina de las posposiciones y se procesó la reforma propuesta tres años antes. Sólo el párrafo quinto tuvo una modificación, al suprimirse sus últimas líneas (“pero los Estados, sin contravenir estas reglas, tendrán facultad para dictar las disposiciones que estimen convenientes, con objeto de evitar que se defraude el impuesto en el lugar en que deba causarse”), que inducían a confusión.

Por enésima ocasión se fracasó, porque tampoco este complejo mecanismo funcionó. En 1891 se celebró una segunda Conferencia de Economistas, donde fue propuesta una reforma más al artículo 124, y por fin en 1895 el secretario de Hacienda, José Y. Limantour, encontró la fórmula que fue introducida a la Constitución liberal, y que subsiste hasta la fecha en el primer párrafo, único durante varias décadas, del actual artículo 131. Entretanto fue publicado el Código de Comercio en 1890, que en el artículo 588 introdujo el principio de libre tránsito de mercancías.

Es evidente que en la construcción del ordenamiento comercial tuvo gran importancia el desarrollo de los medios de transporte. Mientras los gobernadores controlaron el tránsito por los caminos, fueron mayores sus posibilidades de obstaculizar las disposiciones constitucionales en materia de tránsito de las mercancías. Debe tenerse en cuenta que al entrar en vigor el Código de Comercio en 1890 el sistema ferroviario contaba casi diez mil kilómetros de extensión, en tanto que catorce años antes, en 1876, apenas se acercaba a los setecientos, y al promulgarse la Constitución en 1857 no rebasaba los cincuenta.

Las normas funcionan en un contexto político, cultural y económico, y las disposiciones mercantiles son en especial sensibles a esos tres factores, sobre los que a su vez ejercen una clara influencia. En la actualidad, uno de los grandes debates ideológicos consiste en la preeminencia de las leyes del Estado o de las leyes del mercado. Esta disyuntiva se plantea desde la aparente igualdad de ambos sistemas normativos, porque cuando se alude a las leyes del mercado se tiene como referencia la idea de que el mercado se au-

torregula, y por ende prescinde de las normas formales. Se trata de una tesis contradictoria, en tanto que preconiza un Estado mínimo, al que por una parte se le limitan sus facultades y sus instrumentos coercitivos, y por otra se le exige que haga cumplir el ordenamiento.

En México, el viejo Código de Comercio, con todo y haber sido vaciado en su mayor parte para construir otros instrumentos jurídicos, sigue siendo un ejemplo de la buena factura técnica de nuestros juristas del siglo XIX, y una muestra del México moderno a la que esa norma contribuyó. Esto explica el interés por su estudio y el que una jurista ejemplar como Arcelia Quintana haya convocado un seminario con la participación de brillantes especialistas.

Cuando mi querida y admirada amiga Arcelia Quintana me invitó a participar en ese significativo seminario sobre la vigencia del Código de Comercio de 1890, me solicitó que hiciera algunas reflexiones desde el punto de vista constitucional. Acepté hacerlo, sobre todo como un homenaje a una eminente jurista que con sus trabajos de investigación ha dado una dimensión eminente a la ciencia del derecho mercantil. Ese esfuerzo le ha significado ser una autoridad en la materia, con amplio reconocimiento dentro y fuera del país. Los ensayos contenidos en este volumen son una contribución más de la maestra emérita de la Universidad Nacional Autónoma de México. En lo personal, le agradezco la generosa hospitalidad que me permite estar presente con estas breves reflexiones constitucionales.

Diego VALADÉS*
Ciudad Universitaria, noviembre de 2016

* Doctor *Honoris Causa* por las universidades de Córdoba, Argentina; Veracruzana, de México, e Inca Garcilaso de la Vega, de Perú. Es investigador del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México y del Sistema Nacional de Investigadores.

LA VIGENCIA DEL CÓDIGO DE COMERCIO DE 1890

Elvia Arcelia QUINTANA ADRIANO*

SUMARIO: I. *Introducción.* II. *Evolución de la legislación mercantil.*
III. *Códigos de comercio en México.* IV. *Tratados internacionales.* V. *Marcos jurídico constitucional en materia de tratados.* VI. *Consideraciones finales.*
VII. *Bibliografía.*

I. INTRODUCCIÓN

1. Al conmemorarse los 125 años de vigencia del Código de Comercio de 1890, es propicia y representa una gran oportunidad de adentrarse a los diversos aspectos que han influido en su contenido a lo largo de su existencia. Asimismo, proporciona la oportunidad de realizar el análisis de todas aquellas circunstancias que han impactado en el contenido de este cuerpo normativo a través de la historia político-económico-social de México.

2. El análisis de dicha trayectoria inicia a partir de las ideas que originaron su creación, ya que en los años posteriores al de haberse publicado el primer Código de 1854 surge el de 1884, en el que se recogen importantes principios del anterior. También este segundo código da origen a múltiples críticas, y aparecen diversas opiniones y observaciones en torno a su contenido y aplicación, como fueron los principios monopólicos en materia de instituciones bancarias, las disposiciones en materia de sociedades y los desastrosos efectos producidos en la práctica de admitir la hipoteca de las negociaciones mercantiles. Esta situación orilló a que surgiera la idea de modificar, e incluso crear un nuevo Código de Comercio.

* Doctora en derecho por la UNAM. Investigadora en el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México. Profesora de la Facultad de Contaduría y Administración de la UNAM. Miembro del Sistema Nacional de Investigadores, nivel III (Conacyt). Presidenta de la International Academy of Commercial and Consumer Law, 2017.

II. EVOLUCIÓN DE LA LEGISLACIÓN MERCANTIL

3. La evolución de la legislación mercantil, que enmarca a las instituciones comerciales, muestra que en sí, éstas no han cambiado. Es decir, la interrelación entre los cuatro universos en los que se ha centrado el método de estudio de la ciencia del derecho mercantil: sujetos, actos de comercio, objetos del acto de comercio y los procedimientos judiciales, administrativos, y a últimas fechas dentro de este último, el arbitraje comercial, han sobrevivido a través de tres grandes periodos, en que también se ha sistematizado el método de estudio dentro de las épocas: antigua, moderna y la contemporánea.

4. Durante estas etapas se ha observado que la existencia del comercio y la actividad que se deriva de éste, desde la época antigua con los aztecas, pasando por el periodo colonial, hasta el periodo independiente, que concluye en 1869, para iniciar ya durante la República restaurada, en la época moderna, que abarca de 1870 a 1876; para llegar a la primera etapa del porfiriato en 1877 a 1880, pasando por el periodo de Manuel González, para iniciar nuevamente el porfiriato de 1884 a 1911, no ha cambiado. La manera de comprar, distribuir y vender es la misma, sólo que como se ha afirmado y demostrado en otras investigaciones, éstas exclusivamente se han visto matizadas en la misma medida en que han evolucionado las civilizaciones y la tecnología se ha perfeccionado.

5. La legislación mercantil codificada en México se inició a partir del periodo independiente, época de la primera Constitución Federal de los Estados Unidos Mexicanos de 1824, la primera que estableció el régimen federal, la que sentó las bases de la República, la que al referirse a la materia mercantil, en su artículo 50, dentro de sus treinta y un fracciones, sólo se refiere en tres, a las facultades exclusivas del Congreso para regular la materia de comercio con las naciones extranjeras, con los diferentes estados de la Federación, crear leyes uniformes en todos los estados en materia de bancarrota, entre otros detalles contemplados en las fracciones XI, XV y XXVII, que ya han sido motivo de análisis en otras investigaciones.

6. Al consumarse la Independencia de México, la actividad mercantil quedó a la deriva, pues no había reglamentación alguna, por lo que continuaron aplicándose las ordenanzas establecidas por los consulados, que desaparecen con el Decreto que en octubre de 1824 los abolió. En este mismo decreto se establece que los pleitos sobre negocios mercantiles “se arreglarían por los alcaldes o jueces de letras en sus respectivos casos y de acuerdo con las leyes vigentes en la materia”.¹

¹ Para ampliar sobre el tema de tribunales mercantiles, véase Quintana Adriano, Elvia Arcelia, *Legislación mercantil. Evolución histórica. México 1325-2005*, México, Porrúa, 2005.

7. Es relevante dejar asentado que siendo presidente Antonio López de Santa Anna, el 15 de noviembre de 1841 se dicta el decreto de organización de las Juntas de Fomento y Tribunales Mercantiles, a las que se les atribuyó la facultad de administrar justicia en los negocios mercantiles.

8. En esa misma época, en el contexto planteado, se hace más palpable la necesidad de contar con un ordenamiento comercial uniforme, cuando los usos y costumbres, prácticas comerciales, van requiriendo ser normadas *i. e.* Ley sobre Derechos de Propiedad de los Inventores o Perfeccionadores de algún Ramo de la Industria (1832); dos reglamentos de Corredores y Aranceles para la Plaza de México (1834 y 1842), y Ley sobre Bancarrota (1853), entre otras.

9. En medio de este panorama jurídico, tan inestable y endeble, surge en 1854 el primer Código de Comercio, de efímera existencia, ya que fue abrogado en 1856, con lo que se cerró el periodo independiente con la Constitución Federal de los Estados Unidos Mexicanos de 1857; así, en estas condiciones entro a la época moderna.

10. En el periodo de la República restaurada (1870-1876), y en la primera etapa de Porfirio Díaz (1877-1880), no hubo actividades de carácter mercantil. Es con Manuel González (1880-1884), que surge el segundo Código de Comercio en ese su último año, conocido como Código de Comercio de 1884.

11. También este Código de 1884 tuvo muy corta vigencia, ya que en el segundo periodo del porfiriato, cuando con la autorización por decreto de 1887 se promulga un nuevo Código de Comercio de 1889, cuya vigencia inició el 10. de enero de 1890, vigente hasta nuestros días.

12. La Ley General de Sociedades Anónimas, que nace en 1888, surge ante la premura de regular esta materia, por el contexto económico-comercial que se estaba dando en beneficio de la economía mexicana, ya que la comisión compuesta de tres vocales y un secretario aún no concluía los puntos claves del nuevo proyecto de Código. Sin embargo, esta Ley se incorpora nuevamente en el Código de 1889, o 1890, como se le conoce indistintamente.

13. En principio, este nuevo Código tampoco satisfizo las necesidades acordes con los nuevos tiempos comerciales. Esto se debe a que, como lo ha venido afirmando la autora de este trabajo, la actividad comercial y los bienes y servicios objeto del comercio son dinámicos, acordes con las necesidades de satisfacer los grandes mercados de consumidores de este mundo, en donde han desaparecido las barreras geográficas, ante el movimiento avasallador del comercio, con sus nuevos aspectos e impulsos de la actividad y creatividad de los comerciantes, en este nuevo andar de la globalización, en donde las distancias se han hecho cortas y los mercados se han tornado muy grandes.

14. Ante el panorama actual del comercio, se hace necesario regresar a la historia político-económico jurídica de México.

Con el tiempo se observa que el crecimiento de la Comercialización hace imposible mantener en un solo Ordenamiento toda la materia mercantil. El surgimiento de nuevas figuras como las sociedades, empresas capitalistas, propiedad industrial (*sic*) comercio electrónico entre otras, reafirman estas ideas.

Inicia entonces un proceso de descodificación, es decir, las desincorpora de diversas materias del texto original del ordenamiento que las reguló por primera vez, creando así nuevas leyes más especializadas.

La descodificación es además un fenómeno jurídico legislativo surgido a principios del siglo XX, motivada principalmente por la propagación de leyes especiales difundidas de país en país para regular en muchas ocasiones las condiciones emergentes ocasionadas por la Primera Guerra Mundial y así dar una mejor claridad a los grandes códigos.

El proceso de descodificación en México fue parte del resultado de la evolución de las empresas modernas, las cuales demandaban la existencia de leyes más especializadas que regularan, tanto el comercio como las industrias y los servicios así como la necesidad de establecer criterios uniformes en cuanto a los títulos de crédito y operaciones comerciales que permitieran una movilidad económica rápida y eficaz, relacionada principalmente con el comercio interno y exterior del país.²

15. Leyes particulares que se descodificaron *i. e.* sólo por ser relevantes en el ámbito comercial y financiero:

- Ley General de Instituciones de Crédito de 1897.
- Ley que establece el Régimen Monetario de los Estados Unidos Mexicanos en 1905 y
- Ley de Cámaras Nacionales de Comercio de 1908, instituciones jurídicas que enmarcan el impulso de la actividad comercial, reflejo del comercio de la época.
- Ley General de Sociedades Mercantiles de 1934.

16. Resumiendo: las normas que originalmente se contemplaron en el Código de Comercio vigente ahora son leyes federales que regulan los grandes y principales campos de la economía, como son las materias corporativa, concursal, cambiaria, financiera, bancaria, bursátil, monetaria, comercio exterior, contratos, seguros, marítimo, protección al consumidor.

² *Ibidem*, p. 838.

17. Las leyes que se han ido descodificando del Código vigente de 1890, convirtiéndose en leyes particulares o especiales, han sido complementarias o en ocasiones derogatorias del propio código. Los espacios dejados por estas leyes han sido utilizados por otras disposiciones, que los complementan; por ejemplo, comercio electrónico, firma electrónica, arbitraje comercial, juicio ejecutivo mercantil oral. Asimismo, todas aquellas leyes que giran y se desenvuelven en torno a las diversas instituciones y órganos en los que se desarrolla y articula el nuevo derecho de la ciencia del derecho mercantil o comercial.

III. CÓDIGOS DE COMERCIO EN MÉXICO

Código de Comercio de 1854 <i>Entró en vigor el 27 de mayo de 1854</i>	Código de Comercio de 1884 <i>Promulgado 20 de abril de 1884</i>	Código de el Comercio de 1890 <i>Inicia vigencia el 1o. de enero de 1890</i>
— Presidente Antonio López de Santa Anna — Se integró por 1091 artículos distribuidos en cinco libros Libro primero. De los comerciantes y agentes de comercio	— Presidente Manuel González — Se integró por 1619 artículos distribuidos en seis libros Libro primero. De las personas del comercio	— Presidente Porfirio Díaz Mori — Se integró por 1,500 artículos distribuidos en cinco libros Libro primero. Título preliminar, título I. De los comerciantes. Título II. De las obligaciones todos los que á (<i>sic</i>) todos los que profesan el comercio Título III. De los corredores
Libro segundo. Del comercio terrestre	Libro segundo. De las operaciones de comercio	Libro segundo. Del comercio en general
Libro tercero. Del comercio marítimo	Libro tercero. Del comercio marítimo	Libro tercero. Del comercio marítimo (derogado)
Libro cuarto. De las quiebras	Libro cuarto. De la propiedad mercantil	Libro cuarto. De las quiebras
Libro quinto. De la administración de justicia en los negocios de comercio	Libro quinto. De las quiebras	Libro quinto. De los juicios mercantiles
Prevenciones generales	Libro sexto. De los juicios mercantiles Disposiciones transitorias	Artículos transitorios A la fecha 1,500 artículos. 56 Reformas

A continuación se presenta la estructura del Código de Comercio de 1889, al que corresponden las reformas que se han dado hasta el 28 de marzo de 2018.

CÓDIGO DE COMERCIO DE 1889

Promulgado 16 de septiembre de 1889. Inicia vigencia
el 1o. de enero de 1890

LIBRO PRIMERO. Título Primero. De los Comerciantes. Título Segundo. De las Obligaciones Comunes a todos los que Profesan el Comercio. Capítulo I. Del Anuncio de la Calidad Mercantil. Capítulo II. Del registro de comercio. Sección Única Del Registro Único de Garantías Mobiliarias. Capítulo III. De la Contabilidad Mercantil. Capítulo IV. De la Correspondencia. Título Tercero De los Corredores.

LIBRO SEGUNDO. Del Comercio en General. Título Primero de los Actos de Comercio y de los Contratos Mercantiles en General. Capítulo I. De los Actos de Comercio. Capítulo II. De los Contratos Mercantiles en General.

Título Segundo. De Comercio Electrónico. Capítulo I. De los Mensajes de Datos. Capítulo I. BIS De la Digitalización. Capítulo II. De las Firmas. Capítulo III. De los Prestadores de Servicios de Certificación. Capítulo IV. Reconocimiento de Certificados y Firmas Electrónicas Extranjeros. Capítulo V. De la Sociedad Anónima (derogado). Capítulo VI. De las Sociedades en Comandita por Acciones (derogado). Capítulo VII. De las Sociedades Cooperativas (derogado). Capítulo VIII. De la Fusión de Sociedades (derogado). Capítulo IX. De las Sociedades Extranjeras (derogado). Capítulos X. De las Asociaciones (derogado). Capítulo XI. Disposiciones Penales (derogado).

Título Tercero. De la Comisión Mercantil. Capítulo I. De los Comisionistas. Capítulo II. De los Factores y Dependientes.

Título Cuarto. Del Depósito Mercantil. Capítulo I. Del Depósito Mercantil en General. Capítulo II. De los Almacenes Generales de Depósito (derogado).

Título Quinto. Del Préstamo Mercantil. Capítulo I. Del Préstamo Mercantil en General. De los Préstamos con Garantía o Título de Valores Públicos.

Título Sexto. De la Compraventa y Permuta Mercantiles, de la Cesión de Créditos Comerciales y de la Consignación Mercantil. Capítulo I. De la Compraventa. Capítulo II. De las Permutas Mercantiles. Capítulo III. De las Cesiones de Créditos no Endosables. De la Consignación Mercantil.

Título Séptimo. De los Contratos de Seguros (derogado).

Título Octavo. Del Contrato y Letras de Cambio (derogado).

Título Noveno. De las Libranzas, Vales, Pagarés, Cheques y Carta de Crédito. (derogado)

Título Décimo. De los Transportes por Vías Terrestres o Fluviales. Capítulo I. Del Contrato de Transporte Terrestre.

Título Décimo Primero. De la Prenda Mercantil (derogado).

Título Duodécimo. De los Efectos al Portador y de la Falsedad, Robo, Hurto o Extravío de los Mismos (derogado).

Título Décimo Tercero. De la Moneda.

Título Décimo Cuarto. De las Instituciones de Crédito (derogado).

LIBRO TERCERO. Del Comercio Marítimo (derogado).

LIBRO CUARTO. Título Primero. De las Quiebras (derogado). Título Segundo. De las Prescripciones.

LIBRO QUINTO. De los Juicios Mercantiles.

Título Primero. Disposiciones Generales. Capítulo I. Del Procedimiento Especial Mercantil. Capítulo II. De la Capacidad y Personalidad. Capítulo III. De las Formalidades Judiciales. Capítulo IV. De las Notificaciones. Capítulo V. De los Términos Judiciales. Capítulo VI. (Se deroga su denominación) Capítulo VII. De las Costas. VIII. De las Competencias y Excepciones Procesales. IX. De los Impedimentos, Recusaciones y Excusas. Capítulo X. Medios Preparatorios del Juicio. Capítulo XI. De las Providencias Precautorias. Capítulo XII. Reglas Generales sobre la Prueba. Capítulo XIII. De la Confesión. Capítulo XIV. De los Instrumentos y Documentos. Capítulo XV. De la Prueba Pericial. Capítulo XVI. Del Reconocimiento o Inspección Judicial. Capítulo XVII. De la Prueba Testimonial. Capítulo XVIII. De la Fama Pública. Capítulo XIX. De las Presunciones. Capítulo XX. Del Valor de las Pruebas. Capítulo XXI. De las Tachas. Capítulo XXII. De las Sentencias. Capítulo XXIII. De la Aclaración de Sentencia. Capítulo XXIV. De la Revocación y Reposición. Capítulo XXV. De la Apelación. Capítulo XXVI. Del Trámite de la Apelación. Capítulo XXVII. De la Ejecución de las Sentencias. Capítulo XXVIII. De los Incidentes. De la Acumulación de Autos. Capítulo XXX. De las Tercerías.

Título Segundo. De los Juicios Ordinarios.

Título Especial. Del Juicio Oral Mercantil. Capítulo I. Disposiciones Generales. Capítulo II. Del Procedimientos Oral. SECCIÓN PRIMERA Fijación de la Litis. SECCIÓN SEGUNDA De las Audiencias. SECCIÓN TERCERA. De la Audiencia Preliminar. SECCIÓN CUARTA De la Audiencia del Juicio. Capítulo III. De los Incidentes. Capítulo IV. De las Pruebas. SECCIÓN PRIMERA Confesional. SECCIÓN SEGUNDA Testimonial. SECCIÓN TERCERA. Instrumental. SECCIÓN CUARTA Pericial. SECCIÓN QUINTA. Prueba Superveniente.

Título Especial BIS. Capítulo Del Juicio Ejecutivo Mercantil Oral. Capítulo I. Disposiciones Generales. Capítulo II. Del Procedimiento Ejecutivo Mercantil Oral. SECCIÓN PRIMERA. Fijación de la Litis. SECCIÓN SEGUNDA De las Audiencias. Capítulo III. De los incidentes. Capítulo IV. De las Pruebas. Capítulo V. De la Ejecución. SECCIÓN PRIMERA.

Título Tercero. De los Juicios Ejecutivos. TÍTULO TERCERO BIS De los Procedimientos de Ejecución de la Prenda sin Transmisión de la Posesión y del Fideicomiso de Garantía. Capítulo I. Del procedimiento Extrajudicial de Ejecución de Garantías Otorgadas mediante Prenda sin Transmisión de Posesión y Fideicomiso de Garantía. Capítulo II. Del Procedimiento Judicial de Ejecución de Garantías Otorgadas mediante Prenda sin Transmisión de Posesión y Fideicomiso de Garantía.

Título Cuarto. Del Arbitraje Comercial. Capítulo I. Disposiciones Generales. Capítulo II. Acuerdo de Arbitraje. Capítulo III. Composición del Tribunal Arbitral. Capítulo IV. Competencia del Tribunal Arbitral. Capítulo V. Sustanciación de las Actuaciones Arbitrales. Capítulo VI. Pronunciamiento del Laudo y Terminación de las Actuaciones. Capítulo VII. De las Costas. Capítulo VIII. De la Nulidad de Laudo. Capítulo IX. Reconocimiento y Ejecución de Laudos. Capítulo X. De la Intervención Judicial en la Transacción Comercial y el Arbitraje.

TRANSITORIOS.

IV. TRATADOS INTERNACIONALES

18. La actividad comercial regida y fundada por el Código de Comercio se ve complementada por disposiciones no sólo de las leyes particulares o especiales, sino además por los acuerdos derivados de los tratados internacionales que cumplan con los requisitos que señala la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

19. Dentro de la apertura comercial que ha venido impulsando el gobierno mexicano se da gran importancia a la suscripción de tratados o acuerdos comerciales con otros países. Estos tratados están fundados en cuatro principios fundamentales:³

- *Pacta sunt servanda*. Este principio de origen consuetudinario previsto en la Convención de Viena de 1969 afirma la obligatoriedad de los tratados respecto a las partes, así como la necesidad de su cumplimiento de acuerdo con la buena fe. De este principio se infiere la

³ *Ibidem*, pp. 537 y 538.

idea de que la seguridad de las relaciones internacionales estaría comprometida si se dejara a la voluntad de las partes el cumplimiento o incumplimiento de los pactos.

- *Res inter alios acta.* Determina que los tratados sólo crean obligaciones entre las partes, y no pueden, en principio, obligar a quienes no han participado en ellos y, por lo mismo, no han podido dar su consentimiento.
- *Jus cogens.* En la Convención de Viena de 1969 se introdujo el principio que sostiene que “...es nulo todo Tratado que, en el momento de su conclusión esté en conflicto con una norma imperativa Derecho Internacional General...”. Al mismo tiempo, la mencionada Convención establece que “...si una nueva norma imperativa del Derecho Internacional sobreviene, todo Tratado existente que esté en conflicto con dicha norma queda nulificado y finaliza...”.
- *Rebus sic stantibus.* Este principio implica que si las circunstancias existentes en un tratado que afecten la base esencial del consentimiento de las partes o el alcance de las obligaciones que aún deban cumplirse cambian, las partes pueden denunciarlo.

20. Los acuerdos y tratados para México se han convertido en un soporte principal para promocionar las exportaciones, ya que son un instrumento sumamente importante, debido a que tienen como principal objetivo intensificar las relaciones económicas y comerciales, además de inventar y diversificar el comercio, coordinar y complementar actividades económicas, en específico, en las áreas productivas de bienes y servicios, estimular las inversiones, facultar la creación y funcionamiento de empresas bilaterales y, finalmente, intensificar la integración entre los países.

V. MARCO JURÍDICO CONSTITUCIONAL EN MATERIA DE TRATADOS⁴

1. *Constitución de Cádiz de 1812*

21. En esta Constitución se señaló como facultad de las Cortes aprobar antes de su ratificación los tratados de alianza ofensiva, los de subsidios y los *especiales de comercio*.

22. Por su parte, el rey tenía la facultad de dirigir las relaciones diplomáticas y comerciales con las demás potencias.

⁴ *Ibidem*, pp. 539-541.

2. Constitución Federal de los Estados Unidos Mexicanos de 1824

23. El artículo 50, fracción XIII, de la Constitución de 1824, señaló como facultad exclusiva del Congreso general la aprobación de los tratados de paz, de alianza, de amistad, de federación, de neutralidad armada y cualesquiera otro que celebrara el presidente con potencias extranjeras.

24. Acorde con este artículo 50, el artículo 110, fracción XIV, le atribuyó al presidente la facultad de dirigir las negociaciones diplomáticas y celebrar tratados, entre los que se encontraban los de comercio, previa aprobación del Congreso general.

25. Finalmente, el artículo 161, fracción III, obliga a los Estados a guardar y hacer guardar la Constitución, las leyes generales de la Unión y los tratados hechos, o que se llegaran a celebrar por el presidente con alguna potencia extranjera. Puede decirse que este artículo es el antecedente del actual artículo 133 constitucional.

3. Constitución Política de la República Mexicana de 1857

26. La fracción XIII, artículo 72, de este ordenamiento estableció como una de las facultades del Congreso aprobar los tratados, convenios o convenciones diplomáticas que celebrara el Ejecutivo.

27. Vale la pena recordar que la Constitución de 1857 contemplaba un Congreso unicameral; sin embargo, en virtud de la reforma constitucional llevada a cabo el 13 de noviembre de 1874, se creó el Senado, y se le dejó a éste la facultad de aprobar los tratados. Así, el artículo 72 B, donde se contemplaron las facultades del Senado, estableció, en su primera fracción, la de aprobar los tratados y convenciones diplomáticas que celebrara el Ejecutivo con las potencias extranjeras.

28. En cuanto al Ejecutivo, el texto del artículo 85, fracción X, relativo a la celebración de tratados, contemplado en el artículo 50 de la Constitución de 1824, no manifestó algún cambio relevante. El Ejecutivo podía celebrar tratados con potencias extranjeras, sometiéndolos a la ratificación del Congreso federal.

29. El artículo 126 señaló que la Constitución, las leyes emanadas del Congreso de la Unión y los tratados hechos o que se hicieren por el presidente de la República, con la aprobación del Congreso, serían ley suprema de toda la Unión; por tanto, los jueces de cada estado debían sujetarse a las disposiciones en ellas contenidas, a pesar de que las Constituciones o leyes de los estados establecieran lo contrario.

4. *Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos de 1917*

30. En esta Constitución, el artículo 76, fracción I, establece como facultad exclusiva del Senado, analizar la política exterior desarrollada por el Ejecutivo Federal con base en los informes anuales que el presidente de la República y el secretario del despacho correspondiente rindan al Congreso; además, aprobar los tratados internacionales y convenciones diplomáticas que celebre el Ejecutivo de la Unión.

31. Por otro lado, el artículo 89 establece en la fracción X, la obligación del presidente de dirigir la política exterior y celebrar tratados internacionales, sometiéndolos a la aprobación del Senado.

32. Asimismo, y retomando textualmente el texto del artículo 126 de la Constitución 1857, el artículo 133 de la Constitución de 1917 estableció la jerarquía de los tratados internacionales dentro del sistema jurídico mexicano. El artículo 133 fue reformado en 1924 para sustituir las palabras “[Los tratados] hechos y que se hicieren” por “celebrados y que se celebren”, para señalar que dichos tratados debían ser sometidos a la aprobación del Senado, y no del Congreso, como señalaba el artículo anterior; además, señaló que los tratados celebrados debían estar de acuerdo con la Constitución.

VI. CONSIDERACIONES FINALES

Primera. La doctrina mercantil debe pugnar por mantener unificadas las teorías que sustentan las instituciones y los principios jurídicos mercantiles, ya que son la columna vertebral del propio derecho, a la luz de resoluciones, tesis y jurisprudencias de la Suprema Corte de Justicia de la Nación y de las reformas que recaen en cada una de las leyes especializadas.

Segunda. El Código de Comercio de 1889, cuya vigencia inicia en 1890, en 125 años ha sufrido aproximadamente más de cincuenta reformas, las que han derogado capítulos completos para dar origen a extensas leyes especializadas. Las reformas regularon temas tan importantes como comercio y firma electrónica, arbitraje comercial, registro único de garantías mobiliarias, juicio oral mercantil, y sistema electrónico de publicidad de las sociedades mercantiles.

Tercera. Para los juristas, y en especial para los estudiosos del derecho mercantil, se presenta el gran reto de replantear, analizar y evaluar todas esas instituciones mercantiles, que hasta ahora se dan por válidas, para determinar si seguirán siendo prácticas y útiles, capaces de regular tanto los actos de comercio, las personas que lo realizan, las cosas o bienes y servicios

materia de los actos del comercio y los procedimientos judiciales o administrativos, de la nueva realidad de la computación quántica.

Cuarta. La ciencia del derecho mercantil del mañana debe continuar siendo, como en el pasado, precursora en estos nuevos retos jurídicos; sus instituciones conservarán el carácter evolutivo de transformación y superación de conceptos, acorde con las nuevas ideas, con los avances tecnológicos y científicos, con los nuevos medios de comunicación y con los nuevos estilos de contratación masiva para los inmensos y globalizados mercados de consumo.

VII. BIBLIOGRAFÍA

- QUINTANA ADRIANO, Elvia Arcelia, *Ciencia del derecho mercantil. Teoría, doctrina e instituciones*, 3a. ed., México, UNAM-Porrúa, 2015.
- QUINTANA ADRIANO, Elvia Arcelia, *El comercio exterior de México. Marco jurídico, estructura y política*, 3a. ed., México, UNAM-Porrúa, 2010.
- QUINTANA ADRIANO, Elvia Arcelia, *Instituciones mercantiles. Antología*, México, Porrúa-UNAM, 2006.
- QUINTANA ADRIANO, Elvia Arcelia, *Legislación mercantil. Evolución histórica. México 1325-2005*, México, Porrúa-UNAM, 2005.
- QUINTANA ADRIANO, Elvia Arcelia, *Evolución histórica mercantil o comercial 1810-2010. El derecho en México dos siglos (1810-2010)*, México, Porrúa-UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2010.
- QUINTANA ADRIANO, Elvia Arcelia, “La actividad comercial en la época porfiriana”, *Porfirio Díaz y el derecho*, Cámara de Diputados, LXIII Legislatura, Centro de Estudios de Derecho e Investigaciones Parlamentarias-UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas-Balance Crítico, 2015.

LA VIGENCIA DEL CÓDIGO DE COMERCIO DE 1890 Y LA PARTICIPACIÓN DE LA SECRETARÍA DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO EN LA MODERNIZACIÓN DEL MARCO JURÍDICO-ECONÓMICO MEXICANO

Max Alberto DIENER SALA*

SUMARIO: I. *Introducción.* II. *Actualización de la materia mercantil a partir de la reforma financiera.* III. *Actualización mercantil a partir de la miscelánea en la materia.* IV. *Resumen.* V. *Conclusiones.* VI. *Bibliografía.*

I. INTRODUCCIÓN

No cabe duda que el derecho juega un papel fundamental en el comercio y en la economía. Aun en sistemas económicos de libre competencia, las normas jurídicas establecen las reglas con base en las cuales se pueden llevar a cabo actividades económicas dentro de un sistema jurídico particular. Es por ello que las normas deben procurar no sólo otorgar certeza jurídica sobre las mencionadas reglas, sino crear los incentivos necesarios para que los actores económicos de dicho sistema operen de manera óptima, y, así, en conjunción, se contribuya al desarrollo económico de la nación.

El Estado mexicano ha realizado esfuerzos importantes por mantener el marco jurídico-económico actualizado al cambiante mundo de los negocios, y cumplir con los objetivos de certeza jurídica y eficiencia económica mencionados. El marco jurídico comercial de México, aún con antecedentes coloniales, comenzó con la creación del Código de Comercio en 1890. En los 125 años de vigencia de este Código, no sólo México ha sufrido cambios estructurales en su sistema económico y jurídico, sino que la economía

* Procurador fiscal de la Federación de la Secretaría de Hacienda y Crédito Público. Licenciado en derecho por la UNAM. Diplomado en ideas e instituciones políticas por el ITAM. Actividad académica en la UNAM, en el Centro de Investigación y Docencia Económicas (CIDE), el Instituto Tecnológico Autónomo de México (ITAM), en El Colegio de México (COLMEX), y en el Instituto Nacional de Administración Pública (INAP).

global ha evolucionado a un ritmo y a una dimensión sin precedentes, lo cual ha derivado, por ejemplo, en la consolidación de la globalización y la interdependencia comercial y financiera de diversas economías globales. Ante esta situación, el Código de Comercio, y los distintos ordenamientos jurídicos referentes a la economía, han sido reformados en diversas ocasiones.

En esta tarea de reformas, la Secretaría de Hacienda y Crédito Público (SHCP) ha jugado un papel fundamental. Ciertamente, al ser la dependencia gubernamental encargada, entre otras cuestiones, de supervisar el sistema financiero, de la procuración de las finanzas públicas, el erario del Estado y el gasto del mismo, las normas comerciales y económicas mantienen una relación estrecha con las obligaciones y facultades de esta dependencia. En este orden de ideas, en los últimos años la SHCP ha impulsado diversas reformas con el objetivo de modernizar el marco jurídico mercantil mexicano, a fin de estimular la economía y así contribuir al desarrollo del país.

Con el objetivo de explicar las principales modificaciones en las que la SHCP ha tenido una participación directa, el siguiente trabajo se divide en dos secciones principales. En la primera, se explican las modificaciones realizadas en virtud de la reforma financiera de 2014. Se hace énfasis en las modificaciones a la Ley de Concursos Mercantiles y en la creación de tribunales mercantiles especializados. En este sentido, también se explica la modernización del derecho arbitral comercial mexicano, al ser este procedimiento el de mayor recurrencia y preferencia dentro de las relaciones comerciales internacionales. En la segunda sección, se describen las modificaciones realizadas a través de la llamada “Miscelánea Mercantil de 2014”. En este tenor, se describe a detalle el fortalecimiento de que fue objeto el Registro Único de Garantías Mobiliarias (RUG), al igual que la modernización del sistema normativo de las sociedades mercantiles, a partir del impulso de ciertas reformas a la Ley General de Sociedades Mercantiles (LGSM), entre otras.

II. ACTUALIZACIÓN DE LA MATERIA MERCANTIL A PARTIR DE LA REFORMA FINANCIERA

La reforma financiera del 10 de enero de 2014 se realizó ante la necesidad de que las instituciones financieras de nuestro país otorgaran más crédito y más barato, a fin de detonar la inversión, generando más fuentes de empleo e incentivando la productividad y el crecimiento económico en beneficio de México. Tradicionalmente las instituciones financieras venían otorgando pocos créditos y a costos elevados, en parte debido a la incertidumbre jurídica

que les generaba el marco normativo que se encontraba vigente, cuya implementación alargaba los juicios de recuperación del crédito y los volvía más onerosos, en perjuicio del acreedor.

En este sentido, la SHCP identificó la importancia de contar con un marco legal moderno que genere seguridad jurídica para las partes, incentivando con ello el otorgamiento de créditos y la recuperación eficiente de los mismos, lo cual se traduce en una disminución en las tasas de interés y en menores costos de otorgamiento y recuperación de los créditos. Así, la reforma financiera planteó diversas modificaciones al Código de Comercio, a la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, a la Ley de Concursos Mercantiles y a la Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación, para alcanzar los siguientes objetivos:

- a) Mejorar la celeridad y la seguridad jurídica en los juicios mercantiles.
- b) Reorganizar y precisar las medidas cautelares o providencias precautorias.
- c) Agilizar el juicio ejecutivo mercantil. (en la reforma financiera, el procedimiento ejecutivo trae aparejada la ejecución).
- d) Facilitar la transferencia de la prenda en efectivo.
- e) Permitir que en el juicio oral el juez subsane cualquier omisión.

Con el objetivo de analizar a profundidad las modificaciones de índole mercantil en el marco de la reforma financiera, a continuación se describen en particular las reformas concernientes la Ley de Concursos Mercantiles, y a la creación de tribunales especializados, donde la SHCP tuvo una importante participación.

1. Modificaciones a la Ley de Concursos Mercantiles

Para facilitar el acceso al crédito a los ciudadanos, mediante la modificación del marco jurídico para otorgar mayor certeza a los agentes económicos, fue necesario modificar la Ley de Concursos Mercantiles, a fin de establecer reglas claras tanto para los comerciantes como para sus acreedores, entre ellos las instituciones de crédito. La finalidad de la reforma llevada a cabo en el contexto de concursos mercantiles fue fortalecer los derechos de las partes, con la incorporación de nuevas figuras legales, para hacer del concurso mercantil un procedimiento ágil y confiable, sin modificar su estructura fundamental.

Entre las principales reformas a la citada ley destacan:

A. Medidas de protección a acreedores

- a) Se flexibilizaron los requisitos para que los acreedores soliciten una ampliación al periodo de retroacción, con el fin de permitir que se pueda revisar si el comerciante realizó actos en fraude de acreedores antes de que se colocara en insolvencia, por lo que ya no debe acreditarse fehacientemente que un acto se cometió en fraude de acreedores, sino simplemente dar indicios de que así pudo haber sido.
- b) Se incorporaron mecanismos para evitar estrategias corporativas que tengan por objeto otorgar el control de un concurso mercantil a empresas relacionadas con el comerciante sujeto al mismo.
- c) Se redujo el porcentaje de acreedores reconocidos necesario para designar un conciliador o síndico ajeno al Instituto Federal de Especialistas en Concursos Mercantiles. También, se simplificó el procedimiento para la designación de interventores y se fortalecieron sus facultades.
- d) Se reconoció expresamente la posibilidad de que los acreedores que sean tenedores de créditos colectivos participen en el procedimiento de concurso mercantil.
- e) Se previeron diversas directrices y reglas para regular el procedimiento de enajenación de bienes de la masa, así como algunas medidas que permiten agilizar la disposición de los mismos, tales como la posibilidad de utilizar terceros especialistas.

B. Medidas de protección a los comerciantes

- a) Se incorporó la figura de la inminencia para permitir a los comerciantes solicitar el concurso mercantil antes de que se materialice el incumplimiento de sus obligaciones.
- b) Se facultó a los comerciantes a solicitar créditos de emergencia durante la etapa de visita y conciliación, con autorización del juez o conciliador, respectivamente.
- c) Se facultó al comerciante para acudir directamente ante el juez para presentar el convenio de acreedores, que tendrá el carácter de único documento que regirá las obligaciones del comerciante una vez adoptado y sancionado por el juez.
- d) Se incorporó a la Ley la figura de modificación del convenio conciliatorio, para que, en caso de que las circunstancias que dieron lugar al convenio cambien, el comerciante y una mayoría de los acreedores

que formaron parte del mismo puedan, excepcionalmente, modificar los términos del convenio, permitiendo así la continuidad de la empresa.

C. Agilización de los procesos

- a) Se prohíbe al juez, modificar cualquier plazo previsto en la Ley.
- b) Se creó la figura de la “solicitud o demanda conjunta de concurso mercantil”. Con esta figura, las empresas de un grupo societario que se encuentren en los supuestos de la Ley podrán entrar en concurso mercantil bajo un solo procedimiento.
- c) Se permite que los acreedores soliciten que el concurso mercantil de un acreedor se abra directamente en la etapa de quiebra. Esto evita procesos de conciliación ociosos e innecesarios.
- d) Se permite, durante la etapa de conciliación, la ejecución de garantías reales sobre bienes que no estén vinculados con la operación ordinaria de la empresa. Además, se aclararon los supuestos en los que procede la acción separatoria, en casos como arrendamiento y fideicomiso.
- e) Se introdujo el uso de tecnologías y esquemas electrónicos en beneficio de las partes, conforme a las disposiciones que emite el Poder Judicial de la Federación.

D. Transparencia y rendición de cuentas

- a) Se introdujo expresamente en el texto de la Ley que todos los procedimientos de concurso mercantil serán públicos.
- b) Se incorporaron acciones judiciales en contra de los especialistas de concursos mercantiles, a fin de hacer efectivo el principio de rendición de cuentas por su actuación dentro de los procesos, mediante la indemnización por daños y perjuicios que causen.
- c) Se adicionó un capítulo específico que contiene las reglas de responsabilidad para los administradores y empleados relevantes del comerciante. También, se introdujo un nuevo tipo penal con el fin de sancionar cualquier conducta que agrave el incumplimiento de las obligaciones del comerciante.

2. Creación de tribunales especializados en materia mercantil

Durante los últimos años, el sector financiero ha identificado algunos factores que inciden de forma directa en el encarecimiento e inhibición en el otorgamiento de créditos por parte de las instituciones financieras. Por ejemplo, las controversias frente a los particulares respecto de la reclamación de créditos son de competencia concurrente a elección del actor,¹ lo cual ha generado un escenario en el que la mayoría de los juicios son desahogados ante jueces locales, y éstos son elevados a la esfera federal vía juicio de amparo, lo que hace cada vez más onerosa y menos expedita la recuperación de los créditos como consecuencia de las dilaciones en los procesos jurisdiccionales y del número y el costo de los trámites administrativos y legales involucrados.

De conformidad con el proyecto subnacional “Doing Business en México 2014”, la duración promedio de un juicio mercantil es de casi un año (344 días), mientras que el costo promedio representa el 27% del valor de la demanda. Lograr el cumplimiento de un contrato en México es más complejo y costoso que en el resto de los países miembros de altos ingresos de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (OCDE).²

Frente a dicho escenario, la reforma financiera estableció la creación de tribunales federales especializados en materia mercantil, con la finalidad de hacer más eficientes las labores jurisdiccionales en la materia, así como la ejecución de las sentencias respectivas. De igual forma, la ejecución de la prenda sobre efectivo podrá ser extrajudicial sin tener que agotar un proceso jurisdiccional.

Se establecieron, entre otros, dos períodos para la entrada en vigor de la reforma:

A. Primera etapa

A implementarse durante los primeros seis meses a la entrada en vigor de la Reforma (11/jul/2014), en la cual los tribunales federales especializados conocerán:

¹ El artículo 104, fracción II, de la CPEUM, establece respecto de las competencias de los tribunales de la Federación: “II. *De todas las controversias del orden civil o mercantil que se susciten sobre el cumplimiento y aplicación de leyes federales o de los tratados internacionales celebrados por el Estado Mexicano. A elección del actor y cuando sólo se afecten intereses particulares, podrán conocer de ellas, los jueces y tribunales del orden común.* Las sentencias de primera instancia podrán ser apelables ante el superior inmediato del juez que conozca del asunto en primer grado...”.

² Banco Mundial (2014), “Doing Business en México 2014”, Washington, D. C., Grupo Banco Mundial, publicaciones subnacionales, disponible en: <http://espanol.doingbusiness.org/~media/GIAWB/Doing%20Business/Documents/Subnational-Reports/DB14-Mexico-spanish.pdf>.

- a) De todas las controversias en materia concursal (artículo 53 bis, fracción II, LOPJF).
- b) De los juicios mercantiles en los que la Federación sea parte (artículo 53 bis, fracción III, LOPJF).
- c) De los juicios mercantiles que se susciten entre una entidad federativa y uno o más vecinos de otra, siempre que alguna de las partes contendientes esté bajo la jurisdicción del juez (artículo 53 bis, fracción IV, LOPJF).
- d) De las acciones colectivas mercantiles a que se refiere el libro quinto del Código Federal de Procedimientos Civiles (artículo 53 bis, fracción VII, LOPJF).

B. Segunda etapa

A implementarse durante los doce meses siguientes a la entrada en vigor de la Reforma (11/ene/2015), en la cual los tribunales federales especializados conocerán:

- a) Controversias del orden mercantil cuando el actor no haya optado por iniciar la acción ante los jueces y tribunales del orden común, conforme a lo dispuesto en el artículo 104, fracción II, de la CPEUM. En estos casos no podrá declinarse la competencia en favor de dichos jueces y tribunales (artículo 53 bis, fracción I, LOPJF).
- b) De las diligencias de jurisdicción voluntaria que se promuevan en materia mercantil cuyo valor exceda de una cantidad equivalente a un millón de unidades de inversión por concepto de suerte principal, sin tomarse en consideración intereses y demás accesorios reclamados a la fecha de presentación de la solicitud (artículo 53 bis, fracción V, LOPJF).
- c) Reconocimiento y ejecución de laudos arbitrales comerciales cualquiera que sea el país en que haya sido dictado, y de la nulidad de laudos arbitrales comerciales nacionales o internacionales cuando el lugar del arbitraje se encuentre en territorio nacional (artículo 53 bis, fracción VI, LOPJF).

Algunos especialistas en la materia consideran que la creación de estos tribunales representa una aportación importante para la especialización y eventual migración de este tipo de procedimientos hacia la oralidad.

dad,³ lo cual incidirá en una reducción de los tiempos y costos en la imparción de justicia.

En otro orden de ideas, a la luz de la reforma financiera, se adicionó igualmente el título “Del juicio oral mercantil”, que es aplicable a procedimientos ordinarios mercantiles cuya suerte principal sea inferior a la cantidad de 562,264.43 pesos. La implementación de esta nueva modalidad de juicios orales mercantiles comenzó en 2012 y se extendió hasta mediados de 2013, conforme al plazo de ejecución previsto en la reforma. A través del juicio oral mercantil, ha sido posible reducir algunos formalismos de los procesos. El juez está ahora obligado a responder durante la audiencia cualquier aclaración, sintetizándose a la par los acuerdos alcanzados por un actuario, a efecto de que sea notificado en el mismo acto. Se incorporó también la mediación como un elemento adicional para que las partes estén en posibilidad de llegar a un acuerdo que ponga fin al juicio respectivo.

3. Arbitraje y solución de controversias en el marco de las relaciones comerciales internacionales

A la luz del análisis de una solución eficiente frente a controversias jurídicas mercantiles, el arbitraje comercial resulta un tema relevante. Aun cuando este procedimiento no fue objeto de modificaciones en el marco de la reforma financiera, en los últimos años ha sufrido cambios importantes, que han creado en México un ambiente más propicio para el desarrollo de las relaciones comerciales y la inversión, sobre todo con algún componente internacional.

El arbitraje, como mecanismo de solución de controversias, fue importado de la Nueva España. Después de la independencia de México, fue regulado en el Código de Comercio de 1854 como un mecanismo alternativo de solución de controversias. De igual forma, el Código de Comercio de 1890 lo contempló. Sin embargo, su práctica fue obsoleta en México hasta fines del siglo XX.

México comienza a tener un interés importante en el arbitraje comercial internacional a partir de los años ochenta, con la apertura económica y comercial del país. En 1989 hubo reformas importantes al Código de Comercio en materia de arbitraje. Sin embargo, no fue hasta 1993 cuando surgió la era moderna del arbitraje en México. Además de contar con

³ Díaz-Infante Enrique y Guerrero, Omar (2014), *La reforma financiera y la recuperación del crédito*, disponible en: http://imco.org.mx/indices/documentos/ICE2014_Capítulos/2014_ICE_Financiera.pdf.

un marco jurídico más moderno en materia de comercio internacional e inversión extranjera, en ese momento el país formaba parte del Tratado de Libre Comercio de América del Norte. Posteriormente, México concluyó acuerdos para la promoción y protección recíproca de inversiones (APPRI) con más de treinta países, en los cuales se establece el arbitraje inversionista-Estado como el método de solución de controversias derivadas de dichos acuerdos.

El 27 de enero de 2011 se publicó una nueva reforma al Código de Comercio, con la finalidad de modernizar la figura del arbitraje en el país. En primer lugar, la reforma estableció en el artículo 1424 del Código de Comercio que, en caso de que las partes de un acuerdo arbitral sometan su controversia a cortes nacionales, éstas deberán remitir la misma controversia al arbitraje de manera “inmediata”, con lo cual se fortalece el apoyo judicial al arbitraje. De igual forma, antes de la reforma en cuestión, la Suprema Corte de Justicia de la Nación había establecido que en caso de conflicto sobre la competencia del tribunal arbitral, correspondía al juez y no al tribunal arbitral resolver la misma. La reforma de 2011 resolvió este desafortunado criterio, al darle competencia para resolver esta cuestión al tribunal arbitral en el artículo 1465.

Igualmente, la reforma fortaleció la cooperación procesal entre tribunales arbitrales y cortes nacionales para las siguientes cuestiones:

- a) La designación de árbitros por omisión de las partes o del presidente del tribunal arbitral ante desacuerdo de los árbitros de parte ya nombrados.
- b) La cooperación judicial en el desahogo de pruebas en el arbitraje.
- c) Consulta sobre los honorarios del tribunal arbitral.

Otra de las mejoras fundamentales que tuvieron cabida con la reforma fue la especificación de la vía del juicio especial sumario mercantil para las siguientes situaciones:

- a) Recurrir la resolución de recusación de un árbitro.
- b) Recurrir la resolución sobre competencia del tribunal arbitral.
- c) Obtener medidas precautorias judiciales en apoyo al arbitraje.
- d) Ejecutar medidas precautorias emitidas por un tribunal arbitral.
- e) Nulidad de transacciones comerciales.
- f) Nulidad de laudos arbitrales, y
- g) Ejecución de laudos arbitrales.

Finalmente, la reforma estableció que para que un laudo arbitral sea ejecutado en México no requería una homologación como una sentencia extranjera, sino simplemente un reconocimiento de validez.

Como adición fundamental, la reforma esclareció que el juez nacional tendrá “plena discreción” para adoptar las medidas precautorias en apoyo al arbitraje que le autoriza el artículo 1425 del Código de Comercio. Asimismo, de forma vanguardista, permitió la ejecución judicial de medidas precautorias emitidas por tribunales arbitrales.

A la luz de lo anterior, no queda duda que la reforma financiera apoyada por la SHCP ha hecho de México un mejor mercado crediticio. Aunado a las modificaciones realizadas a todo el marco jurídico relevante para el otorgamiento de créditos, la reforma financiera proveyó de modernidad al marco jurídico concursal del país e hizo más eficiente la protección judicial de créditos y contratos mercantiles en general, a través de la creación de tribunales especializados, la creación del juicio oral y las reformas en materia de arbitraje comercial internacional.

III. ACTUALIZACIÓN MERCANTIL A PARTIR DE LA MISCELÁNEA EN LA MATERIA

Hasta antes de la “Miscelánea Mercantil”, la creación de nuevas empresas enfrentaba diversos obstáculos, tales como costos y trámites administrativos, que desincentivaban el interés de las personas de arriesgar su capital. Por ejemplo, en el ámbito de otorgamiento de garantías, desde 2000 dicho régimen había sido modificado con la creación del fideicomiso de garantía y la prenda sin transmisión de posesión, con objeto de facilitar ciertas operaciones financieras acordes con las tendencias y prácticas económicas y comerciales de aquella época, buscando facilitar el otorgamiento de créditos con garantías mobiliarias. Sin embargo, las instituciones financieras habían planteado algunos requerimientos que aún representaban obstáculos para el uso pleno de dicho mecanismo.

Por ello, la SHCP estimó necesario impulsar la modificación de distintos ordenamientos legales para eliminar los mencionados obstáculos y lograr con ello la creación de un círculo virtuoso que redundara en beneficio de la economía nacional, y en última instancia de las familias. El objeto general de la Miscelánea Mercantil impulsada fue reformar diversas leyes para incentivar la creación de micro, pequeñas y medianas empresas (MIPyMES), a fin de impulsar la competitividad y la generación de empleos. Asimismo, se incorporaron modificaciones al régimen aplicable a las garan-

tías mobiliarias, con lo cual se facilita el otorgamiento del crédito para este tipo de empresas.

La Miscelánea fue publicada en el *Diario Oficial de la Federación* el 13 de junio de 2014, y en su conjunto reformó, adicionó y derogó diversas disposiciones del Código de Comercio, de la LGSM, de la Ley de Fondos de Inversión, de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, de la Ley Federal de Derechos y de la Ley Orgánica de la Administración Pública Federal. Al igual que en el caso de la reforma financiera, a continuación se detallan las modificaciones realizadas al régimen jurídico de las sociedades mercantiles y del RUG a partir de la Miscelánea Mercantil, y se menciona su desarrollo previo.

1. Flexibilización en la constitución y operación de sociedades mercantiles de los derechos de minorías y establecimiento del gobierno corporativo en la LGSM

Sin duda, uno de los mayores problemas que existen en México es precisamente el número de trámites que tienen que llevar a cabo las empresas en el país, lo cual les impone costos administrativos que en ocasiones son innecesarios, y que por lo tanto pueden representar un factor que inhibe la inversión y el desarrollo económico. En este contexto, al menos durante los últimos diez años se ha dado un auge importante a ciertas reformas legales relacionadas con el gobierno corporativo en México, siendo la LGSM y la Ley del Mercado de Valores (LMV) los dos ordenamientos principales que inciden en la materia. Las más recientes reformas a la LGSM de 2011 y 2014 (esta última en el marco de la Miscelánea Mercantil) tuvieron como propósito ayudar a hacer más sencillos los procesos, y de esta forma hacer más competitivas a las empresas mexicanas.

A. La reforma de 2011

Con la finalidad de disminuir los costos que se tienen que destinar para constituir una sociedad mercantil en nuestro país, se eliminó el requisito de capital social mínimo⁴ para la creación de sociedades anónimas y sociedades de responsabilidad limitada. Con la reforma, se dejó a la libre voluntad de los socios el determinar, de acuerdo con sus posibilidades económicas y el giro de su empresa, el monto mínimo de su capital social, con la finalidad

⁴ Anteriormente era de cincuenta mil para las sociedades anónimas y de tres mil para las de responsabilidad limitada.

de permitir que más mexicanos que deseen emprender un negocio pudieran planear adecuadamente su constitución.

B. *La reforma de 2014*

El propósito principal de esta reforma fue la reducción de costos para los particulares y la disminución de cargas administrativas, ya que ahora sólo deben inscribirse los trámites de constitución, transformación, fusión, escisión, disolución y liquidación de las sociedades mercantiles, y se elimina la obligación de reportar aquellas operaciones que no afectaban la seguridad jurídica de los socios o terceros contratantes, tales como publicaciones de su calidad mercantil, convocatorias de sus asambleas y de sus estados financieros.

De igual manera, se previó la inscripción sólo para fines de consulta, del cambio de denominación o razón social, así como la duración y modificación del capital mínimo fijo de una sociedad; es de destacar que dichas publicaciones ahora son electrónicas en lugar de en papel o físicas. Resulta importante resaltar que la Cofemer realizó un cálculo estimado acerca de los beneficios económicos que se obtienen por la eliminación y transformación de todas estas publicaciones, en el cual concluyó que existiría una liberación de recursos económicos de aproximadamente 4,969 millones de pesos por concepto de costo financiero derivados de las cuotas que son pagadas por concepto de publicaciones, que actualmente gracias a la reforma pueden invertirse a fin de incrementar el valor de las empresas.

C. *Derecho de minorías en las sociedades mercantiles*

En el marco de las reformas financiera y mercantil de 2014, se estableció una mayor protección a los derechos de minorías en las sociedades anónimas; para tal efecto se reformó la LGSM,⁵ al introducirse la reducción del 33% al 25% al porcentaje requerido para que una minoría pueda: *i*) ejercer directamente la acción de responsabilidad civil contra los administradores de una sociedad anónima (artículo 163, LGSM); *ii*) solicitar el aplazamiento de la votación de cualquier asunto respecto del cual no se consideren suficientemente informados (artículo 199, LGSM), y *iii*) oponerse judicialmente a las resoluciones de las asambleas generales (artículo 201, LGSM).

⁵ Modificaciones que entraron en vigor diez días hábiles posteriores a su publicación en el *DOF*.

2. *El fortalecimiento del sistema de garantías mobiliarias mediante la implementación del RUG*

El 7 de octubre de 2010 inició operaciones el RUG, que es una sección del Registro Público de Comercio (RPC). Tiene como finalidad potenciar el uso de bienes muebles como garantías para que las micro, pequeñas y medianas empresas obtengan financiamiento en mejores condiciones para estimular la inversión, el crecimiento y la competitividad de la economía.

Las garantías brindan un respaldo que permite reducir el riesgo que enfrentan los acreedores al otorgar un crédito. En México, los bienes inmuebles son ampliamente aceptados como garantías de créditos; sin embargo, la gran mayoría de personas físicas y MIPyME no tienen inmuebles que ofrecer en garantía.

El RPC en México desde sus orígenes ha sido un registro declarativo, en general. De esta manera, entre sus principales efectos se encuentra el determinar la prelación y los efectos contra terceros, así como dar la adecuada publicidad a los actos que se inscriben en el mismo. El carácter originario del mismo es federal. Pese a lo anterior, hasta hace algunos años el RPC operaba como un anexo del registro público de la propiedad a cargo de las entidades federativas, lo cual provocaba que se prestara un servicio heterogéneo y se solicitaran al particular diferentes requisitos, dependiendo de la localidad en el que se llevara a cabo el servicio.

De igual forma, las reformas a las disposiciones mercantiles publicadas en el *Diario Oficial de la Federación (DOF)* el 23 de mayo de 2000 y el 13 de junio de 2003, dieron paso a la implementación del RUG, y representaron grandes avances, al prever el fortalecimiento de las condiciones de acceso y otorgamiento de créditos a través de un régimen de garantías que fomente la confianza de las partes; la creación de las figuras de prenda sin transmisión de posesión y fideicomiso de garantía, que permite que los deudores conserven la posesión de los bienes, y la adición del procedimiento judicial y extrajudicial para los dos casos anteriores.

A. *La reforma al Código de Comercio de 2009*

Formalmente, el RUG nace de la reforma del 27 de agosto de 2009 al Código de Comercio. Ésta previó que el RUG sería una base de datos integrada de garantías mobiliarias con un sistema de inscripción y búsqueda eficiente y de bajo costo, que daría publicidad a dichos gravámenes.

Las funciones principales del RUG serían dar publicidad a los gravámenes sobre una empresa o persona a través de un sistema de búsqueda preciso y eficiente, así como establecer la prelación entre acreedores de acuerdo con el orden de inscripción, bajo el principio de “primero en registro, primero en derecho”. Sus efectos serían declarativos, al hacer constar la existencia de un gravamen y frente a terceros, dado que la prelación de los acreedores estaría definida por la información contenida en el registro.

Sin embargo, en dicha reforma sólo se estableció de manera genérica que serían susceptibles de inscripción aquellas garantías que se constituyeran conforme al Código de Comercio u otros ordenamientos mercantiles, y preveía que sería el Reglamento del Registro Público de Comercio el que clasificara las garantías.

B. La reforma al Código de Comercio de 2014

En la Miscelánea Mercantil antes citada, se realizaron diversas reformas al Código de Comercio, a fin de especificar la clasificación de las garantías mobiliarias, clarificar y simplificar las normas para su perfeccionamiento, la prelación entre acreedores, así como un procedimiento de ejecución de garantías mobiliarias efectivo, pronto y expedito.⁶

De igual forma, se estableció la responsabilidad que tenían los usuarios al utilizar el sistema, y, a fin de reforzar lo anterior, se incorporó el uso de la firma electrónica avanzada como requisito para poder realizar cualquier asiento, con lo que se fortalecieron los niveles de seguridad en el sistema.

C. Modificaciones relevantes adicionales de la Miscelánea Mercantil 2014

Aunado a la modernización del sistema jurídico de las sociedades mercantiles y el fortalecimiento de la RUG, cabe mencionar los siguientes cambios introducidos por la Miscelánea Mercantil:

- a) A recomendación del Banco Mundial, se sustituyeron las publicaciones en papel por publicaciones electrónicas.

⁶ “Iniciativa que reforma, adiciona y deroga diversas disposiciones del Código de Comercio; y de las Leyes General de Sociedades Mercantiles, de Sociedades de Inversión, General de Títulos y Operaciones de Crédito, Federal de Derechos, y Orgánica de la Administración Pública Federal, a cargo del diputado José Arturo Salinas Garza, del Grupo Parlamentario del PAN”, publicada en la *Gaceta Parlamentaria* el 16 de octubre de 2012.

- b) Se eliminó el cobro de ciertos derechos que debían pagar las empresas por la presentación extemporánea de los avisos de uso o cambio de denominación o razón social, o bien de liquidación, escisión o fusión, entre otros.
- c) Se modificó la LGSM, con objeto de actualizar aquellos artículos en los que se hacía referencia únicamente a los notarios, para dar mayores facultades a otros fedatarios públicos.
- d) Se previó que los administradores sean responsables de los daños y perjuicios ocasionados con motivo de los actos, hechos u omisiones generados con motivo de su encargo a favor de la sociedad, exclusivamente, cuando se hayan conducido en forma dolosa o de mala fe.
- e) Se reguló el manejo de conflictos de interés de las personas encargadas de la vigilancia de la sociedad, y se estableció con mayor precisión el procedimiento que deben seguir dichas personas para notificar la existencia del conflicto a los administradores.

IV. RESUMEN

El derecho mercantil mexicano ha necesitado de una modernización constante para hacer de México un país fructífero. En esta tarea, la Secretaría de Hacienda (SHCP), ha tenido un papel fundamental, sobre todo en el contexto de la reforma financiera y la “Miscelánea Mercantil”. A continuación, se ahonda en las modificaciones realizadas al concurso mercantil, así como la creación de tribunales especializados mercantiles, y al mismo tiempo se explica la modernización de la ley arbitral mexicana. Todo esto derivado de la reforma financiera. Adicionalmente, se detallan las reformas realizadas al gobierno corporativo mexicano y la modernización del Registro Único de Garantías Mobiliarias, en virtud de la “Miscelánea Mercantil”. Así, se presenta evidencia de la evolución jurídica mercantil, impulsada por la SHCP, y se detallan sus beneficios y retos.

V. CONCLUSIONES

La modernización jurídica impulsada por la SHCP a partir de la reforma financiera y la Miscelánea Mercantil, así como la reforma arbitral de 2011 y demás reformas que las han precedido, han hecho de México un país más abierto para el comercio y la inversión en beneficio del desarrollo económico. En cuanto a la creación de tribunales especializados, una vez que éstos

estén establecidos, se dará certeza jurídica a los actores participantes en operaciones comerciales, para generar confianza en nuestro sistema judicial, lo que podría conllevar a la atracción de mayores flujos económicos a través de inversiones hacia nuestro país. Asimismo, con las reformas de 2011, la ley arbitral mexicana adquirió aún mayor relevancia y posicionó a México en un lugar sobresaliente en el mundo en esta materia. De hecho, en 2013, según datos de la International Chamber of Commerce, la Ciudad de México se convirtió en la décima sede mundial preferida para el arbitraje. Con respecto a los concursos mercantiles, al mismo tiempo que se eficientó el procedimiento a partir de la reducción de plazos y costos, en general, también se adoptó una perspectiva holística de este importante fenómeno mercantil, al fortalecer los intereses tanto de los acreedores como del comerciante.

La Miscelánea Mercantil trajo como beneficios el incentivar la creación de MIPyME, así como dar facilidades a las instituciones financieras en el otorgamiento de créditos, ya que se flexibilizaron los esquemas de garantías mobiliarias, que antes de la reforma podían estar afectados de nulidad por exceso de formalismos legales. En particular, el RUG ha representado un cambio de paradigma en el procedimiento registral, ya que los acreedores pueden realizar sus inscripciones directamente, sin que medie una calificación registral para ello. Asimismo, no se puede negar que el RUG es clave para el aumento de la competitividad del país en los siguientes rubros: el impulso de los procesos de apertura para nuevas empresas, la atracción de mayores inversiones, el incremento en el número de otorgamientos de créditos, y la mejora de las condiciones crediticias. En cuanto a la normatividad aplicable a las sociedades mercantiles, aunado a los beneficios derivados de la modernización de la misma, la utilización de las tecnologías de la información y comunicaciones en el marco de la Estrategia Digital Nacional 2013-2018 representa un avance de relevancia para incorporar estas tecnologías a la vida cotidiana de las personas, de las empresas y del propio gobierno, al reducir no sólo los costos de transacción en la constitución y modificación de las sociedades mercantiles, sino también permitir adelantar un paso más para la inserción de nuestro país en el esquema global de innovación, que contribuya a alcanzar las metas de desarrollo fijadas en los instrumentos de planeación.

A pesar de los beneficios mencionados, el trabajo de actualización del sistema jurídico económico nacional no está concluido, lo cual exige a la SHCP y a las instancias gubernamentales competentes, así como a las empresas, a seguir impulsando las modificaciones necesarias. En el caso de la creación de tribunales especializados, esta iniciativa representa un importante esfuerzo tanto por parte del gobierno federal como del Poder Judicial de la Federación, ya que significa contar con un mayor grado de especializa-

ción en materia mercantil para funcionarios judiciales y servidores públicos. En materia de arbitraje, es necesario regular otros mecanismos de solución de controversias en materia de comercio internacional, como el peritaje, los *dispute boards*, etcétera, y esclarecer controversias actuales fundamentales, como la posibilidad de ampararse contra árbitros con base en el amparo contra particulares, así como la controversia referente a la arbitrabilidad de la revisión administrativa. Con respecto a las sociedades mercantiles, a pesar de los beneficios obtenidos con la Miscelánea Mercantil, se continúa trabajando para identificar áreas de oportunidad que contribuyan a mejorar el marco legal, como la extensión del régimen de protección de los intereses minoritarios a otras modalidades de sociedades —por ejemplo, a las sociedades de responsabilidad limitada—, así como la eliminación del requisito del número de socios o accionistas: “sociedades unimembres”. Si se continúa con los esfuerzos que se han impulsado hasta el momento, la solución de los temas aquí identificados será posible, y se podrá detonar el potencial económico a nivel global con el que cuenta el país.

VI. BIBLIOGRAFÍA

“Acuerdo General 19/2015 del Pleno del Consejo de la Judicatura Federal, que precisa la competencia de los Juzgados de Distrito Mixtos, Especializados y Semiespecializados de la República Mexicana, que actualmente tienen competencia en Juicios Civiles Federales, para atender los asuntos mercantiles señalados en el artículo 53 bis de la Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación”, publicado en el *Diario Oficial de la Federación* el 25 de mayo de 2015, disponible en: http://www.dof.gob.mx/nota_detalle.php?codigo=5393527&fecha=25/05/2015.

BANCO MUNDIAL (2014), “Doing Business en México 2014”, Washington, D. C., Grupo Banco Mundial, publicaciones subnacionales. Disponible en: <http://espanol.doingbusiness.org/~media/GIAWB/Doing%20Business/Documents/Subnational-Reports/DB14-Mexico-spanish.pdf>.

BANCO MUNDIAL (2015), *Doing Business en México*: disponible en: <http://espanol.doingbusiness.org/data/exploreeconomies/mexico/#protecting-minority-investors>.

COFECE, “Trabajo de investigación y recomendaciones sobre las condiciones de competencia en el Sector Financiero y sus mercados”, Resumen Ejecutivo. Disponible en: <https://www.cofece.mx/cofece/images/Estudios/ResumenEjecutivo26-09-14.pdf>.

Consejo de la Judicatura Federal, disponible en: http://www.dgepj.cjf.gob.mx/organosjurisdiccionales/orguri_ini.asp.

“Decreto por el que se reforman y adicionan diversas disposiciones del Código de Comercio”, publicado en el *Diario Oficial de la Federación* el 27 de agosto de 2009, disponible en: http://www.dof.gob.mx/nota_detalle.php?codigo=5107094&fecha=27/08/2009

“Decreto por el que se reforman y adicionan diversas disposiciones del Código Civil para el Distrito Federal en Materia Común y para toda la República en Materia Federal, del Código Federal de Procedimientos Civiles, del Código de Comercio y de la Ley Federal de Protección al Consumidor”, publicado en el *Diario Oficial de la Federación* el 29 de mayo de 2000, disponible en: http://www.dof.gob.mx/nota_detalle.php?codigo=2055516&fecha=31/12/1969.

“Decreto por el que se reforman, adicionan y derogan diversas disposiciones del Código de Comercio, de la Ley General de Sociedades Mercantiles, de la Ley de Fondos de Inversión, de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, de la Ley Federal de Derechos y de la Ley Orgánica de la Administración Pública Federal, en relación con la Miscelánea en Materia Mercantil”, publicado en el *Diario Oficial de la Federación* el 13 de junio de 2014, disponible en: http://www.dof.gob.mx/nota_detalle.php?codigo=5348651&fecha=13/06/2014.

“Decreto por el que se reforman, adicionan y derogan diversas disposiciones de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, del Código de Comercio, de la Ley de Instituciones de Crédito, de la Ley del Mercado de Valores, de la Ley General de Instituciones y Sociedades Mutualistas de Seguros, de la Ley Federal de Instituciones de Fianzas y de la Ley General de Organizaciones y Actividades Auxiliares del Crédito”, publicado en el *Diario Oficial de la Federación*, disponible en: http://www.dof.gob.mx/nota_detalle.php?codigo=694329&fecha=13/06/2003.

“Decreto por el que se reforman, adicionan y derogan diversas disposiciones de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, del Código de Comercio y de la Ley de Instituciones de Crédito”, publicado en el *Diario Oficial de la Federación* el 23 de mayo de 2000, disponible en: http://www.dof.gob.mx/nota_detalle.php?codigo=2055199&fecha=31/12/1969.

“Decreto por el que se reforman, adicionan y derogan diversas disposiciones en materia financiera y se expide la Ley para Regular las Agrupaciones Financieras”, publicado en el *Diario Oficial de la Federación* el 10 de enero de 2014, disponible en: <http://www.dof.gob.mx/index.php?year=2014&month=01&day=10>.

“Decreto por el que se reforman, adicionan y derogan diversas disposiciones del Código de Comercio, de la Ley General de Sociedades Mercantiles, de la Ley de Fondos de Inversión, de la Ley General de Títulos y Operacio-

nes de Crédito, de la Ley Federal de Derechos y de la Ley Orgánica de la Administración Pública Federal, en relación con la Miscelánea en Materia Mercantil”, disponible en: http://www.dof.gob.mx/nota_detalle.php?codigo=5348651&fecha=13/06/2014.

“Decreto por el que se reforman, adicionan y derogan diversas disposiciones en materia financiera y se expide la Ley para Regular las Agrupaciones Financieras”, publicado en el *Diario Oficial de la Federación* el 10 de enero de 2014, disponible en: <http://www.dof.gob.mx/index.php?year=2014&month=01&day=10>.

2013 ICC Dispute Resolution Statistics (2015, ICC Dispute Resolution Bulletin 2015/1).

DÍAZ-INFANTE, Enrique y GUERRERO, Omar (2014), *La reforma financiera y la recuperación del crédito*, disponible en: http://imco.org.mx/indices/documentos/ICE2014_Capitulos/2014_ICE_Financiera.pdf.

Gaceta Parlamentaria de la Cámara de Diputados, disponible en: <http://gaceta.diputados.gob.mx/>.

Gaceta Parlamentaria de la Cámara de Diputados, disponible en: <http://gaceta.diputados.gob.mx/>.

GONZÁLEZ DE COSSÍO, “La modificación a derecho arbitral mexicano. Un comentario”, *Revista de Derecho Privado*, 2012.

GARZA MAGDALENO, Fernanda, *El arbitraje en México*, Centro de Derecho Económico, ITAM, disponible en: http://cdei.itam.mx/medios_digitales/archivos/investigacion/GarzaArbitraje.pdf.

LEYES FEDERALES DE MÉXICO, disponible en: <http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/index.htm>.

LEYES FEDERALES DE MÉXICO, disponible en: <http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/index.htm>.

LEYES FEDERALES DE MÉXICO, disponible en: <http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/index.htm>.

Secretaría de Economía, disponible en: <http://www.economia.gob.mx/>.

Secretaría de Economía, disponible en: <http://www.economia.gob.mx/>.

Secretaría de Hacienda y Crédito Público, disponible en: <http://www.shcp.gob.mx/Paginas/default.aspx>.

Secretaría de Hacienda y Crédito Público, disponible en: <http://www.shcp.gob.mx/Paginas/default.aspx>.

Registro Único de Garantías Mobiliarias, disponible en: <http://www.ruggob.mx/Rug/home/inicio.do>.

CÓDIGO DE COMERCIO Y MEDIOS ELECTRÓNICOS

Óscar Jorge DURÁN DÍAZ*

SUMARIO: I. Breves referencias sobre el Código de Comercio. II. El comercio electrónico en el Código de Comercio. III. Definición de comercio electrónico. IV. Definiciones relevantes. V. Principios generales. VI. Los medios electrónicos como elementos de prueba. VII. Bibliografía.

I. BREVES REFERENCIAS SOBRE EL CÓDIGO DE COMERCIO

Como distintos autores han señalado, nuestro Código de Comercio tuvo como modelos el Código de Comercio español de 1885 y el Código italiano de 1882, y recibió la influencia de los códigos de Bélgica (1867), de Argentina (1859) y Francia (1808), de los que tomó algunas de sus disposiciones, como es el caso de los artículos 3o. y 4o. del Código italiano, que fueron incorporados casi de forma literal en el artículo 75 de nuestro Código.¹

Conforme a nuestro sistema jurídico, el antecedente inmediato del Código de Comercio vigente fue el Código de 1884, que en su artículo 13 disponía que los actos mercantiles son aquellos “que constituyen una operación de comercio o sirven para realizar, facilitar o asegurar una operación o negociación comercial”. Como se puede apreciar, esta definición se basaba en la incorporación de elementos objetivos que servían para definir si el acto jurídico podía o no considerarse como mercantil, con independencia de los sujetos que intervenían en él, tomando como base la naturaleza comercial del propio acto o negocio.

Desde 1822 se consideró seriamente la necesidad de elaborar un código de comercio que regulara las figuras jurídicas derivadas de los actos de comercio existentes en esa época. Ante tales circunstancias, se nombró, mediante Decreto del 22 de enero de 1822, una comisión encargada de su

* Director de Vinculación Institucional en el Banco de México.

¹ Barrera Graf, Jorge, *Instituciones de derecho mercantil*, México, Porrúa, 2000, pp. 27 y 28.

estudio y redacción, por lo que tal obra no pudo ser concluida sino hasta 1854, gracias a los estudios y trabajos realizados en gran medida por el juríscusulto Teodoro Lares, encargado del Ministerio de Justicia por el entonces presidente Santa Anna; así, en mayo del citado año se promulgó el primer Código de Comercio mexicano.

El Código Lares, como suele llamarse en homenaje a su autor, constó de 191 artículos, y reguló de manera incipiente, aunque sistemática, la materia concerniente a los títulos de crédito, inspirándose en buenos modelos europeos, siendo indudablemente superior a las viejas Ordenanzas de Bilbao, según diversos estudiosos. En el libro II, título VIII, denominado “Del contrato y letras de cambio” (artículos 323-467), se reguló el contrato de cambio trayecticio, al igual que la cláusula a la orden (artículo 460). Sin embargo, debido a la inestabilidad política existente, la vida de este ordenamiento legal fue efímera, por lo que su vigencia concluyó al triunfar la Revolución de Ayutla y caer el régimen de Santa Anna en agosto de 1855.

En la época de la restauración de la República, con el triunfo de Benito Juárez sobre Maximiliano de Habsburgo, se consideraba a dicho Código como el único vigente en la mayor parte de los estados de la Federación. Dado que la necesidad de contar con una legislación mercantil uniforme fue creciendo considerablemente, en 1869 se elaboró un proyecto de Código de Comercio bajo el modelo del Código de 1854 y del español de 1829.

En 1880 se preparó otro proyecto, que posteriormente sirvió para formular el Código de 1884, que a la postre sirvió de fundamento para federalizar las normas consideradas como sustantivas del derecho mercantil. Posteriormente, el Ejecutivo Federal, a fin de superar los inconvenientes de un derecho mercantil disperso y que contenía muy probablemente múltiples contradicciones internas, promovió y obtuvo la reforma de la fracción X del artículo 73 constitucional, que concedía al Congreso de la Unión, que concedía facultades para dictar un código de comercio de aplicación federal. Pudo así, establecerse en el artículo 10. transitorio del Código de 1884, que “este Código comenzará a regir en toda la República el 20 de julio del presente año”.²

El Código de Comercio de 1884, más acorde a la situación del país que el de 1854, ofreció un concepto de acto mercantil que va seguido de una lista de títulos y operaciones, que son las más comunes, y que generalmente están reconocidas con esa calidad. De esta manera, se comprendió dentro

² Zamora Pierce, Jesús, *Derecho procesal mercantil*, México, Porrúa, pp. 51 y ss.

El Código de 1884 federalizó la materia mercantil, al atribuir nuestra Constitución Política al Congreso de la Unión, en su artículo 73, fracción X, la facultad de legislar en materia de comercio. El artículo 73, fracción X, fue calcado del numeral 64 de la Constitución suiza de 1874.

de la materia mercantil un abanico más amplio de actos de comercio, que abarcaban tanto lo terrestre como lo marítimo, entre otros temas.

Este segundo Código Mercantil, labor de Manuel Inda, estableció en su libro II, el título XI, designado “De las letras de cambio y mandatos de pago”, y particularmente, en su artículo 734 asentó la denominada “cláusula a la orden”. En dicho ordenamiento legal se dio continuidad a la idea que sustancialmente se había plasmado en materia de títulos de crédito en el Código de Comercio de 1854, y siguió de hecho casi la misma estructura.

Finalmente, a través de una iniciativa presentada ante el Congreso de la Unión por el Ejecutivo Federal, del 4 de junio de 1887, el propio Congreso autorizó a este último a reformar el Código de Comercio existente, con la finalidad de establecer nuevas disposiciones para el desarrollo de las actividades comerciales en general. El 1o. de enero de 1890 entró en vigor el Código de Comercio de 1889 vigente, que regula la materia de títulos de crédito en el libro II, títulos 8o. y 9o. Sus efectos básicamente fueron el derogar el ordenamiento de 1884 y las leyes mercantiles preexistentes y relativas a las materias del Código mencionado.

La mayor parte de los tópicos originalmente comprendidos en dicho ordenamiento han sido gradualmente derogados para ser sustituidos por leyes especiales. Por ello, el profesor Rodríguez Rodríguez señala que es un código con rasgos obsoletos.³

A diferencia de su antecesor, el Código de Comercio actual no da una definición de “acto de comercio”, ya que sólo enuncia aquellos actos que se reputan como mercantiles. Es interesante mencionar que en los 126 años de vigencia del Código de Comercio, dicho ordenamiento jurídico se ha reformado 53 veces;⁴ sin embargo, el texto del artículo 75 permanece prácticamente idéntico al que fue plasmado en el código original, ya que únicamente ha sido modificado en dos ocasiones: el 23 de mayo de 2000, para adicionar la actual fracción XXIV (recorriendo la fracción original para quedar como XXV), y el 6 de junio de 2006, cuando se reformó la fracción X.

II. EL COMERCIO ELECTRÓNICO EN EL CÓDIGO DE COMERCIO

Por un lado, tenemos un Código de Comercio con más de un siglo de haber sido expedido, con un cuerpo normativo transversal, que toca materias como

³ Rodríguez Rodríguez, Joaquín, *Derecho mercantil*, op. cit., p. 19.

⁴ Sumario de reformas a las leyes federales vigentes. Secretaría General de Servicios Parlamentarios de la Cámara de Diputados. Disponible en: <http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/sumario.htm>.

la contabilidad mercantil, los actos de comercio, contratos mercantiles, comisión mercantil, depósito mercantil, compraventa, consignación, entre otros; por el otro lado, tenemos a los medios electrónicos, que desde hace quince años están previstos como una figura jurídica esencial para nuestros tiempos.

Todo el mundo habla de los *medios electrónicos* de una manera muy familiar y cotidiana; sin embargo, al igual que acontece en el caso de acto mercantil, el propio Código de Comercio no establece una definición al respecto; tampoco las tesis que sobre la materia ha emitido el Poder Judicial de la Federación. De hecho, son pocos los ejercicios doctrinales que han buscado definir de manera estructurada y a detalle esta figura. Precisamente, bajo una lógica propositiva y doctrinal podría definirse a los medios electrónicos como aquellos sistemas, procesos,⁵ instrumentos o equipamiento tecnológico, que mediante la sistematización⁶ de datos vía electrónica, pueden generar, transmitir, recibir o archivar información.

En esta premisa podemos considerar como ejemplos clásicos de medios electrónicos a las redes informáticas y de telecomunicaciones, a las computadoras, a los dispositivos móviles, a los sistemas de pagos electrónicos, entre otros. A partir de dichos medios podemos hacer uso, como productos específicos, del internet, del correo electrónico, de la banca móvil, por dar sólo algunos ejemplos. La información, por lo tanto, se constituye en un bien u objeto intangible.

Tenemos entonces por una parte al Código de Comercio como la norma esencial en la materia, y por la otra, a los medios electrónicos previstos en dicha norma bajo supuestos que buscan regular adecuadamente al *comercio electrónico*. Aquí es en donde surge precisamente el tema que nos ocupa.

El comercio electrónico se encuentra regulado concretamente en el título segundo, denominado “Del comercio electrónico”, del Código de Comercio, a partir de la reforma publicada en el *Diario Oficial de la Federación* el 29 de agosto de 2003, mediante la cual se reforman los artículos 89 a 114; se adicionan los artículos 89 bis, 90 bis, 91 bis y 93 bis; y se adicionan los capítulos primero, segundo, tercero y cuarto al título segundo, denominado “Del comercio electrónico”, correspondiente al libro segundo, todos del Código de Comercio.⁷ Para efectos del presente documento, resulta importante el artículo 89, en razón de que prevé un referente general respecto a lo que

⁵ Procesamiento. Aplicación sistemática de una serie de operaciones sobre un conjunto de datos, generalmente por medio de máquinas, para explotar la información que estos datos representan.

⁶ Sistematización. Organizar según un sistema, de acuerdo a un conjunto de cosas relacionadas entre sí ordenadamente para un determinado objeto.

⁷ Quintana Adriano, Elvia Arcelia, *op. cit.*, p. 247.

puede ser el comercio electrónico, la aplicación de ciertos principios y un catálogo de definiciones que son esenciales en el ámbito mercantil electrónico; más aún, para los títulos de crédito desmaterializados, que es el tema que especialmente nos ocupa.

Artículo 89. Las disposiciones de este Título regirán en toda la República Mexicana en asuntos del orden comercial, sin perjuicio de lo dispuesto en los tratados internacionales de los que México sea parte.

Las actividades reguladas por este Título se someterán en su interpretación y aplicación a los principios de neutralidad tecnológica, autonomía de la voluntad, compatibilidad internacional y equivalencia funcional del Mensaje de Datos en relación con la información documentada en medios no electrónicos y de la Firma Electrónica en relación con la firma autógrafa.

En los actos de comercio y en la formación de los mismos podrán emplearse los medios electrónicos, ópticos o cualquier otra tecnología. Para efecto del presente Código, se deberán tomar en cuenta las siguientes definiciones:

Certificado: Todo Mensaje de Datos u otro registro que confirme el vínculo entre un Firmante y los datos de creación de Firma Electrónica.

Datos de Creación de Firma Electrónica: Son los datos únicos, como códigos o claves criptográficas privadas, que el Firmante genera de manera secreta y utiliza para crear su Firma Electrónica, a fin de lograr el vínculo entre dicha Firma Electrónica y el Firmante.

Destinatario: La persona designada por el Emisor para recibir el Mensaje de Datos, pero que no esté actuando a título de Intermediario con respecto a dicho Mensaje.

Emisor: Toda persona que, al tenor del Mensaje de Datos, haya actuado a nombre propio o en cuyo nombre se haya enviado o generado ese mensaje antes de ser archivado, si éste es el caso, pero que no haya actuado a título de Intermediario.

Firma Electrónica: Los datos en forma electrónica consignados en un Mensaje de Datos, o adjuntados o lógicamente asociados al mismo por cualquier tecnología, que son utilizados para identificar al Firmante en relación con el Mensaje de Datos e indicar que el Firmante aprueba la información contenida en el Mensaje de Datos, y que produce los mismos efectos jurídicos que la firma autógrafa, siendo admisible como prueba en juicio.

Firma Electrónica Avanzada o Fiable: Aquella Firma Electrónica que cumpla con los requisitos contemplados en las fracciones I a IV del artículo 97. En aquellas disposiciones que se refieran a Firma Digital, se considerará a ésta como una especie de la Firma Electrónica.

Firmante: La persona que posee los datos de la creación de la firma y que actúa en nombre propio o de la persona a la que representa.

Intermediario: En relación con un determinado Mensaje de Datos, se entenderá toda persona que, actuando por cuenta de otra, envíe, reciba o archive dicho Mensaje o preste algún otro servicio con respecto a él.

Mensaje de Datos: La información generada, enviada, recibida o archivada por medios electrónicos, ópticos o cualquier otra tecnología.

Parte que Confía: La persona que, siendo o no el Destinatario, actúa sobre la base de un Certificado o de una Firma Electrónica.

Prestador de Servicios de Certificación: La persona o institución pública que preste servicios relacionados con Firmas Electrónicas y que expide los Certificados, en su caso.

Secretaría: Se entenderá la Secretaría de Economía.

Sistema de Información: Se entenderá todo sistema utilizado para generar, enviar, recibir, archivar o procesar de alguna otra forma Mensajes de Datos.

Titular del Certificado: Se entenderá a la persona a cuyo favor fue expedido el Certificado.

En principio, cabe resaltar que dicho precepto, en su párrafo tercero, establece una referencia general en torno al comercio electrónico, al disponer que “en los actos de comercio y en la formación de los mismos podrán emplearse los medios electrónicos, ópticos o cualquier otra tecnología”. Conforme a tal supuesto jurídico y de acuerdo con la doctrina sobre el tema, podría entenderse que los actos de comercio y aquellos orientados a la formación de los mismos en donde se utilicen los medios electrónicos, ópticos o de cualquier otra tecnología, inciden en el ámbito del comercio electrónico. En esa tesitura entrarían los actos de comercio que expresamente establece el Código de Comercio en su artículo 75, tales como las operaciones contenidas en la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, las adquisiciones, enajenaciones y alquileres verificados con propósito de especulación comercial, las compras y ventas de porciones, acciones y obligaciones de las sociedades mercantiles, los cheques, letras de cambio o remesas de dinero de una plaza a otra, entre toda clase de personas, los vales u otros títulos a la orden o al portador, y las obligaciones de los comerciantes, a no ser que se pruebe que se derivan de una causa extraña al comercio, las obligaciones entre comerciantes y banqueros, si no son de naturaleza esencialmente civil, entre otros actos.

III. DEFINICIÓN DE COMERCIO ELECTRÓNICO

La Ley Modelo sobre Comercio Electrónico, aprobada por la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional, no señala la definición de comercio electrónico. De acuerdo con su texto, se observa que

la Comisión, al redactar la ley en torno al tema, decidió tomar como referencia una concepción amplia del EDI (intercambio electrónico de datos), que comprendiera toda una gama de aplicaciones relacionadas con el comercio, y que podrían designarse por el amplio término de “comercio electrónico”. Entre las aplicaciones y medios de comunicación incorporados en el concepto de comercio electrónico cabe citar los siguientes: la transmisión de mensajes electrónicos utilizando normas patentadas o normas de libre acceso; la transmisión por vía electrónica de textos de formato libre (por ejemplo, a través de Internet), y por último, la comunicación por medio del EDI, definida en sentido estricto como la transmisión de datos de una terminal informática a otra efectuada en formato previamente normalizado. Adicionalmente, se precisó también que en algunos casos la noción de comercio electrónico sería utilizada para referirse al empleo de técnicas como el télex o el fax.

En un estudio especial realizado por la Organización Mundial del Comercio sobre el comercio electrónico,⁸ en donde participaron destacados tratadistas de diversos países, se distinguieron específicamente seis instrumentos principales de comercio electrónico: el teléfono, el fax, la televisión, los sistemas electrónicos de pagos y de transferencias monetarias, el intercambio electrónico de datos e Internet, lo que implica una definición amplia de la expresión *comercio electrónico*. Asimismo, dicho documento precisa como elementos básicos para establecer un entorno apropiado: *a*) disponer de una infraestructura de telecomunicaciones suficiente y de normas adecuadas al respecto; *b*) promover el acceso a esa infraestructura; *c*) lograr que las normas jurídicas y jurisdiccionales aplicables sean previsibles; *d*) garantizar la seguridad y el carácter confidencial de la información; *e*) elaborar regímenes reglamentarios y fiscales adecuados, y *f*) fomentar la igualdad de oportunidades.

Diversos autores consideran que el comercio electrónico descansa en dos fases claves. La primera fase sugiere una red de dos o más computadores o procesadores de datos interconectados. Generalmente, esta unión utiliza las líneas de telecomunicación. Es importante señalar que en 1995, por primera vez en la historia los datos y mensajes electrónicos transmitidos a través de las líneas de telecomunicaciones del mundo superaron al tráfico de voz en tales líneas. En otras palabras, los sistemas de telecomunicación se utilizaron más, a partir de entonces, para el intercambio de datos que para llamadas telefónicas. La segunda fase se refiere a la definición de un sistema

⁸ Estudio realizado por funcionarios de la Secretaría de la Organización Mundial de Comercio con la participación de tratadistas como Patrick Low, Ludger Schuknecht, Hannu Wager, entre otros.

electrónico a través del cual los datos que se intercambian por computadora aparecen en un formato predeterminado, a fin de ser reconocidos por el propio procesador de datos y su usuario. A su vez, el formato se basa en un programa de *software* hecho a la medida para un uso en particular, tal como sucede con los programas y sistemas instrumentados por las entidades de depósito de valores para el registro, transferencia, cancelación y anotación de títulos de crédito. Con ello podemos apreciar que los programas de *software* y los medios electrónicos son diseñados con ciertas especificaciones y características de acuerdo con la actividad, acto de comercio o instrumento comercial que se pretenda desarrollar, como lo es la propia desmaterialización de títulos.

En torno al aspecto conceptual, Eva Fernández Gómez señala que puede entenderse por comercio electrónico todos aquellos intercambios comerciales que se producen a través del uso de las redes de telecomunicación y de las herramientas electrónicas. En ese sentido, sigue diciendo la tratadista que estos intercambios comerciales englobarían todas las actividades que se extienden desde que el vendedor comienza un proceso de venta hasta el servicio posventa, y que básicamente se podrían englobar en lo siguiente: identificación de las partes que intervienen en el intercambio, intercambio de información entre los participantes, argumentación, cierre de la venta, pagos electrónicos y servicios posventa.⁹

Nelson Remolina Angarita, por su parte, explica que el comercio electrónico se refiere a todas las transacciones comerciales realizadas o basadas en sistemas electrónicos de procesamiento y transmisión de información, especialmente a través del EDI (*Electronic Data Interchange*) y de Internet (*Interconnected networks*).¹⁰

Conforme a la doctrina existente en nuestro país, el comercio electrónico es definido por Elvia Arcelia Quinta Adriano, como “todo intercambio de datos que se realiza por medios electrónicos, ópticos o cualquier otra tecnología relacionada estrictamente con la actividad comercial”.¹¹

Por su parte, Julio Téllez Valdés conceptúa al comercio electrónico, en un sentido amplio, “como cualquier forma de transacción o intercambio de información comercial basada en la transmisión de datos sobre redes de comunicación”. Así—señala el autor— en el concepto de comercio electrónico no sólo se incluye la compra y venta electrónica de bienes, información

⁹ Fernández Gómez, Eva, *Comercio electrónico*, Madrid, McGraw-Hill Interamericana de España, 2002, p. 36.

¹⁰ Remolina Angarita, Nelson, Grupo de Estudios en Internet, Comercio Electrónico y Telecomunicaciones e Informática, *Internet, Comercio Electrónico & Telecomunicaciones*, *op. cit.*, p. 23.

¹¹ Quintana Adriano, Elvia Arcelia, *op. cit.*, p. 243.

o servicios, sino también el uso de la red para actividades anteriores o posteriores a la venta, como lo son la publicidad, la búsqueda de información sobre productos y proveedores, la negociación entre el comprador y el vendedores sobre el precio y las condiciones de entrega, la atención al cliente antes y después de la venta, el cumplimiento de trámites administrativos relacionados con la actividad comercial, así como la colaboración entre las empresas con negocios comunes.¹²

El mismo autor refiere que en el comercio electrónico participan como actores principales las empresas, los consumidores y la administración pública, por lo que se distinguen tres clases básicas de comercio electrónico: *a)* entre empresas, *b)* entre empresas y el consumidor, y *c)* entre empresas y la administración.

Mucho se ha hablado sobre las características del comercio electrónico, de acuerdo con múltiples enfoques, materias o entornos. Sin embargo, bajo nuestro particular punto de vista, Sandra Camacho Clavijo refiere tres características que particularmente pueden evidenciar su esencia y alcance. Atribuye como primer característica a la desmaterialización, en virtud de que el comercio electrónico se desarrolla en un entorno de redes de comunicación o conjunto de medios técnicos y electrónicos necesarios para asegurar la transmisión de la información, por lo que si tradicionalmente el mercado ha tenido ubicación geográfica y realidad material, ahora se puede prescindir de ello sin problema alguno. Menciona como segunda peculiaridad la inmediatez, en razón de la velocidad y flexibilidad que los medios electrónicos inyectan al comercio electrónico. Por la inmediatez es posible procesar en cuestión de segundos la corrección de datos y la ampliación de información entre las partes. Y finalmente, menciona que el comercio electrónico goza de universalidad debido a que descansa en un conjunto de redes abiertas que permiten comerciar desde cualquier parte del mundo.¹³

Hoy en día resulta innegable la importancia del comercio electrónico en nuestra vida diaria (se realizan un sinfín de compras por internet, mensajes de datos a través de dispositivos móviles, pagos y transferencias electrónicas). Para confirmar lo anterior, en seguida cito algunas cifras.

En 2010, el comercio electrónico minorista a nivel mundial ascendía a *820 billones de dólares*. Para 2015, esta suma ascendió a 2,251 billones de dóla-

¹² Téllez Valdés, Julio Alejandro, *Derecho informático*, 3a. ed., México, McGraw-Hill Interamericana Editores, p. 188.

¹³ Camacho Clavijo, Sandra. *Partes intervenientes, formación y prueba del contrato electrónico*. Madrid, Reus, 2005, pp. 31 y 32.

lares. En el caso de México, también ha habido una evolución importante del comercio electrónico. En 2010 se realizaban operaciones electrónicas por un orden de 36 mil millones de pesos, mientras que en 2014 la cifra subió a 162 mil millones de pesos. En cuanto a los usuarios de internet, teníamos veinte millones en 2006, y cerca de 55 millones en 2015.

Ahora bien, resulta importante comentar brevemente los *tres aspectos* que se consideran esenciales para entender los medios electrónicos en nuestro Código de Comercio. El primero, relativo a las *definiciones relevantes*; el segundo, en torno a los *principios generales*, y el tercero, en cuanto a los medios electrónicos como elementos de prueba.

IV. DEFINICIONES RELEVANTES

El Código de Comercio define, entre otros, al certificado, al emisor, al destinatario, a la firma electrónica, a la firma electrónica avanzada, al mensaje de datos, al sistema de información. De todos estos conceptos destacan tres, por su importancia y funcionalidad: los mensajes de datos, el sistema de información y la firma electrónica.

El *mensaje de datos* se define como la información generada, enviada, recibida o archivada por medios electrónicos, ópticos o cualquier otra tecnología. En términos prácticos, el mensaje de datos es el vehículo que el Código prevé para que fluya la información; es decir, para que sea posible la comunicación entre las partes contratantes. El mensaje de datos es el correo electrónico; la orden electrónica de pago es el registro electrónico de un título de crédito serial, es un mensaje a través del cual se exterioriza la voluntad a través de los medios electrónicos. En conclusión, es la base del funcionamiento del comercio electrónico.

El *sistema de información* se define como todo sistema utilizado para generar, enviar, recibir, archivar o procesar de alguna forma los mensajes de datos. Los sistemas de información son las tuberías, las venas por las que se procesa la información. Si me permiten la analogía, el mensaje de datos es el vehículo que contiene la información, y el sistema de información es la autopista a través de la cual transita el vehículo. Estos sistemas generan, transmiten, archivan o en su caso eliminan un mensaje de datos, como lo es un correo electrónico, un documento electrónico, una transferencia de pago, mensajes por banca móvil.

El Código de Comercio no aborda lo relativo a la ubicación o administración del sistema de información. No habla de territorialidad, dado que en la práctica el *comercio electrónico no tiene fronteras*.

Y por último, tenemos a la *firma electrónica*, que el Código de Comercio define como los datos en forma electrónica consignados en un mensaje de datos, o adjuntados o lógicamente asociados al mismo por cualquier tecnología, y que son utilizados para identificar al firmante en relación con el mensaje de datos. A través de la firma electrónica se busca vincular la información contenida en el mensaje de datos con su emisor. La firma electrónica entonces nos permitirá acreditar la titularidad o no de una persona respecto del mensaje de datos.

V. PRINCIPIOS GENERALES

El Código de Comercio, en su artículo 89, párrafo segundo, refiere que las actividades reguladas por el título segundo, que como se ha dicho contempla expresamente al comercio electrónico, se sujetarán en su interpretación y aplicación básicamente a cuatro principios, que son fundamentales en este tema:

- a) El principio de neutralidad tecnológica.
- b) El principio de la autonomía de la voluntad.
- c) El principio de compatibilidad internacional.
- d) El principio de equivalencia funcional del mensaje de datos en relación con la información documentada en medios no electrónicos y de la firma electrónica en relación con la firma autógrafa.

El *principio de neutralidad tecnológica* esencialmente promueve que a través de la regulación no se establezcan impedimentos al uso de cualquier tecnología en la medida en que ésta cumpla con los requisitos y funciones básicos que la propia ley exija. Conforme a este principio, la neutralidad tecnológica deja libre y abierta la decisión al usuario para elegir el proceso de identificación que estime adecuado y funcional, buscando con ello que las disposiciones legales no impulsen, favorezcan o se vinculen con ninguna tecnología en especial. En ese sentido, deben determinarse ciertos requerimientos técnicos para proporcionar seguridad y estabilidad a las relaciones jurídicas que se ejecuten a través de medios electrónicos.

El *principio de autonomía de la voluntad* descansa en el poder que la ley reconoce a los particulares para regular por sí mismos el contenido y modalidades de las obligaciones que se imponen contractualmente, por lo que este principio otorga la posibilidad de que los particulares celebren convenciones de cualquier tipo, aun no reglamentadas expresamente por la ley.

El artículo 4o. de la Ley Modelo sobre Comercio Electrónico, aprobada por la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional, señala que salvo que se disponga otra cosa, en las relaciones entre las partes que generan, envíen, reciban, archiven o procesen de alguna forma mensajes de datos, las disposiciones de su capítulo III podrán ser modificadas mediante acuerdo. Con ello se reconoce *la libertad contractual de las personas para regular sus propias relaciones* atendiendo a los mecanismos e instrumentos innovadores a los cuales recurren para celebrar infinidad de actos de comercio, nacionales e internacionales.

El *principio de compatibilidad internacional* tiene sustento en el artículo 3o. de la citada Ley Modelo sobre Comercio Electrónico, en donde se menciona que en la interpretación de dicha Ley habrán de tenerse en cuenta su origen internacional y la necesidad de promover la uniformidad de su aplicación y la observancia de la buena fe. Acorde con tal principio, las instancias jurisdiccionales de cada país deberán interpretar y aplicar, respecto a aquellas figuras jurídicas que así corresponda, sus ordenamientos jurídicos en congruencia con los criterios y principios utilizados en el ámbito internacional.

El *principio de equivalencia funcional* es quizá, bajo nuestro particular punto de vista, el principio más importante de los mencionados en lo que respecta a los medios electrónicos. La aplicación de la equivalencia funcional consiste en el análisis de los objetivos y funciones del requisito tradicional, plasmado en el papel, con miras a determinar la manera de satisfacer los mismos objetivos y funciones con técnicas propias del comercio electrónico, lo que se traduce en la posibilidad de trasladar la funcionalidad de un elemento tradicional del comercio, como lo es el papel, a los elementos técnicos y medios electrónicos, a fin de que también puedan ofrecer seguridad y confianza a la transacción realizada en un nuevo entorno digital.

En la guía para la Incorporación al Derecho Interno de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Comercio Electrónico se habla del “equivalente funcional” en los siguientes términos:

La Ley Modelo sigue un nuevo criterio, denominado a veces “criterios del equivalente funcional”, basado en un análisis de los objetivos y funciones del requisito tradicional de la presentación de un escrito consignado sobre papel con miras a determinar la manera de satisfacer sus objetivos y funciones con técnicas del llamado comercio electrónico. Por ejemplo, ese documento de papel cumple funciones como las siguientes: proporcionar un documento legible para todos; asegurar la inalterabilidad de un documento a lo largo del tiempo; permitir la reproducción de un documento a fin de que cada una de las partes disponga de un ejemplar del mismo escrito; permitir la autentica-

ción de los datos consignados suscribiéndolos con una firma; y proporcionar una firma aceptable para la presentación de un escrito ante las autoridades públicas y los tribunales. Cabe señalar que, respecto de todas esas funciones, la documentación consignada por medios electrónicos puede ofrecer un grado de seguridad equivalente al del papel y, en la mayoría de los casos, mucha mayor fiabilidad y rapidez, especialmente respecto de la determinación del origen y del contenido de los datos, con tal que se observen ciertos requisitos técnicos y jurídicos. Ahora bien, la adopción de este criterio del equivalente funcional no debe ser lugar a que se impongan normas de seguridad más estrictas a los usuarios del comercio electrónico (con el consiguiente costo) que las aplicables a la documentación consignada sobre papel.

En ese sentido, Rafael Illescas Ortiz comenta que la equivalencia funcional implica aplicar a los mensajes de datos electrónicos una pauta de no discriminación respecto de las declaraciones de voluntad, dado que los efectos jurídicos buscados por el emisor de la declaración deben producirse con independencia del soporte escrito, oral o electrónico en el que la declaración conste. En otras palabras, la función jurídica que en toda su extensión cumple la instrumentación escrita, autógrafa o eventualmente oral, respecto de cualquier acto jurídico, la cumple igualmente su instrumentación electrónica a través de un mensaje de datos, con independencia del contenido, dimensión, alcance y finalidad del acto así instrumentado.¹⁴

Resulta trascendente mencionar que el artículo 89 de nuestro Código de Comercio define al mensaje de datos como aquella información generada, enviada, recibida o archivada por medios electrónicos, ópticos o cualquier otra tecnología, y señala de manera expresa que las actividades reguladas en su título segundo se someterán en su interpretación y aplicación al principio de equivalencia funcional del mensaje de datos en relación con la información documentada en medios no electrónicos y de la firma electrónica en relación con la firma autógrafa.

VI. LOS MEDIOS ELECTRÓNICOS COMO ELEMENTOS DE PRUEBA

En el plano internacional, la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Comercio Electrónico establece en sus artículos 50. y 90., respectivamente, el reconocimiento jurídico y la admisibilidad y fuerza probatoria de los mensajes de datos. A continuación, su texto:

¹⁴ Illescas Ortiz, Rafael, *Derecho de la contratación electrónica*, op. cit., p. 39.

Capítulo II. Aplicación de los requisitos jurídicos a los mensajes de datos

Artículo 5o. Reconocimiento jurídico de los mensajes de datos.

No se negarán efectos jurídicos, validez o fuerza obligatoria a la información por la sola razón de que esté en forma de mensaje de datos.

Artículo 9o. Admisibilidad y fuerza probatoria de los mensajes de datos.

1) En todo trámite legal, no se dará aplicación a regla alguna de la prueba que sea óbice para la admisión como prueba de un mensaje de datos: *a)* Por la sola razón de que se trate de un mensaje de datos; o *b)* Por razón de no haber sido presentado en su forma original, de ser ese mensaje la mejor prueba que quepa razonablemente esperar de la persona que la presenta.

2) Toda información presentada en forma de mensaje de datos gozará de la debida fuerza probatoria. Al valorar la fuerza probatoria de un mensaje de datos se habrá de tener presente la fiabilidad de la forma en la que se haya generado, archivado o comunicado el mensaje, la fiabilidad de la forma en la que se haya conservado la integridad de la información, la forma en la que se identifique a su iniciador y cualquier otro factor pertinente.

Por su parte, la Guía para la Incorporación al Derecho Interno de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Comercio Electrónico, al referirse a dichas disposiciones, menciona:

El artículo 5o. enuncia el principio fundamental de que los mensajes de datos no deben ser objeto de discriminación, es decir, de que esos mensajes deberán ser tratados sin disparidad alguna respecto de los documentos consignados sobre papel. Este principio debe ser aplicable aun cuando la ley exija la presentación de un escrito o de un original. Se trata de un principio de aplicación general, por lo que no debe limitarse su alcance a la práctica de la prueba o a otras cuestiones Mencionadas en el capítulo II. Conviene recordar, sin embargo, que dicho principio no pretende anular ninguno de los requisitos enunciados en los artículos 6o. a 10. Al disponer que “no se negarán efectos jurídicos, validez o fuerza obligatoria (en los textos francés e inglés «fuerza ejecutoria», por ejemplo, del texto de una sentencia) a la información por la sola razón de que esté en forma de mensaje de datos”, el artículo 5o. se limita a indicar que la forma en que se haya conservado o sea presentada cierta información no podrá ser aducida como única razón para denegar eficacia jurídica, validez o fuerza ejecutoria a esa información. Ahora bien, no debe interpretarse erróneamente el artículo 5o. como si fuera un texto por el que se conceda validez jurídica a todo mensaje de datos o a todo dato en él consignado.

La finalidad del artículo 9o. es establecer la admisibilidad de los mensajes de datos como pruebas en actuaciones legales y su fuerza probatoria. Con

respecto a la admisibilidad, el párrafo 1), al disponer que no debe negarse la admisibilidad de los mensajes de datos como pruebas en actuaciones judiciales por la sola razón de que figuran en formato electrónico, hace hincapié en el principio general enunciado en el artículo 4o. y es necesario para hacerlo expresamente aplicable a la admisibilidad de la prueba, aspecto en que podrían plantearse cuestiones particularmente complejas en ciertas jurisdicciones. El término “la mejor prueba” expresa un tecnicismo necesario en ciertas jurisdicciones de *common law*. No obstante, el concepto de “la mejor prueba” puede ser fuente de incertidumbre en los ordenamientos jurídicos que desconocen esa regla. Los Estados en que la expresión carezca de sentido y pueda causar malentendidos tal vez deseen adoptar el régimen modelo sin hacer referencia a la regla de “la mejor prueba”, enunciada en el párrafo 1).

Por lo que respecta a la fuerza probatoria de un mensaje de datos, el párrafo segundo da orientación útil sobre cómo evaluar la fuerza probatoria de los mensajes de datos (por ejemplo, en función de si han sido consignados, archivados o comunicados de forma fiable).

Por lo que toca a nuestra legislación, el Código de Comercio, en su artículo 1205, establece que el mensaje de datos constituye un medio de prueba nominado y admisible que sirve para averiguar la verdad. He aquí su contenido:

Artículo 1205. Son admisibles como medios de prueba todos aquellos elementos que puedan producir convicción en el ánimo del juzgador acerca de los hechos controvertidos o dudosos y en consecuencia serán tomadas como pruebas las declaraciones de las partes, terceros, peritos, documentos públicos o privados, inspección judicial, fotografías, facsímiles, cintas cinematográficas, de videos, de sonido, mensajes de datos, reconstrucciones de hechos y en general cualquier otra similar u objeto que sirva para averiguar la verdad.

Al respecto, es importante mencionar que el Código de Comercio adoptó lo que en la doctrina se ha denominado “sistema mixto de valoración de la prueba”; esto significa que incorpora tanto al sistema de valoración libre como al sistema de valoración legal de la prueba. Por un lado, tenemos artículos como el 1287, 1294, 1300 y 1305, que corresponden al sistema legal o tasado para la valoración de la prueba; esto es, que el juzgador debe sujetarse de manera estricta al valor que específicamente le asigna la ley. Por otra parte, tenemos los artículos 1298-A, 1301, 1302 y 1303, que corresponden al sistema de libre valoración de la prueba, debido a que el juez está en posibilidad de apreciar el valor de las pruebas de manera libre y según su criterio propio.

En el caso de los mensajes de datos, de acuerdo con el artículo 1298-A, son medios de prueba cuya valoración será realizada conforme al sistema de libre valoración. En efecto, dicho precepto no les atribuye valor probatorio pleno, sino que el valor de su fuerza probatoria será estimado principalmente en razón de la fiabilidad del método en que haya sido generada, archivada, comunicada o conservada la información. A continuación su trascipción:

Artículo 1298-A. Se reconoce como prueba los mensajes de datos. Para valorar la fuerza probatoria de dichos mensajes, se estimará primordialmente la fiabilidad del método en que haya sido generada, archivada, comunicada o conservada.

El artículo 89 bis de nuestro Código Mercantil es el equivalente al artículo 5o. de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Comercio Electrónico con relación al reconocimiento jurídico y la admisibilidad de los mensajes de datos, en congruencia con el principio de no discriminación previstos para los medios electrónicos:

Artículo 89 bis. No se negarán efectos jurídicos, validez o fuerza obligatoria a cualquier tipo de información por la sola razón de que esté contenida en un Mensaje de Datos.

Por su parte, el artículo 93, en correspondencia con el artículo 89 del mismo Código, recoge el principio de equivalencia funcional para los mensajes de datos en torno a los actos, convenios o contratos exigidos en forma escrita, siempre que la información en él contenida se mantenga íntegra y sea accesible para su ulterior consulta, sin importar el formato en el que se encuentre o sea representada. Recordemos que a través de dicho principio se realiza el análisis de los objetivos y funciones del requisito tradicional, plasmado en el papel, con miras a determinar la manera de satisfacer sus objetivos y funciones con técnicas propias del comercio electrónico, lo que se traduce en la posibilidad de trasladar la funcionalidad de un elemento tradicional del comercio, como lo es el papel, a los elementos técnicos y medios electrónicos.

Artículo 93. Cuando la ley exija la forma escrita para los actos, convenios o contratos, este supuesto se tendrá por cumplido tratándose de Mensaje de Datos, siempre que la información en él contenida se mantenga íntegra y sea accesible para su ulterior consulta, sin importar el formato en el que se encuentre o represente. Cuando adicionalmente la ley exija la firma de las

partes, dicho requisito se tendrá por cumplido tratándose de Mensaje de Datos, siempre que éste sea atribuible a dichas partes. En los casos en que la ley establezca como requisito que un acto jurídico deba otorgarse en instrumento ante fedatario público, éste y las partes obligadas podrán, a través de Mensajes de Datos, expresar los términos exactos en que las partes han decidido obligarse, en cuyo caso el fedatario público deberá hacer constar en el propio instrumento los elementos a través de los cuales se atribuyen dichos mensajes a las partes y conservar bajo su resguardo una versión íntegra de los mismos para su ulterior consulta, otorgando dicho instrumento de conformidad con la legislación aplicable que lo rige.

En cuanto a la conservación íntegra y accesible de la información contenida en un mensaje de datos, los artículos 49 y 93 bis establecen:

Artículo 49. Los comerciantes están obligados a conservar por un plazo mínimo de diez años los originales de aquellas cartas, telegramas, mensajes de datos o cualesquiera otros documentos en que se consignen contratos, convenios o compromisos que den nacimiento a derechos y obligaciones. Para efectos de la conservación o presentación de originales, en el caso de mensajes de datos, se requerirá que la información se haya mantenido íntegra e inalterada a partir del momento en que se generó por primera vez en su forma definitiva y sea accesible para su ulterior consulta. La Secretaría de Comercio y Fomento Industrial emitirá la Norma Oficial Mexicana que establezca los requisitos que deberán observarse para la conservación de mensajes de datos.

Artículo 93 bis. Sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 49 de este Código, cuando la ley requiera que la información sea presentada y conservada en su forma original, ese requisito quedará satisfecho respecto a un Mensaje de Datos:

I. Si existe garantía confiable de que se ha conservado la integridad de la información, a partir del momento en que se generó por primera vez en su forma definitiva, como Mensaje de Datos o en alguna otra forma, y

II. De requerirse que la información sea presentada, si dicha información puede ser mostrada a la persona a la que se deba presentar. Para efectos de este artículo, se considerará que el contenido de un Mensaje de Datos es íntegro, si éste ha permanecido completo e inalterado independientemente de los cambios que hubiere podido sufrir el medio que lo contiene, resultado del proceso de comunicación, archivo o presentación. El grado de confiabilidad requerido será determinado conforme a los fines para los que se generó la información y de todas las circunstancias relevantes del caso.

De los artículos previstos en el Código de Comercio se desprende que el mensaje de datos, en términos generales, constituye un medio de prueba

nominado, debido a que se encuentra expresamente regulado en el artículo 1205. De ser admisible, el mensaje de datos sería un elemento que puede producir convicción en el ánimo del juzgador acerca de los hechos controvertidos. Al no gozar de valor probatorio pleno, el mensaje de datos deberá valorarse por el juzgador a la luz del sistema de libre valoración de la prueba, en razón de la fiabilidad del método en que haya sido generada, archivada, comunicada o conservada la información. Asimismo, el mensaje de datos goza del reconocimiento jurídico y sentido de admisibilidad previsto por nuestro referido Código Mercantil, lo que sugiere a su favor mayor certeza jurídica.

Finalmente, en concordancia con el citado artículo 1298-A, en donde se establece el criterio para valorar la fuerza probatoria de los mensajes de datos, vale la pena considerar, como un argumento complementario, la regla general de imputación que señala Lorenzetti en el sentido de que “quien utiliza el medio electrónico y crea una apariencia de que éste pertenece a su esfera de interés, soporta los riesgos y la carga de demostrar lo contrario”. En esta premisa, a diferencia de la prevista en el artículo señalado (en donde resulta fundamental la fiabilidad del método para la generación, comunicación y conservación), el uso del medio electrónico crea una apariencia de legitimación a favor de quien lo utiliza, asumiendo la carga de demostrar lo contrario y soportar los respectivos riesgos.¹⁵

VII. BIBLIOGRAFÍA

- BARRERA GRAF, Jorge, *Instituciones de derecho mercantil*, México, Porrúa, 2000.
- CAMACHO CLAVIJO, Sandra, *Partes intervenientes, formación y prueba del contrato electrónico*, España, Reus, 2005.
- FERNÁNDEZ GÓMEZ, Eva, *Comercio electrónico*, Madrid, McGraw-Hill Interamericana de España, 2002.
- REMOLINA ANGARITA, Nelson, Grupo de Estudios en Internet, Comercio Electrónico y Telecomunicaciones e Informática, *Internet, Comercio Electrónico & Telecomunicaciones*.
- TÉLLEZ VALDÉS, Julio Alejandro, *Derecho informático*, 3a. ed., México, McGraw-Hill-Interamericana Editores. 2005.
- ZAMORA PIERCE, Jesús, *Derecho procesal mercantil*, México, Porrúa.

¹⁵ Lorenzetti, Ricardo. *Comercio electrónico, op. cit.*, p. 21.

TENDENCIAS DEL PROCESO MERCANTIL EN EL SIGLO XXI. DESCODIFICACIÓN, ARMONIZACIÓN Y VOCACIÓN INTERNACIONAL

Juan Luis GONZÁLEZ A. CARRANCÁ*

SUMARIO: I. *Introducción.* II. *La tradición mercantil en México.* III. *Tendencias y problemática actual.* IV. *Bibliografía.*

I. INTRODUCCIÓN

Es difícil (y, para efectos de la presente obra, innecesario) trazar de manera concisa e indubitable la trayectoria del derecho mercantil en Occidente, desde sus albores hasta la fecha; pero la comunidad académica tiende a coincidir en que su punto de partida puede ubicarse en la antigua civilización fenicia, así como en otras culturas semíticas herederas de su tradición (por ejemplo Cartago), que se adueñaron del comercio mediterráneo a principios de la era clásica.

Siendo culturas eminentemente mercantiles, la necesidad de llevar un registro claro de las relaciones comerciales entre sus miembros impulsó la creación tanto de un sistema estructurado de escritura (del cual proviene nuestro propio alfabeto), incluyendo una numeración considerablemente avanzada para su época.¹ Como evidencia, aún conservamos diversos documentos grabados, que han sobrevivido el paso de los siglos, y entre los cuales destacan, por su relevancia para nuestro tema, diversos contratos primitivos, que demuestran una incipiente preocupación por la clase de los mercaderes de regular de manera clara y previsible sus relaciones.

* Investigador honorario en el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM.

¹ Sobre éstas y otras importantes aportaciones de la cultura fenicia, que desafortunadamente escapan al alcance de este texto, véase Aubet, María Eugenia, *The Phoenicians and the West*, Cambridge, Cambridge University Press, 2001.

Lo anterior resulta especialmente importante, a nuestro parecer, en la medida en que, a diferencia de otros cuerpos jurídicos de la época, códigos y ordenanzas preservados en estelas y dictados por algún soberano ilustrado, este primitivo “derecho mercantil” —si es que así puede llamársele— tiene una naturaleza privada, dúctil y corporativa (casi diríamos protogremial). Aunque la organización estructurada de un determinado segmento de la sociedad, así como la creación de un sistema normativo originado “desde abajo” no son exclusivas de la clase comercial, la particular importancia de este estrato para el funcionamiento de las sociedades tanto antiguas como modernas constituye un factor clave en la historia y en la tradición jurídica de Occidente. Así, el derecho mercantil en estas primeras iteraciones es verdaderamente un derecho “de los comerciantes, por los comerciantes y para los comerciantes”.

En efecto, tan importante fue este desarrollo consuetudinario del derecho de los comerciantes, que tras su adopción por parte de los griegos (y su consecuente cristalización en la *lex Rhodia de Iactu*),² dio lugar a su eventual incorporación en el Digesto como “ley común para el mar”, tomando como base “la consideración de que el mar es un espacio libre y universal abierto al provecho común debiendo respetarse las naves y sus mercancías, aun en el caso de naufragio”.³ Estas nociones habrían de sobrevivir incluso tras la caída del Imperio Romano de Occidente, con la eventual “territorialización” de los mares que ésta habría de implicar.

Por supuesto, la institución predominante durante buena parte de la historia occidental posclásica son los famosos consulados, grandes corporaciones integradas para proteger y armonizar las intereses de sus agremiados. El proceso, en manos de funcionarios cuasijudiciales, como los cónsules o los priores⁴ (elegidos por los propios agremiados), se caracterizaba por su informalidad y expeditez, y sus resoluciones descansaban, naturalmente, en la propia práctica mercantil, que conocían de sobra, y no en las barrocas construcciones jurídicas romanas, que muy probablemente se encontraban fuera de su área de experticia. Originados en las grandes ferias (todo un evento en las pequeñas ciudades medievales), su carácter era, en principio, itinerante, por lo que la duración de los procedimientos que conocieran debía, forzosamente, limitarse a la duración de la feria.

El carácter trashumante de la vida del comerciante lo obligaba a convivir con sociedades fundamentalmente diversas, no sólo respecto de su

² Cruz Barney, Oscar, *Historia de la jurisdicción mercantil en México*, México, Porrúa, 2006, pp. 3 y 4

³ Castrillón y Luna, Víctor M., *Derecho procesal mercantil*, México, Porrúa, 2012, p. 7.

⁴ *Ibidem*, p. 6.

idioma o religión, sino de la propia cultura jurídica. Asimismo, la necesidad de permanecer en constante movimiento hacia de la rapidez del procedimiento un requisito *sine qua non* para su funcionalidad. Los anfitriones, por su parte, sabedores de los beneficios que producía la derrama económica generada por la actividad de este gremio, encontraban dentro de su interés facilitar su estancia, lo cual, en este caso, podía lograrse simplemente con el respeto a la autonomía de su estructura normativa. Esto permitió, aun en los albores del Estado-nación, con la eventual absorción por parte de la autoridad central de la potestad legislativa, que la *lex mercatoria* conservara su carácter de *ius commune* y su relativa autonomía, como se atestigua ya desde tiempos de Alfonso X de Castilla, quien incluyó en sus Siete Partidas una especial referencia a la jurisdicción mercantil en materia de derecho marítimo.⁵

Esta identificación del derecho mercantil con el derecho marítimo fue una constante en el viejo mundo, como atestigua la asignación de la jurisdicción mercantil, en la Inglaterra medieval, a la Corte del Almirantazgo, originariamente con facultades para conocer sobre casos de piratería, mediante el conveniente uso de la ficción de que todo acto mercantil ocurría en mar abierto. Aunque las razones que impulsaron esta particular construcción jurídica son eminentemente prácticas,⁶ cabe destacar el hecho de que, a pesar de ser el *common law*, por su carácter flexible y expansivo, más apropiado en apariencia para la resolución de conflictos de este tipo, esta Corte haya optado por abreviar de la tradición romanista en su lugar.

Lo anterior puede explicarse a la luz de otra de las características fundamentales del derecho mercantil: su pretensión de universalidad. Si el comercio era, como hemos señalado, una actividad que trascendía fronteras de idioma, etnia o religión, hubiera resultado poco razonable la aplicación de un marco normativo como el derecho nacional inglés, tan propio y ajeno a los extranjeros, acostumbrados a navegar en un universo de tendencias marcadamente romanas. Así, esta relación tan estrecha entre el derecho del mar y el derecho del comercio, su ubicuidad —hoy diríamos, su internacionalidad— fue una de las características definitorias de sus primeros desarrollos. Cuando, durante el Renacimiento, los grandes internacionalistas como Vitoria, Suárez o Grocio buscaran un orden normativo capaz de superar las limitaciones que suponía la particular cultura jurídica de las naciones del mundo, habrían de volver la vista nuevamente al mar.

⁵ *Ibidem*, p. 7.

⁶ Samuel, Geoffrey, *A Short Introduction to Common Law*, Edward Elgar, 2013, pp. 15-17.

II. LA TRADICIÓN MERCANTIL EN MÉXICO

Por supuesto, la joven tradición jurídica mexicana no existe al margen de estos desarrollos, y por lo menos antes del giro copernicano que implicó la implementación en nuestro país, no sólo del Código Napoleón, sino de toda la estructura ideológica de la escuela francesa, nuestra principal institución en materia de comercio fue la de los famosos consulados, cuyo éxito en la península ibérica se había visto favorecido en especial por otra institución de sabor marcadamente hispánico: los fueros.

Aún siglos después de la unificación española por parte de los Reyes Católicos, la relativa autonomía de las ciudades servía como una limitante de gran importancia para el poder central. A diferencia de sus homólogos franceses, quienes, tras un largo y complicado proceso de centralización habían logrado absorber a los gremios dentro del Leviatán burocrático de la época de los Luises, los consulados habían florecido, resguardados por los fueros locales, en Barcelona, Bilbao, Burgos y, desde luego, en Sevilla, la gran capital comercial del Imperio español.

Este último consulado es de especial relevancia por su estrecha vinculación con la Casa de Contratación de Sevilla, encargada de regular el comercio con las colonias y, por lo tanto, la máxima autoridad aduanera y —al menos en teoría— comercial de la Nueva España. Tan importante fue la influencia del consulado sevillano en el México virreinal, que, aún tras el establecimiento del Consulado de México en 1604, las Ordenanzas de Burgos y Sevilla, que hasta entonces habían tenido aplicación directa, permanecieron como un precedente directo para el nuevo consulado.⁷

A pesar de haber obtenido su independencia en 1821, nuestro país no contaría con un código de comercio propio sino hasta 1854, por lo que en este lapso se continuaron aplicando las Ordenanzas de Bilbao. Así, cuando finalmente se promulgó el nuevo ordenamiento (denominado *Código Lares*, por su autor, entonces ministro de Justicia de Santa Anna), éste tuvo como fuente de inspiración el Código español de 1829, lo que implica una importante excepción en un tiempo donde el grueso de nuestro derecho privado era una importación francesa.

A pesar de su errática existencia (durante algunos años se retomaron las Ordenanzas de Bilbao como fuente del derecho mercantil), este primer Código sobrevivió hasta el porfiriato, durante el cual, en 1883, se federalizó la materia mercantil (sobre esta migración, incompleta y plagada de complicaciones tanto sustantivas como procedimentales, abundaremos más adelante).

⁷ Rodríguez Rodríguez, Joaquín, *Curso de derecho mercantil*, México, Porrúa, 1998, p. 22.

Así, en 1884 se promulga un nuevo Código de Comercio, cuya escasa vigencia imposibilita juzgar en su debida proporción, pues tan sólo cinco años más adelante se promulgó el nuevo Código (aún vigente); entró éste en vigor en 1890.

Este último ordenamiento es de particular relevancia para nuestro planteamiento, por tres puntos fundamentales, a saber:

- a) Constituyó, en su momento, un verdadero *código*, en el sentido estricto de la palabra, pues pretendía reglamentar —con aquel carácter hermético y universalista de los sistemas neorrománistas y, en especial, de la vertiente codificadora de los mismos— la totalidad de la materia que en su momento podía considerarse como mercantil.
- b) La adopción (parcial) del criterio objetivo de *acto de comercio*, por encima del tradicional criterio subjetivo del *comerciante* es, una vez más, una herencia de la tradición codificadora napoleónica.⁸ La escuela francesa decimonónica, caracterizada por una profunda visión anticorporativista (recuérdese la infame *Loi le Chapelier*)⁹ pretendía, mediante un criterio de aplicación que enfatizara el acto por encima del sujeto, garantizar la igualdad formal del individuo, borrando (sólo en teoría, desde luego) las distinciones de clase que caracterizaban a la época.

Esta eliminación dentro del plano jurídico de la clase comerciante tenía como finalidad la eventual subsunción del derecho mercantil —hasta entonces una construcción internacional, autónoma y con un proceso de creación eminentemente *horizontal*— dentro de un derecho civil nacional, *vertical* y sujeto a la potestad central del Estado. Como veremos más adelante, esta subsunción, aunque incompleta, ha sido fuente de considerables complicaciones para nuestra materia.

- c) Como aspecto positivo, ese nuevo Código preservó (parcialmente) la importancia central que revestían las normas procedimentales como aspecto material del derecho mercantil. Toda vez que, como hemos señalado, la naturaleza dinámica del comercio exige expeditez al momento de resolver las controversias (bajo el riesgo de que, en caso contrario, las mejores provisiones sustantivas resulten inoperantes), se reservó el libro quinto para los juicios mercantiles, inspirado en el

⁸ Quintana Adriano, Elvia Arcelia, *Ciencia del derecho mercantil*, México, Porrúa, 2015, p. 168.

⁹ Du Cellier, F., *Histoire des classes laborieuses en France*, Paris, Didier et Cie, 1860, p. 342.

Código Procesal del Distrito Federal y del Territorio de Baja California, de 1884,¹⁰ que a su vez habría de servir como fuente supletoria.

Lo anterior resulta ampliamente cuestionable si se toma en consideración el carácter generalmente prolongado de los procedimientos civiles, así como ciertas máximas, que, aunque apropiadas para dicha materia, devienen detrimetiales para el sano desarrollo de la actividad comercial.¹¹ No estaría de más cuestionarse sobre las ventajas que habría ofrecido en su momento la creación, *ab ovo*, de normas procedimentales especializadas, acaso más inspiradas en los procesos consulares, caracterizados por su énfasis en la rapidez y especialización, en lugar de adoptar la tradición civil, que sacrifica estos dos elementos en aras de la seguridad jurídica.

Ahora bien, por lo que respecta al primer punto, el sueño de un *corpus* mercantil monolítico fue más bien breve, pues ya en la década de los treinta se hizo patente la necesidad de establecer nuevos ordenamientos para regular instituciones específicas (leyes de Títulos y Operaciones de Crédito de 1932, de Sociedades Mercantiles de 1934, de Navegación y Comercio Marítimos de 1936, de Instituciones de Seguros de 1935, de Instituciones de Crédito de 1941, de Cámaras de Comercio y de Industria de 1941, de Quiebras y Suspensión de Pagos de 1941, de Instituciones de Fianzas de 1950 y de Sociedades de Inversión en 1955, entre otras). Este proceso gradual fue bautizado por el italiano Natalino Irti como “descodificación”.¹²

Asimismo, la judicialización de las controversias mercantiles, así como la asfixiante invasión de las normas civiles (tanto sustantivas como adjetivas), a menudo poco idóneas para la resolución de controversias entre comerciantes, debilitó profundamente la tradición mediadora y arbitral que durante tantos siglos había favorecido a la actividad comercial.

Aunque originalmente se había establecido la competencia del Poder Judicial de la Federación para la sustanciación de juicios mercantiles (artículo 97, fracción I, constitucional), la enmienda que posteriormente se realizaría a la Constitución federal (artículo 104, fracción I) establecería la com-

¹⁰ Castrillón y Luna, *op. cit.*, p. 11.

¹¹ Ciertos principios del derecho romano, como aquel que impulsa a favorecer, en caso de duda, a quien busca evitar un perjuicio sobre quien busca obtener un beneficio, genera importantes conflictos en una actividad donde la generación de utilidades constituye la finalidad última. Esta contradicción, sobre la cual se ha dicho más bien poco en la tradición continental, ha sido abordada extensamente por la tradición anglosajona (véase Samuel).

¹² Irti, Natalino, *La edad de la descodificación*, trad. de Luis Rojo Ajuria, Barcelona, Bosch, 1992.

petencia concurrente de los poderes judiciales del fuero común. Muchos han sido los conflictos derivados de la interpretación un tanto errática de esta institución, varios de los cuales abordaremos en párrafos subsecuentes.

Finalmente, por lo que respecta al título quinto, consideramos pertinente cuestionar (además de sus defectos intrínsecos, a los cuales hicimos referencia en su momento) su carácter reconocidamente incompleto. Además de la supletoriedad del Código Federal de Procedimientos Civiles y de la (aún más cuestionable) “supletoriedad subsecuente” de los códigos de procedimientos locales, la descodificación mercantil ha dado lugar a la creación de nuevos procedimientos, como los establecidos en la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito (artículos 8o., 42 al 68 y 341), la Ley General de Sociedades Mercantiles (artículos 7o., 9o., 22, 118, 201, 232, 236, 238 y 243), la Ley de Instituciones y Sociedades Mutualistas de Seguros (artículo 136), la Ley Federal de Instituciones de Fianzas (artículo 94), la Ley de Protección al Usuario de Servicios Financieros, la Ley Federal de Protección al Consumidor, el Reglamento de Procedimientos de la Comisión Nacional de Arbitraje Médico, la Ley de Concursos Mercantiles, etcétera.

III. TENDENCIAS Y PROBLEMÁTICA ACTUAL

Ahora bien, nuestra postura de ninguna manera se opone, desde luego, a este fenómeno *descodificador*. Ante las evidentes tendencias de fragmentación e hiperespecialización que acusan prácticamente todas las ramas del conocimiento jurídico, resultaría cuando menos absurdo aferrarnos a la ficción de un cuerpo hermético y totalizador en cualquier materia, y esto sólo se vuelve más apremiante en la mercantil, donde los espectaculares avances en las tecnologías de comunicación y transporte generan diariamente nuevas hipótesis que habría sido imposible prever un año antes.

El fenómeno envolvente de la globalización ha dado lugar, desde la segunda mitad del siglo XX, a la erosión cada vez más acelerada del concepto de soberanía como presupuesto para un orden jurídico nacional cerrado al exterior. El establecimiento de organizaciones internacionales, con facultades tan amplias que habría sido imposible imaginarlas hace menos de un siglo, es hoy una realidad ineluctable. La volatilidad de los mercados y la ubicuidad de las relaciones comerciales internacionales han hecho evidente, más que nunca, la necesidad de flexibilidad y adaptabilidad de los procedimientos de resolución de controversias.¹³ Ante esta perspectiva, nos resulta

¹³ Un excelente ejemplo es la resolución de controversias sobre nombres de dominio por parte de la Organización Mundial de Propiedad Intelectual, cuyo procedimiento arbitral ha

difícil explicar la aparente pretensión de someter un procedimiento como el mercantil —cuya eficacia material depende, quizá más que en cualquier otro caso, de la celeridad de sus resoluciones— a las tortuosas formalidades hipertrofiadas que caracterizan materias como la penal o la familiar, en las cuales, desde luego, resulta justificable al tratarse de cuestiones de orden público, pero que difícilmente encuentran cabida en el juego dinámico de intereses privados que forma el núcleo de nuestra materia.

Ahora bien, nuestro sistema jurídico ha demostrado en los últimos años, en gran parte debido a la creciente asertividad y autonomía de los órganos judiciales, una sorprendente capacidad intrínseca para subsanar, por la vía pretoriana, las deficiencias o contradicciones del derecho legislado. Nuestros tribunales han demostrado una creatividad encomiable para la generación de nuevos constructos jurisprudenciales, que han venido a enriquecer sustancialmente las materias penal, familiar y administrativa, entre otras, logrando superar los escollos que implican algunos de los problemas más agudos en nuestra cultura jurídica, como el preocupante incremento de la litigiosidad, la escasa cultura de legalidad en la población general y la relativa inoperancia de los medios alternativos de resolución de controversias.

En materia mercantil, no obstante, estos cambios son más difíciles de percibir, esto debido en gran medida a la naturaleza particular de la materia, pero también debido a ciertas fisuras intrínsecas en nuestra visión particular de la misma, a saber:

- a) La hiperjudicialización de las controversias. Aunque el concepto de un Estado gendarme cuya única finalidad consiste en garantizar la seguridad de la población ha declinado constantemente desde hace poco más de un siglo, resulta innegable que en cuestiones de comercio la resolución más efectiva de las controversias radica en el consentimiento mutuo de las partes. A diferencia de otras materias, donde la gravedad de los intereses afectados exige la intervención activa (si no es que preponderante) del Estado, la excesiva intromisión de una burocracia gigantesca y pesada es indudablemente perjudicial para la solución eficaz de controversias en planos más dinámicos.
- b) La falta de especialización. Resulta por demás extraño que mientras que en otras latitudes existieron desde hace siglos organismos especializados para la resolución de conflictos mercantiles con amplias fa-

tenido un éxito sin precedentes para la solución rápida de conflictos suscitados a este respecto. (A mayor abundamiento, véase <http://www.wipo.int/amc/en/domains/>, visible al 17 de septiembre de 2015).

cultades ejecutivas (*vid. supra*, la *Court of Admiralty* inglesa), en nuestro país se asigne dicha competencia a los mismos órganos encargados de la resolución de disputas civiles (y en ocasiones también familiares), así como las evidentes limitaciones de la legislación procesal, que ya hemos mencionado.

En este sentido, la existencia de organismos de arbitraje sin capacidad de ejecución (Procuraduría Federal del Consumidor, Comisión Nacional para la Protección y Defensa de los Usuarios de Servicios Financieros, Comisión Nacional de Arbitraje Médico, *inter alia*), así como la categorización administrativa de los mismos (dando, una vez más, una indebida preponderancia al elemento de derecho público de dichos organismos) ha generado que éstos, en lugar de constituir un remedio eficiente que permita finiquitar disputas y (más importante aún) generar un cúmulo supletorio de precedentes, se conviertan en sólo un eslabón más de una cadena interminable de posibles impugnaciones, donde la dilación en la impartición de justicia llega a ser tal que afecta sustancialmente los intereses de las partes. Para el comerciante, cuyo éxito depende en gran medida de la capacidad de maximizar su aprovechamiento del tiempo, la demora deviene en pérdida.

- c) La falta de cultura de legalidad. La desconfianza crónica de la población respecto de las vías institucionales para cristalizar el ejercicio de sus derechos y lograr sus finalidades individuales y colectivas tiene un efecto particularmente nocivo en la actividad comercial, donde la seguridad y eficiencia de las transacciones cobran importancia primordial. Aun si se argumentara que los canales extrajurídicos de ciertas sociedades como la nuestra llegan en ocasiones a cumplir una función paralela y relativamente eficaz, resultaría difícil persuadir con semejante argumento a entidades extranjeras, cuya noción de legalidad y de institucionalización de los canales de resolución constituyen un factor primerio para determinar la conveniencia de emprender actividades empresariales.

Lo anterior nos permite comprender a grandes rasgos la relativa ineeficacia de la jurisprudencia como instrumento para subsanar y perfeccionar la resolución de este tipo de controversias. Si a esto le añadimos la tendencia, por demás reprobable, de limitar, en la medida de lo posible, el acceso primigenio a la justicia federal,¹⁴ así como la aplicación esporádica de ciertos

¹⁴ En este sentido, los procedimientos llevados ante jueces de distrito resultarían ciertamente más idóneos para la resolución de controversias mercantiles, no sólo por la relativa

preceptos contenidos en los ordenamientos locales, poco favorables para un proceso breve, nos encontramos ante un panorama de incertidumbre, ciertamente poco favorable para el florecimiento de la actividad empresarial.

IV. BIBLIOGRAFÍA

- AUBET, María Eugenia, *The Phoenicians and the West*, Cambridge, Cambridge University Press, 2001.
- BARRERA GRAF, Jorge, *Derecho mercantil*, México, UNAM, 1991.
- CASTRILLÓN Y LUNA, Víctor M., *Derecho procesal mercantil*, México, Porrúa, 2012.
- CRUZ BARNEY, Oscar, *Historia de la jurisdicción mercantil en México*, México, Porrúa, 2006.
- DU CELLIER, F., *Histoire des classes laborieuses en France*, Paris, Didier et Cie, 1860.
- IRTI, Natalino, *La edad de la descodificación*, trad. de Luis Rojo Ajuria, Barcelona, Bosch, 1992.
- MONDRAGÓN PEDRERO, *El juicio oral mercantil*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2015.
- QUINTANA ADRIANO, Elvia Arcelia, *Ciencia del derecho mercantil*, México, Porrúa, 2015.
- RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ, Joaquín, *Curso de derecho mercantil*, México, Porrúa, 1998,
- SAMUEL, Geoffrey, *A Short Introduction to Common Law*, Edward Elgar, 2013.

homogeneidad de su marco normativo, sino por la mayor expeditez de los procedimientos, debida en buena medida al hecho de que cuentan con mayores recursos materiales y una menor carga de trabajo.

La tendencia injustificada de los tribunales federales de declinar la competencia que por ley les corresponde es una violación directa al orden constitucional, como queda constatado en diversos criterios jurisprudenciales, y que, lamentablemente, aún no ha podido erradicarse.

IMPLICACIONES DE LA LEY GENERAL DE TRANSPARENCIA EN LOS FIDEICOMISOS PÚBLICOS FEDERALES

Raúl LEMUS CARRILLO*

SUMARIO: I. *Introducción.* II. *Concepto de derecho de acceso a la información pública.* III. *Tipos de fideicomiso.* IV. *Marco legal.* V. *Acceso a la información en fideicomisos públicos.* VI. *Alcance del derecho de información.* VII. *Trámite de solicitudes de acceso a la información.* VIII. *Propuestas de mejores prácticas.* IX. *Bibliografía.*

I. INTRODUCCIÓN

En el *Diario Oficial de la Federación (DOF)* del 4 de mayo de 2015 se publicó la Ley General de Transparencia y Acceso a la Información Pública (LGTAIP), que es de orden público y de observancia general en toda la República, reglamentaria del artículo 6o. constitucional en materia de transparencia y acceso a la información.

La LGTAIP tiene por objeto establecer los principios, bases generales y procedimientos para garantizar el derecho de acceso a la información y de protección de los datos personales en posesión de cualquier autoridad, entidad, órgano y organismo de los poderes Legislativo, Ejecutivo y Judicial, órganos autónomos, partidos políticos, fideicomisos y fondos públicos, así como de cualquier persona física, moral o sindicato que reciba y ejerza recursos públicos o realice actos de autoridad de la Federación, de las entidades federativas y de los municipios.¹

Al establecerse los criterios generales en materia de transparencia y acceso a la información a la que deberán sujetarse todos los órdenes de go-

* Doctor en derecho por la Universidad Marista. Es profesor en la División de Estudios de Posgrado de la Facultad de Derecho de la UNAM, Ha trabajado en instituciones de banca múltiple y de desarrollo, así como en SAE, organismo financiero de la SHCP.

¹ Artículo 1o. de la LGTAIP.

bierno, con el fin de lograr una adecuada armonización y homogeneidad a nivel nacional, adquiere características de “ley marco”, que permite uniformar, homologar, estandarizar y armonizar las reglas, principios, bases, procedimientos y, en general, los mecanismos en el ejercicio del derecho de acceso a la información pública, y con ello lograr que sea un derecho igual para todos y un deber igual para cualquier nivel de gobierno.

De tal forma, se permite que los tres órdenes de gobierno puedan precisar lo conducente en la legislación vigente o en aquellas que en su momento deberán reformar o expedir en materia de transparencia. La presente Ley trata de garantizar sin evasivas un derecho fundamental, y que corresponda a las legislaturas estatales y del Distrito Federal el desarrollo del contenido de esas leyes, con sujeción a la Ley General de Transparencia.

La Ley prevé uniformar y armonizar las obligaciones de transparencia, en principio ampliando el universo que contempla la Ley Federal de Transparencia a la Información Pública Gubernamental (LFTIPG), de 17 fracciones que actualmente señala el artículo 7o., a 48 fracciones que establece el artículo 70 de la LGTAIP. Es claro que el espíritu de la Ley es contar con un sistema nacional de transparencia: como instrumento para una política nacional en la materia.

II. CONCEPTO DE DERECHO DE ACCESO A LA INFORMACIÓN PÚBLICA

El derecho de acceso a la información pública es

...la facultad que tiene toda persona para acceder a la información generada, administrada o en poder de toda autoridad, entidad, órgano u organismos públicos federal, estatal, del Distrito Federal y municipal, entendiendo que tal información pública es precisamente la contenida en los documentos que dichos entes generen o posean en ejercicio de sus atribuciones; por lo que debe quedar claro que el derecho de acceso a la información pública, se define en cuanto su alcance y resultado material, en el acceso a los archivos, registros y documentos públicos, administrados, generados o en posesión de los órganos públicos, con motivo de su ámbito competencial.²

La ley busca garantizar a las personas el acceso a los documentos que obran en los archivos de las autoridades.

² Exposición de Motivos de la LGTAIP, p. 16.

1. Garantía del gobernado

El derecho de acceso a la información pública es un derecho fundamental de las personas, y que éste comprende la libertad de difundir, investigar y recabar información pública, excepto aquella que sea información clasificada, por lo que se debe garantizar sin evasivas o restricciones por parte de los sujetos obligados, por lo que corresponde a las legislaturas estatales y del Distrito Federal, el promover y aprobar leyes, con sujeción a la Ley General de Transparencia.

El derecho a la información será garantizado por el Estado. La información que se refiere a la vida privada y a los datos personales será protegida por la Ley.

2. Sujetos obligados

El artículo 6o., apartado A, fracción I, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos (CPEUM), establece como sujeto obligado cualquier autoridad de los poderes de la Unión, órganos autónomos, partidos políticos, fideicomisos y fondos públicos, así como de cualquier persona física, moral o sindicato que reciba y ejerza recursos públicos o realice actos de autoridad en el ámbito federal, estatal o municipal. La reforma constitucional al artículo 6o. amplió considerablemente el catálogo de sujetos obligados en la materia.

Un cambio importante en materia de transparencia lo constituye la ampliación de sujetos obligados, que conlleva que los responsables de la información no pueden ser sólo determinadas unidades administrativas, sino cualquier área que integre al sujeto obligado, llámese autoridad, entidad, órgano u organismo.

Toda la información en posesión de los referidos entes tendrá el carácter de pública, y sólo podrá ser reservada temporalmente por razones de interés público y seguridad nacional, en los términos que fijen las leyes.

Para el cumplimiento de las obligaciones de transparencia, se crea la Plataforma Nacional de Transparencia, herramienta informática que pondrá a disposición el Instituto Nacional de Transparencia, Acceso a la Información y Protección de Datos Personales (INE), y que permitirá a los sujetos obligados cumplir en los plazos y con las características establecidas en el ordenamiento.

Dentro de los sujetos obligados a transparentar y permitir el acceso a su información y proteger los datos personales que obren en su poder, se encuentran los fideicomisos y los fondos públicos.

Considerando que el tema de mi participación es sobre implicaciones de la Ley General de Transparencia en los Fideicomisos Públicos Federales, es importante abundar sobre estos sujetos. Es decir, conocer qué tipos de fideicomiso son sujetos obligados.

III. TIPOS DE FIDEICOMISO

El fideicomiso puede clasificarse en público y privado; la LGTAIP solamente se refiere a los públicos. Considerando los niveles de gobierno, el fideicomiso público puede ser de carácter federal, estatal y municipal; por tanto, cuando existan recursos públicos aportados a fideicomisos o fondos, les es aplicable a esos tres órdenes. Por lo que se refiere al fideicomiso público federal, éste puede ser referido a los poderes Ejecutivo, Legislativo y Judicial, así como a los constituidos por los organismos autónomos constitucionales, a los que se asignen recursos del presupuesto de egresos a través de los ramos autónomos, por lo que la Ley también alcanza a todos ellos. La Ley General de Transparencia sólo se refiere a los fideicomisos creados por la administración pública federal; es decir, por el Poder Ejecutivo. A su vez, éstos pueden ser de dos tipos: los que he denominado “para financiar proyectos específicos y fines diversos” (sin estructura orgánica) y que la Ley los considera como no entidades paraestatales, y los que he llamado “de fomento” (con estructura orgánica), que se organicen de manera análoga a los organismos descentralizados o empresas de participación estatal mayoritaria, y que la Ley les da un tratamiento de entidades paraestatales.³

Como se puede apreciar, la Ley General de Transparencia no distingue entre fideicomisos y fondos públicos que cuenten con estructura orgánica y aquellos que no la tienen, por lo que obliga a todos los fideicomisos públicos, con independencia de que sean considerados o no como entidades paraestatales.

Aunque la LGTAIP no hace referencia a fideicomisos privados, debe entenderse que cuando se aportan recursos públicos federales a los encargos, también les es aplicable dicho ordenamiento, por lo que hace exclusivamente a estos recursos públicos y no a los privados.

IV. MARCO LEGAL

Los artículos 1o., 6o., 23, 26, 77, 116, 117 y 141 de la Ley General de Transparencia se refieren al acceso a la información de fideicomisos y fondos pú-

³ Lemus Carrillo, Raúl, *Régimen jurídico del fideicomiso público federal*, México, Porrúa, 2012, p. XVII.

blicos, en donde se debe transparentar y permitir el acceso a la información y proteger los datos de la vida privada o personales que obren en su poder.

El suscrito ha sostenido:

Por lo que se refiere a la rendición de cuentas y presentación de información relativa a fideicomisos públicos, es necesario en principio distinguir si se trata o no de fideicomisos considerados como entidades paraestatales. Pero en ambos casos, se parte de la premisa que todo fideicomiso público está obligado a rendir cuentas; es decir, el principio que debe existir es: “Donde hay recursos públicos, debe haber revisión sobre su aplicación”.⁴ O en otras palabras, “donde hay recursos públicos, la información debe ser pública”.

Fideicomisos públicos

El artículo 9o. de la Ley Federal de Presupuesto y Responsabilidad Hacendaria menciona que son fideicomisos públicos los que constituye el gobierno federal, los poderes Legislativo y Judicial y los entes autónomos a los que se asignen recursos del presupuesto de egresos a través de los ramos autónomos para impulsar las áreas prioritarias y estratégicas del desarrollo del Estado, y éstos pueden ser considerados entidades en términos de lo dispuesto por la Ley Orgánica de la Administración Pública Federal y la Ley Federal de las Entidades Paraestatales.

El artículo 40 de la Ley Federal de las Entidades Paraestatales señala que los fideicomisos públicos que se establezcan por la administración pública federal, que se organicen de manera análoga a los organismos descentralizados o empresas de participación estatal mayoritaria, que tengan como propósito auxiliar al Ejecutivo mediante la realización de actividades prioritarias, serán los que se consideren entidades paraestatales.

En cuanto a los fideicomisos públicos considerados como no entidades, sólo podrán constituirse con la autorización de la Secretaría de Hacienda y Crédito Público en los términos del artículo 213 del Reglamento de la Ley Federal de Presupuesto y Responsabilidad Hacendaria (RLFPRH).

Ahora bien, en materia de transparencia y acceso a la información se amplían los sujetos obligados de la administración pública federal a todos los ámbitos de aplicación, e incluso más allá de los poderes de la Unión, y se fortalece el principio de máxima publicidad, que implica que toda información en posesión de fideicomisos o fondos que reciban o ejerzan recursos

⁴ *Ibidem*, p. 201.

públicos o realicen actos de autoridad “es pública, excepto aquella que sea información clasificada”.

En el dictamen del Senado, relativo a la iniciativa de esta Ley, se concluyó que

Por ello, estas Comisiones Dictaminadoras coinciden en la necesidad de diferenciar las reglas para los fideicomisos y fondos públicos federales, que no les sean aplicables las disposiciones que regulan a los fideicomisos públicos de la Administración Pública Federal de aquellos que no sean considerados entidades paraestatales y no cuenten con una estructura orgánica; pero siempre reconociendo su calidad de sujetos obligados directos.

Asimismo, estas Comisiones Dictaminadoras consideran imprescindible establecer que en los fideicomisos públicos que no son entidades paraestatales y por tanto no cuenten con una estructura orgánica, sea la unidad administrativa responsable del fideicomiso correspondiente, la encargada de dar cumplimiento a todas las obligaciones de transparencia.⁵

En tal virtud, la responsabilidad sobre el manejo de los recursos públicos y de las operaciones realizadas recae fundamentalmente en el fiduciario y en la unidad responsable de la operación del fideicomiso público, por lo que es sano que sea la unidad responsable del fideicomiso sin estructura la que tenga la obligación de cumplir con las obligaciones de transparencia, y no el comité técnico, por las siguientes razones:

Primera, en los fideicomisos públicos que no son entidades paraestatales no es requisito que exista un comité técnico, como sí lo es tratándose de fideicomisos considerados como entidades paraestatales, lo que podría hacer nugatorio el derecho de acceso a la información; segunda, el comité puede de estar representado por distintos servidores de diferentes dependencias o entidades, e incluso por particulares, lo cual sería poco práctico que sea el órgano colegiado a quien legalmente competía cumplir con dicha responsabilidad; y tratándose de mandatos, comisiones o contratos análogos que involucren recursos públicos, no cuentan con comité técnico, razón por la que se podría dejar fuera a dichas figuras jurídicas.

Asimismo, el artículo 25 de la LGTAIP establece que los sujetos obligados serán los responsables del cumplimiento de las obligaciones, procedimientos y responsabilidades establecidos en la Ley, en la Ley Federal y en

⁵ Dictamen de las Comisiones Unidas de Anticorrupción y Participación Ciudadana, de Gobernación y de Estudios Legislativos, Segunda; Relativo a la Iniciativa que contiene Proyecto de Decreto por el que se expide la Ley General de Transparencia y Acceso a la Información Pública, p. 216.

las correspondientes de las entidades federativas, en los términos que ellas determinen.

V. ACCESO A LA INFORMACIÓN EN FIDEICOMISOS PÚBLICOS

De acuerdo con el artículo 26 de la Ley General de Transparencia, los fideicomisos y fondos públicos considerados entidades paraestatales deberán dar cumplimiento a las obligaciones establecidas en las leyes a que se refiere el artículo anterior por sí mismos, a través de sus propias áreas, unidades de transparencia y comités de transparencia.

En virtud de que la naturaleza jurídica de un fideicomiso público es la de un contrato que no tiene personalidad jurídica propia, se puede considerar que el sujeto obligado es la institución fiduciaria, pero cuyo cumplimiento de las obligaciones de transparencia y acceso a la información se realiza con la estructura organizacional que tiene el fideicomiso considerado como entidad paraestatal, y no con personal propio de la institución fiduciaria.

En el caso de los fideicomisos y fondos públicos que no cuenten con estructura orgánica y, por lo tanto, no sean considerados una entidad paraestatal, así como de los mandatos públicos y demás contratos análogos, cumplirán con las obligaciones de la Ley a través de la unidad administrativa responsable de coordinar su operación.

De conformidad con el artículo 215, fracción II, inciso c), del RLF-PRH, en los contratos de fideicomiso deberá establecerse la unidad responsable de la dependencia o entidad con cargo a cuyo presupuesto se vayan a aportar los recursos presupuestarios, o que coordine su operación, la cual tendrá la obligación —además de verificar que los recursos fideicomitidos se apliquen a los fines para los cuales fue constituido— de cumplir con las obligaciones de la LGTAIP.

Por tanto, toda solicitud de información de cualquier persona relacionada con fideicomisos públicos considerados como no entidades paraestatales, que no sea información clasificada, deberá ser proporcionada por la unidad administrativa responsable de la coordinadora de la operación del fideicomiso, cuidando la protección de datos personales. En este supuesto, la institución fiduciaria no entrega la información directamente a la persona solicitante, sino a través de la coordinadora de la operación del fideicomiso.

¿Lo anterior significa que la fiduciaria no participa en el procedimiento de entrega de la información?

No es así. En efecto, al no contar con una estructura orgánica los fideicomisos públicos no considerados como entidades paraestatales, puede

darse el caso de que la información que se solicita no la tenga la coordinadora, por lo que de poseerla la institución fiduciaria, deberá proporcionarla a aquélla para que a su vez la coordinadora la proporcione a la persona solicitante. De no ser así, se podría hacer nugatorio el derecho de acceso a la información pública, ya que bastaría que la coordinadora no tuviera la información, y con el argumento de inexistencia de la información que se solicite del fideicomiso o del fondo no se proporcionaría.

VI. ALCANCE DEL DERECHO DE INFORMACIÓN

Bajo el principio de máxima publicidad previsto en los artículos 6o. constitucional y 7o. de la Ley General de Transparencia, la obligación del sujeto obligado es atender las solicitudes de información proporcionando la mayor información que se tenga en los archivos de las autoridades y sujetos obligados, dando acceso a aquellos documentos fuente que permitan conocer u obtener la información del interés del particular.⁶

Además, los sujetos obligados deberán poner a disposición del público, en los sitios de Internet de los sujetos obligados, la información que derive de las obligaciones de transparencia, tanto común como específica, que la misma Ley prevé, sin que medie solicitud del particular.

Es mandato constitucional que los sujetos obligados deberán documentar todo acto que derive del ejercicio de sus facultades, de su competencia o de sus funciones.

En ese sentido, las instituciones fiduciarias deben considerar la obligatoriedad del personal de los bancos múltiples o servidores públicos tratándose de banca de desarrollo o de organismos descentralizados, como sería el caso del Servicio de Administración y Enajenación de Bienes (SAE), que administran estos fideicomisos públicos, de documentar las múltiples actividades que realizan para el cumplimiento de los fines del fideicomiso, de acuerdo con sus atribuciones y facultades, con el propósito de garantizar el cumplimiento del derecho de información que tienen los gobernados para acceder a la información, sobre la creación de documentos de los fideicomisos públicos, considerados como sujetos obligados.

⁶ De acuerdo con el artículo 3o., fracción VII, de la LGTAIP, se entiende por “documento” los expedientes, reportes, estudios, actas, resoluciones, oficios, correspondencia, acuerdos, directivas, directrices, circulares, contratos, convenios, instructivos, notas, memorandos, estadísticas, o bien cualquier otro registro que documente el ejercicio de las facultades, funciones y competencias de los sujetos obligados, sus servidores públicos e integrantes, sin importar su fuente o fecha de elaboración. Los documentos podrán estar en cualquier medio, sea escrito, impreso, sonoro, visual, electrónico, informático u holográfico.

Este principio de documentar la acción gubernamental reconoce que la existencia del derecho de acceso a la información presupone la existencia de la misma. No basta contestar preguntas, sino dar acceso a documentos fuente. Es decir, no existe derecho de acceso a la información si de manera correlativa no existe documentación. Bajo este principio queda claro que en los fideicomisos públicos se debe registrar el uso y destino de recursos públicos, que deben ser acordes para el cumplimiento de los fines por los que fue creado.

VII. TRÁMITE DE SOLICITUDES DE ACCESO A LA INFORMACIÓN

Las solicitudes de acceso a información pública que sean presentadas ante los sujetos obligados serán atendidas conforme a las normas y procedimientos previstos en la Ley Federal de Transparencia y Acceso a la Información Pública Gubernamental, su Reglamento y demás disposiciones que resulten aplicables, a fin de salvaguardar los derechos fundamentales de acceso a la información o de protección de datos personales, según corresponda, independientemente de que al momento de su presentación se aluda a los artículos y fundamento que establece la LGTAIP e, inclusive, se haga referencia al anterior Instituto Federal de Acceso a la Información y Protección de Datos (IFAI), en tanto se armonice la legislación federal de la materia.⁷

Los fideicomisos y fondos públicos federales, así como de cualquier persona física, moral o sindicato que reciba y ejerza recursos públicos o realice actos de autoridad en el ámbito federal, cumplirán su obligaciones de transparencia de conformidad con la normatividad vigente, hasta en tanto el Congreso de la Unión armonice las leyes relativas para la total aplicación de la referida Ley General de Transparencia.⁸

1. De las cuotas de acceso

La fracción III, apartado A, del artículo 6o. constitucional, ordena que toda persona tendrá acceso gratuito a la información pública.

⁷ Acuerdo mediante el cual el Pleno del Instituto Nacional de Transparencia, Acceso a la Información y Protección de Datos Personales establece las bases de interpretación y aplicación de la Ley General de Transparencia y Acceso a la Información Pública, publicado en el *DOF* el 17 de junio de 2015, base 5.1.

⁸ *Ibidem*, base 9.4.

En este sentido, el artículo 17 de la LGTAIP dispone que el ejercicio del derecho de acceso a la información es gratuito, y solo podrá requerirse el cobro correspondiente a la modalidad de reproducción y entrega solicitada. Es decir, el particular debe tener acceso gratuito a los documentos; sin embargo, también la Ley estableció los mecanismos para regular en qué casos se cobrará una cuota de recuperación por la entrega de la información solicitada.

Además, el artículo 141 establece que la información deberá ser entregada sin costo cuando implique la entrega de no más de veinte hojas simples. Se estima que bajo el principio de gratuidad, si el solicitante proporciona el medio magnético, electrónico o el mecanismo necesario para reproducir la información, no se le debe cobrar cantidad alguna.

Respecto a la regulación en materia de gratuidad de la información, el criterio de cobro en reproducción de documentos es correcto, ya que evita excesos de información por parte de la persona solicitante, que puede ocasionar un excesivo costo a los sujetos obligados. Esta medida no limita el acceso o la entrega de la información al interesado, ya que si la requiere y es mayor a veinte hojas —volumen que se considera razonable—, tendrá que pagar por ella.

2. *Capacitación*

La promoción de la cultura de la transparencia está presente en la LGTAIP, al fortalecer la capacitación continua o especialización en el derecho de transparencia de la información, que garanticen de manera óptima ese derecho al mejorar la calidad de la información que reciben los solicitantes, así como proteger los datos personales que obren en su custodia y evitar malas prácticas por parte de los sujetos obligados, como las que señala la Exposición de Motivos de la Ley, en los siguientes términos:

- Que en la práctica concurran negativas a la entrega de la información solicitada carentes de una adecuada motivación y fundamentación.
- Que sea frecuente la dilación injustificada en la entrega de la información.
- Evasivas a la entrega de información.
- Entrega errónea de la información.⁹

⁹ Exposición de Motivos de la LGTAIP, p. 42.

3. Catálogo de obligaciones de transparencia específica (datos abiertos accesibles)

Conforme al artículo 3o., fracción VI, inciso a), de la Ley General de Transparencia, son los datos digitales de carácter público que son accesibles en línea, que pueden ser usados, reutilizados y redistribuidos por cualquier interesado, y que entre otras características se encuentra el que los datos están disponibles para la gama más amplia de usuarios, para cualquier propósito.

El artículo 77 de la LGTAIP ordena que además de lo señalado en el artículo 70 de la Ley, los fideicomisos, fondos públicos, mandatos o cualquier contrato análogo deberán poner a disposición del público y mantener actualizada y accesible, en lo que resulte aplicable a cada contrato, la información señalada en el primer ordenamiento. Pero ¿a quién corresponde poner a disposición dicha información?

De una interpretación armónica y sistemática del artículo 26 de la LGTAIP, tratándose de fideicomisos públicos considerados como entidades paraestatales, será la unidad administrativa competente conforme a la estructura orgánica del fideicomiso, quien deberá atender dicha obligación.

Por lo que se refiere a los fideicomisos públicos considerados como no entidades paraestatales, mandatos o cualquier contrato análogo, será la unidad responsable de la dependencia o entidad con cargo a cuyo presupuesto se vayan a aportar los recursos presupuestarios, o que coordine su operación, quienes la llevan a cabo. Es decir, no corresponde a la institución fiduciaria cumplir con la obligación de proporcionar la información, sino a la dependencia o entidad coordinadora de la operación. Por lo anterior, es de recomendar a las instituciones fiduciarias que informen a las dependencias o entidades coordinadoras de dicha responsabilidad, para que éstas puedan cumplir la misma responsabilidad.

Conforme al artículo 77 de la Ley General de Transparencia, el particular puede conocer determinada información del fideicomiso público, que está protegida por el secreto fiduciario, contenido en el artículo 142 de la Ley de Instituciones de Crédito (LIC), como sería el caso de los datos accesibles que se deben poner a disposición del público, y que refiere la fracción VI del primer ordenamiento, en los siguientes términos: “El padrón de beneficiarios, en su caso”.

Al respecto, resulta dudoso que al proporcionar los nombres de los fideicomisarios de un fideicomiso no se esté violando el secreto fiduciario, ya que se estima que es una información que va más allá del acceso que debe tener el público. Se recomienda que el legislador revise este punto.

4. *Información confidencial y secreto fiduciario*

Las personas cuentan con instrumentos para acceder a la información pública gubernamental de su interés, a efecto de garantizar el derecho al acceso a la información y a estar informadas.

Sin embargo, el ejercicio del derecho a la transparencia y al acceso a la información pública gubernamental tiene ciertos límites, en razón de la preservación de otros derechos fundamentales que tienen los gobernados, como el derecho a la privacidad de los clientes y usuarios de los servicios fiduciarios; el derecho a la seguridad; el derecho para salvaguardar los secretos bancarios o financieros y evitar poner en riesgo el funcionamiento del sistema financiero o bancario, o para no comprometer los derechos o intereses legítimos de terceros.

Así, los titulares de las áreas de los sujetos obligados están facultados para clasificar como reservada¹⁰ o confidencial, la información o documentación que manejan.

Por lo que hace a la información confidencial prevista en los artículos 116 a 120 de la Ley, entendida como aquella que contiene datos personales concernientes a una persona identificada o identifiable, no estará sujeta a temporalidad alguna.

Se considera como información confidencial, entre otros, a los secretos bancario y fiduciario, cuya titularidad corresponde a particulares, sujetos de derecho internacional o a sujetos obligados cuando no involucren el ejercicio de recursos públicos. En estos casos, la información confidencial está vinculada al secreto bancario —que comprende el secreto fiduciario—, previsto en el artículo 142 de la Ley de Instituciones de Crédito.

Además, la legislación actual en materia bancaria permite la obtención de información de fideicomisos públicos considerados o no como entidades paraestatales o fideicomisos privados, en que hayan recibido por cualquier título, recursos públicos federales, satisfaciendo desde luego los requisitos previstos en el artículo 142 de la Ley Bancaria.

Disposiciones nuevas las constituyen los artículos 117 y 118 de la LGTAIP, al establecer que (i) los sujetos obligados que se constituyan como fideicomitentes, fideicomisarios o fiduciarios en fideicomisos que involucren recursos públicos, o bien (ii) que se constituyan como usuarios o como institución bancaria en operaciones que involucren recursos públicos, no po-

¹⁰ La información clasificada como reservada podrá permanecer con tal carácter por un periodo de hasta cinco años, y excepcionalmente podrá ampliarse el periodo de reserva por otros cinco años adicionales (artículo 101).

drán clasificar, por ese solo supuesto, la información relativa al ejercicio de éstos, como secreto bancario o fiduciario, con lo que se confirma el principio de que “si hay recursos públicos, la información debe ser pública”.

Para que los sujetos obligados puedan permitir el acceso a información confidencial requieren obtener el consentimiento de los particulares titulares de la información, salvo en los supuestos previstos en el artículo 120 de la Ley.

Ahora bien, no puede confundirse la naturaleza jurídica de las solicitudes de información propias de los particulares, las cuales tienen limitantes —como se ha explicado en párrafos anteriores—, con las solicitudes de documentación o información llevadas a cabo también por personas o autoridades.

Lo anterior, con independencia de que las instituciones de banca múltiple o de desarrollo están obligadas a cumplir el secreto bancario previsto en la LIC. Así, las fiduciarias deberán cuidar que la documentación e información que se soliciten de los fideicomisos que se administren no corresponda a operaciones y servicios a que se refiere el artículo 142 de la Ley Bancaria, toda vez que tiene el carácter de confidencial, en protección al derecho de privacidad de los particulares que utilizaron los servicios bancarios.

Se puede concluir, que el acceso a la información pública no se contrapone al secreto bancario (que incluye al fiduciario) o financiero previsto en la Ley Bancaria o en otras leyes financieras, respectivamente, al que están obligadas las instituciones de crédito.

VIII. PROPUESTAS DE MEJORES PRÁCTICAS

1. Es responsabilidad de la institución fiduciaria, tener la información completa, ordenada, actualizada y accesible, para que en el procedimiento de acceso, entrega y publicación de la información sea en beneficio de la persona solicitante. La premisa que debe regir al fideicomiso público federal, con estructura organizacional o sin ellas, es: “Si los recursos son públicos, la información debe ser pública”.
2. Las instituciones fiduciarias deben considerar la obligatoriedad de los servidores públicos que administran fideicomisos públicos, de documentar las múltiples actividades que realizan para el cumplimiento de los fines del fideicomiso, de acuerdo con sus atribuciones y facultades, con el propósito de garantizar el cumplimiento del derecho de información que tienen los gobernados para acceder a la información.

3. Las instituciones fiduciarias son responsables del sigilo que deben tener de la información que se refiere a la vida privada y los datos personales en su posesión, por lo que deberán cumplir con las obligaciones que les establece el artículo 68 de la Ley General de Transparencia.

¿Es absoluto este derecho?

La respuesta es no. En efecto, la institución fiduciaria deberá proporcionar información del fideicomiso, sea público o privado, siempre y cuando sea en términos del artículo 142 de la LIC.

4. La fiduciaria debe cooperar para capacitar y actualizar, de forma permanente, a todos sus servidores públicos en materia del derecho de acceso a la información, a través de los medios que se considere pertinente.

IX. BIBLIOGRAFÍA

BATIZA, Rodolfo y LUJAN, Marcial, *El fideicomiso. Teoría y práctica*, México, Porrúa, 2009.

FUENTE RODRÍGUEZ, Jesús de la, *Tratado de derecho bancario y bursátil*, México, Porrúa, 2010.

LEMUS CARRILLO, Raúl, *Régimen jurídico del fideicomiso público federal*, México, Porrúa, 2012.

CÓDIGO DE COMERCIO, CÓDIGO DE VANGUARDIA.
IMPLEMENTACIÓN DEL COMERCIO ELECTRÓNICO,
INCORPORACIÓN DE LOS MEDIOS ELECTRÓNICOS
A LA LEGISLACIÓN MEXICANA. ELEMENTOS
DE IMPULSO A OTROS ORDENAMIENTOS

Patricia LÓPEZ LÓPEZ*

SUMARIO: I. *Consideraciones previas.* II. *Código de Comercio, código de vanguardia.* III. *Implementación del comercio electrónico.* IV. *Elementos de impulso a otros ordenamientos.* V. *Código Fiscal de la Federación.* VI. *Ley Federal de Procedimiento Contencioso Administrativo.* VII. *Ley de Amparo.*

VIII. *Bibliografía.*

I. CONSIDERACIONES PREVIAS

El hablar del comercio electrónico en México nos lleva a considerar que no puede pasar desapercibido que en nuestro país las operaciones referidas al comercio electrónico, si bien se efectuaban en la práctica desde la década de los años noventa, carecían de una legislación que tuviera por efecto regular, y, como consecuencia, garantizar que las mismas se realizaran por dicho medio.

En virtud de que cada día imperaba más la realización de dichas operaciones, ya que se realizaban con mayor frecuencia, es que se pensó en la necesidad de que ello fuera regulado.

En esas condiciones, es que surge la primera reforma, que tiene por efecto incorporar la figura del comercio electrónico. La reforma se llevó a cabo en 2000, momento en el que se reformaron disposiciones en materia civil para el D. F., la legislación civil federal y su código adjetivo de esta última, la Ley Federal de Protección al Consumidor y, desde luego, nuestro ordenamiento en estudio, el Código de Comercio.

* Doctora en derecho por la Universidad Panamericana; catedrática en la División de Estudios de Posgrado de la Facultad de Derecho de la UNAM.

Lo anterior, si bien en su momento constituía una necesidad de legislación, la misma se presentaba como indispensable, pues el número de operaciones iba en aumento cada día, ya que como sostiene Josep M.:

La falta de instituciones globales adecuadas fue la principal causa del fracaso de la llamada primera globalización que se desarrolló a principios del siglo XX. Hace poco más de cien años, los niveles relativos de circulación transaccional de personas, mercancías, servicios y capitales, no eran muy diferentes a los actuales. En ese momento, un habitante de, por ejemplo, Londres podía pedir por teléfono cualquier cantidad de los diversos productos de la tierra entera para ser entregada a su puerta, podía seguir la suerte de sus activos en empresas de cualquier parte del mundo y podía viajar a cualquier país o clima sin pasaporte ni otra formalidad con monedas o billetes de cualquier moneda sin esperar ninguna queja o interferencia.¹

Lo que hoy no puede acontecer así; de ahí la necesidad de una regulación capaz de hacer posible y garantizar dichas operaciones.

II. CÓDIGO DE COMERCIO, CÓDIGO DE VANGUARDIA

El ordenamiento que se encarga de regular la actividad mercantil en el Estado mexicano es el Código de Comercio, del que se puede expresar, es más que un cuerpo normativo que regula actos de comercio, ya que si bien el mismo constituyó en sus inicios la compilación de diversas disposiciones (hoy materias autónomas), en el que se regulaban una serie de disposiciones, en años posteriores daría lugar a diversas leyes, a saber: las que regulan la materia de seguros y fianzas, concursal, de transporte, cambiaria, corporativa, bursátil, monetaria, de propiedad industrial, del consumo (y su protección), y aún más: la de comercio, hoy exterior.

Lo anterior pone de relieve la importancia de dicho ordenamiento, del que al día de hoy, en oposición a la idea de un texto refundido, constituyó el origen de materias que en la actualidad se encuentran reguladas en forma autónoma en una diversidad de leyes, que comparten un mismo antecedente legislativo (origen): el Código de Comercio.

De suyo, ello constituiría uno de los elementos de mayor importancia a considerar en relación con dicho ordenamiento, minimizándose así cualquier otra característica o importancia por destacar del mismo.

¹ Colomer, Josep M., *El gobierno mundial de los expertos*, Barcelona, Anagrama, 2015, p. 25.

Sin embargo, se considera que un papel fundamental del Código de Comercio es ser el origen de materias que hoy se proyectan con gran dimensión hacia otras áreas del derecho.

De ahí que en estas líneas se destaca el papel trascendente que este cuerpo normativo desempeña en el derecho positivo mexicano.

Muchos han sido los comentarios que la doctrina ha dedicado desde diferentes vertientes al respecto; tal es la referencia de Marta Morineau, al expresar.

...que la vigencia del Código de Comercio de 1890 (del que celebramos sus 125 años) es una verdad a medias, ya que numerosas materias han sido desincorporadas del texto original y ahora se encuentran reguladas en otros ordenamientos (leyes) refiriendo inclusive que a dicho fenómeno se le ha denominado descodificación.²

Es preciso advertir e insistir que no obstante tal circunstancia, el Código de Comercio debe ser considerado como fuente esencial del derecho mercantil, y diría aún más, constituye la piedra angular de avanzada en temas que de inicio sólo han sido previstos en la materia mercantil, y que desde su diseño e incorporación a la legislación mexicana es que han constituido una punta de lanza para los demás ordenamientos en el sistema mexicano.

Al contrario de esta última idea, existen voces autorizadas que estiman que pese a lo destacable en párrafo previo, insisten en sostener lo relativo a la descodificación en el caso del Código de Comercio, pero aun en ese caso no se deja de reconocer que "...es preciso advertir, e insistir, que no obstante tal circunstancia, deben ser consideradas como fuente esencial del Derecho mercantil".³

Por lo que hoy resulta necesario señalar que el Código de Comercio no sólo constituye fuente, sino aún más, el motor que impulsa en el derecho mexicano elementos de cambio y vanguardia, ya que a partir de su arribo a la legislación mercantil es que se han integrado en otras materias, dando pauta a que lo que se incorporó primigeniamente en la legislación mercantil, posteriormente se incorpore en otras materias. Tal ha sido el caso, en uno de los temas más importantes en la actualidad (mundo contemporáneo), como lo es en general, el reconocimiento de las tecnologías de la información en la ley.

² Quintana Adriano, Elvia A., en *Ciencia del derecho mercantil. Teoría, doctrina e instituciones* 3a. ed., México, Porrúa, 2015, p. 166.

³ *Ibidem*, p. 167.

Ahora bien, como lo sostiene la maestra Elvia Arcelia Quintana “...el Derecho mercantil es una ciencia autónoma que consta de elementos necesarios para considerarla principal en el conocimiento jurídico, por eso, como en toda rama del saber humano, está supeditada a los grandes inventos y descubrimientos del hombre en el transcurso de la historia”,⁴ expresión que sirve de piedra angular para el tema que se desarrolla en estas líneas, en razón de que justamente sean los avances en la tecnología⁵ los que impulsan y consecuentemente obligan a realizar ajustes a la legislación.

Así, para hacer viables las transacciones comerciales por la vía electrónica también hubo la necesidad de que permeara la modernidad surgida en las relaciones comerciales, que se vieron arrastradas en el caudal que impregnán las tecnologías de la información, de las que prácticamente hoy es válido afirmar que inciden en cualquier campo del saber humano.

Bajo esa premisa, era necesario que la ley comercial se adecuara a esa modernidad; ello, con la finalidad de que al momento de realizar dicha actividad —comercial— se dejara a un lado el soporte documental y se diera reconocimiento a los medios que por vía electrónica se generaran, y al amparo de los cuales se podían comprobar las transacciones así realizadas, que necesariamente llevaba a la eliminación de las que hasta ese momento constituyan barreras, que impedían que se llevaran a cabo de forma normal las transacciones del comercio electrónico, lo que se materializó a partir de las reformas del 29 de mayo de 2000, legislación que a pesar de ser incipiente hacia nacer el marco normativo necesario que permitiera el desarrollo de dicha actividad.

De esta reforma destacamos lo siguiente:

⁴ *Ibidem*, p. 169.

⁵ Considerar “A diferencia de lo sucedido en el siglo XIX con la superioridad comercial británica, respaldada por David Ricardo, que pregonaba las ventajas comparativas respecto de las doctrinas mercantilistas que justificaban el proteccionismo al presentar al comercio internacional como fuente de la riqueza y, por tanto, de las ganancias de ciertas nacionales a costa de las pérdidas de otras, la mundialización del capital a partir de los años setenta tiende a imponer la lógica de la ganancia, de la acumulación en todos los ámbitos, sectores, regiones y grupos sociales, y ha tenido como base material el desarrollo de las nuevas tecnologías de la electrónica, la informática, la computación, las comunicaciones; que no sólo permiten el flujo instantáneo de los capitales financieros sino que han hecho posible la expansión mundial de los medios masivos de comunicación, la universalización de los flujos de información, incluyendo la publicidad y la propaganda y, por consiguiente la difusión extensiva e intensiva de los valores y formas «idealizadas» (ideologizadas) de vida de las sociedades capitalistas y el consumo de masas”. Quintana Adriano, Elvia A., *La ciencia...*, cit., p. 169.

En la parte de la legislación civil⁶ se incorpora uno de los elementos más esenciales, como lo es el consentimiento de las partes, que, de conformidad, quedó establecido en su artículo 1803, el mismo puede ser expreso o tácito; también se adicionó a la fracción I, que en el caso del consentimiento expreso, éste será cuando la voluntad se manifieste verbalmente, por escrito, por medios electrónicos, ópticos o por cualquier otra tecnología, o aun por signos inequívocos. Estos elementos, así incorporados, resultan de gran trascendencia, pues se trata del reconocimiento que la legislación realiza en el tema del consentimiento, que por años había sido intocado, y que era necesario reformarlo para hacer viables las operaciones del comercio electrónico.

En ese sentido, en la legislación adjetiva resultaba de mayor importancia el establecer que en el tema de la prueba se reconocía como elemento probatorio y de convicción la información generada o comunicada que constara en medios electrónicos; en el caso de nuestro ordenamiento en estudio, es el arribo de la operación informática del Registro Público de Comercio.

Se reconoce que es el programa informático el que permite que se lleve a cabo la captura, almacenamiento, custodia, seguridad, consulta, reproducción, verificación, administración y transmisión de la información registral.

Con ello se expresa que todo se lleva a cabo en el Registro Público de forma electrónica: tal es el caso de la emisión de la boleta de inscripción, la que será entregada de forma electrónica o física; de igual manera, se habla a partir de ese momento del folio mercantil electrónico.

III. IMPLEMENTACIÓN DEL COMERCIO ELECTRÓNICO

Aún más, es en esa reforma en la que se modifica el libro segundo del Comercio en general; así, en el artículo 80 se establece que tanto los convenios como los contratos podrán celebrarse, entre otros, por el uso de medios electrónicos, ópticos o de cualquier otra tecnología, y que quedarán perfeccionados desde que se reciba la aceptación de la propuesta o las condiciones con que ésta fuera modificada.

En el título II se habla ya del comercio electrónico, en el que se reconoce plenamente que en la celebración de los actos de comercio podrán emplearse los medios electrónicos, ópticos o cualquier otra tecnología, y

⁶ Código Civil para el Distrito Federal en Materia Común y para toda la República en Materia Federal.

que en incorporación de un nuevo lenguaje, a partir de ese momento la información así generada, enviada, recibida, o en cualquier concepto por medios electrónicos, se conocerá, de conformidad con la ley, como “mensaje de datos”, lenguaje éste que se vuelve común en materia jurídica.

Es así que la llegada del mensaje de datos integra también la presunción de su recepción, el momento de su recepción, la necesidad para ciertos casos de un acuse de recibo y de cuándo surte efectos, el supuesto que de requerir la ley la forma escrita (formalidad), se tendrá por cumplido siempre que sea atribuible a personas obligadas y de acceso a ulterior consulta; el lugar que por ministerio de ley se señala es en el que se tendrá por expedido el mensaje de datos, el que será donde el emisor tenga su domicilio, y por recibido, el lugar donde el destinatario tenga el suyo, así como la admisibilidad como medio de prueba⁷ (que genere convicción⁸ en el juzgador); se

⁷ Tesis aislada I.3o.C.1067 C Novena Época. MENSAGES DE DATOS O CORREOS ELECTRÓNICOS. SON PRUEBAS DOCUMENTALES QUE PUEDEN ACREDITAR LA EXISTENCIA DE UNA RELACIÓN COMERCIAL ENTRE LAS PARTES DEL JUICIO, SIEMPRE QUE CUMPLAN CON LOS REQUISITOS ESTABLECIDOS EN EL CÓDIGO DE COMERCIO. De conformidad con el Código de Comercio se presumirá que un “mensaje de datos”, también conocido como “correo electrónico”, ha sido enviado por el emisor y, por tanto, el destinatario podrá actuar en consecuencia, cuando haya aplicado en forma adecuada el procedimiento acordado previamente con el emisor, con el fin de establecer que dicho “mensaje” provenía efectivamente de éste. Luego, cuando la ley requiera que la información sea presentada y conservada en su forma original, ese requisito quedará satisfecho cuando exista garantía confiable de que se conservó la integridad de la información, a partir del momento en que se generó por primera vez en su forma definitiva. Para ello, se considerará que el contenido de este tipo de documentos es íntegro, si éste ha permanecido completo e inalterado independientemente de los cambios que hubiere podido sufrir el medio que lo contiene, resultado del proceso de comunicación, archivo o presentación pues el grado de confiabilidad requerido será determinado conforme a los mecanismos establecidos previamente por las partes para lograr los fines para los que se generó la información y de todas las circunstancias relevantes del caso. Por lo que dicho “mensaje” servirá para acreditar una relación comercial entre las partes del juicio. Tercer Tribunal Colegiado en Materia Civil del Primer Circuito. Amparo directo 55/2007. Cantinas y Franquicias Gastronómicas, S.A. de C.V. 9 de agosto de 2007. Unanimidad de votos. Ponente: Víctor Francisco Mota Cienfuegos. Secretaria: María Estela España García. Esta tesis se publicó el viernes 31 de octubre de 2014 a las 11:05 horas en el *Semanario Judicial de la Federación*.

⁸ Tesis aislada XVII.2o.C.T.23 C Novena Época. TRANSFERENCIAS ELECTRÓNICAS. NO CONSTITUYEN DOCUMENTOS PRIVADOS, SINO ELEMENTOS DE PRUEBA DERIVADOS DE LOS DESCUBRIMIENTOS DE LA CIENCIA, CUYA VALORACIÓN QUEDA AL PRUDENTE ARBITRIO DEL JUZGADOR. Conforme a lo dispuesto en el artículo 1205 del Código de Comercio y 210-A del Código Federal de Procedimientos Civiles, de aplicación supletoria al ordenamiento legal citado en primer término, por disposición de su numeral 1063, se advierte que en materia mercantil la ley reconoce como medios de prueba todos aquellos elementos que puedan producir convicción en el ánimo del juzgador acerca de los hechos controvertidos, tales como las declaraciones de las partes, periciales y documentos, entre otros, así como la información

establece también que por ley el mensaje de datos será reconocido como prueba, el que para valorar su fuerza probatoria se estima primordialmente la fiabilidad del método en que haya sido generada, archivada, comunicada o conservada.

De igual manera, el tema que también obliga, a pesar de no ser parte central de estas líneas, lo constituyen las modificaciones a la Ley Federal de Protección al Consumidor, instrumento en el que se incorpora a partir de esa reforma el alcance en la protección de los derechos del consumidor en las transacciones efectuadas a través de los medios electrónicos, ópticos o de cualquier otra tecnología, así como lo referente a la promoción y uso de códigos de ética por parte de proveedores para las transacciones que se celebren por dichos medios, y, por último, se habla ya de un capítulo de derechos de los consumidores en las transacciones efectuadas a través del uso de medios electrónicos, ópticos o de cualquier otra tecnología.

Posteriormente, con motivo del Decreto por el que se reforman y adicionan diversas disposiciones del Código de Comercio en materia de firma

generada o comunicada en medios electrónicos, ópticos o en cualquier otra tecnología. Ahora bien, las transferencias de dinero realizadas vía electrónica, constituyen una información aportada como descubrimiento de la ciencia que reflejan imágenes en una pantalla electrónica, cuya expresión está supeditada a que se plasme en un objeto o cosa material para su exteriorización y manejo fuera del aparato que lo emite y reproduce, como lo es un documento, en el que la impresión escrita de una imagen proviene de la tecnología, es decir, derivada precisamente de la orden dada a un aparato electrónico, el cual finalmente editará la información que le es suministrada. Por tal motivo, a ese instrumento de información electrónico no le es atribuible el carácter de documento privado al carecer de la característica esencial de que pueda imputársele a persona alguna su elaboración o materialización ante la falta de firma autógrafa para efectos de su reconocimiento, en términos de los artículos 1238, 1241, 1242 y 1245 de la citada codificación mercantil. Precisado lo anterior, queda al prudente arbitrio del juzgador la valoración de la información recabada de medios electrónicos, de conformidad con el segundo párrafo del invocado artículo 210-A, pues para ello se atenderá a la fiabilidad del método en que haya sido generada, comunicada, recibida o archivada y, en su caso, si es posible atribuir a las personas obligadas el contenido de la información relativa y ser accesible su ulterior consulta. En ese sentido, si las transferencias obtenidas vía electrónica fueron exhibidas como prueba por la parte demandada, y éstas no fueron reconocidas por su contraria o por la institución bancaria ante la cual se realizó, ni contienen sello o firma digital, entendida ésta como una cadena de caracteres generada con motivo de la transacción electrónica, que permita autenticar el contenido de ese documento digital, resulta inconcluso que tales constancias solamente tienen el valor de indicio, y no constituyen un medio probatorio eficaz para demostrar que, efectivamente, se haya realizado el pago, ante la falta de desahogo de diversos medios probatorios que robustezcan tal circunstancia, como pueden ser la prueba pericial en informática y/o confesional, entre otras. Segundo Tribunal Colegiado en Materias Civil y de Trabajo del Décimo Séptimo Circuito. Amparo directo 620/2009. 21 de junio de 2010. Mayoría de votos. Disidente: Justino Gallegos Escobar. Ponente: José de Jesús González Ruiz. Secretaría: Marely de los Ángeles Castillo Reyes.

electrónica el 29 de agosto de 2003, se da una nueva reforma, que constituye la llegada en el título segundo “Del comercio electrónico” del capítulo I, denominado “De los mensajes de datos”, y ahora sí, el nuevo lenguaje necesario, que inclusive da lugar a que en el contenido del artículo 89 se establezcan definiciones para el “comercio electrónico”, con lo que se afianza la regulación de esta actividad en nuestro país, y de la que se destaca el siguiente lenguaje: *certificado, datos de creación de firma electrónica, destinatario, emisor, firma electrónica, firma electrónica avanzada⁹ o fiable, firmante, intermediario,*

⁹ Tesis aislada I.4o.C.19 C Décima Época. DOCUMENTOS Y CORREOS ELECTRÓNICOS. SU VALORACIÓN EN MATERIA MERCANTIL. La doctrina explica que en la época contemporánea cuando se habla de prueba documental no se puede pensar sólo en papel u otro soporte que refleje escritos perceptibles a simple vista, sin ayuda de medios técnicos; se debe incluir también a los documentos multimedia, es decir, los soportes que permiten ver estos documentos en una computadora, un teléfono móvil, una cámara fotográfica, etcétera. En varios sistemas jurídicos se han equiparado totalmente los documentos multimedia o informáticos, a efectos de valoración. Esa equivalencia es, básicamente, con los privados, y su admisión y valoración se sujeta a requisitos, sobre todo técnicos, como la firma electrónica, debido a los problemas de fiabilidad de tales documentos, incluyendo los correos electrónicos, ya que es posible falsificarlos e interceptarlos, lo cual exige cautela en su ponderación, pero sin desestimarlos sólo por esa factibilidad. Para evitar una pericial en informática que demuestre la fiabilidad del documento electrónico, pero complique su ágil recepción procesal, el juzgador puede consultar los datos técnicos reveladores de alguna modificación señalados en el documento, aunque de no existir éstos, atenderá a la posibilidad de alteración y acudirá a la experticia, pues el documento electrónico puede quedar en la memoria RAM o en el disco duro, y podrán expedirse copias, por lo que para comprobar el original deberán exhibirse documentos asistidos de peritos para su lectura. Así es, dado que la impresión de un documento electrónico sólo es una copia de su original. Mayor confiabilidad merece el documento que tiene firma electrónica, aunque entre esa clase de firmas existe una graduación de la más sencilla a la que posee mayores garantías técnicas, e igual escala sigue su fiabilidad, ergo, su valor probatorio. Así, la firma electrónica avanzada prevalece frente a la firma electrónica simple, ya que los requisitos de producción de la primera la dotan de más seguridad que la segunda, y derivan de la Ley Modelo de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional sobre las Firmas Electrónicas. Esta propuesta de normatividad, al igual que la diversa Ley Modelo sobre Comercio Electrónico, fue adoptada en el Código de Comercio, el cual sigue el criterio de equivalencia funcional que busca equiparar los documentos electrónicos a los tradicionales elaborados en soporte de papel, mediante la satisfacción de requisitos que giran en torno a la fiabilidad y trascienden a la fuerza probatoria de los mensajes de datos. Por ende, conforme a la interpretación de los artículos 89 a 94, 97 y 1298-A del Código de Comercio, en caso de que los documentos electrónicos reúnan los requisitos de fiabilidad legalmente previstos, incluyendo la existencia de una firma electrónica avanzada, podrá aplicarse el criterio de equivalente funcional con los documentos que tienen soporte de papel, de manera que su valor probatorio será equivalente al de estos últimos. En caso de carecer de esa firma y haberse objetado su autenticidad, no podrá concedérseles dicho valor similar, aunque su estimación como prueba irá en aumento si en el contenido de los documentos electrónicos se encuentran elementos técnicos bastantes, a juicio del juzgador, para estimar altamente probable su autenticidad e inalterabilidad,

mensaje de datos, parte que confía, prestador de servicios de certificación, sistema de información y titular del certificado.

Más allá de las definiciones que en esta reforma se incorporan al derecho mexicano (valga así la expresión utilizada), se advertirá posteriormente que el anterior constituye el lenguaje común en las materias de las que ha permeado; tal es el caso de la materia fiscal, en la que es harto conocida la llamada coloquialmente por sus siglas “FEA”, firma electrónica avanzada.

De igual forma, se establece la regulación que prevalece respecto del mensaje de datos y las partes que en él intervienen, a saber: el emisor y el destinatario o la parte que confía, el momento de recepción, así como lo relativo al acuse de recibo que se establece por ley.

Destaca además de forma muy particular en esta reforma el capítulo II “De las firmas”, cuyo elemento rector lo constituye el principio establecido en el artículo 96 del Código de Comercio, en el que se prevé que las disposiciones del Código serán aplicadas de modo que no excluyan, restrinjan o priven de efecto jurídico cualquier método para crear una firma electrónica; igual se habla ya “De las obligaciones del firmante”, y se le dedica un capítulo, el III, a los “Prestadores del servicio de certificación”, para finalmente, en el capítulo IV, establecer lo referente al “Reconocimiento de certificados y firmas electrónicas de extranjeros”, con lo que queda debidamente integrada la reforma de incorporación de medios electrónicos en la legislación mercantil desde 2003.

Lo anterior hizo que desde ese momento se consolidara la legislación del comercio electrónico en México, lo que generó la seguridad jurídica que debía imperar en las relaciones que se den entre los sujetos del comercio, a saber: consumidores y proveedores (comerciantes), que ya realizaban operaciones en medios electrónicos, pero ahora plenamente regulados y reconocidos por el derecho mexicano.

De ahí la importancia de nuestro tema, pues fue justo el Código de Comercio, el primer instrumento capaz de advertir, reconocer e incorporar de manera más completa en su ordenamiento las modificaciones que eran necesarias a efecto de dar respuesta a la evolución de la actividad de la que participan los comerciantes, y que fue, como se ha destacado, impulsada

o bien se complementan con otras probanzas, como la pericial en informática que evidencie tal fiabilidad. Por el contrario, decrecerá su valor probatorio a la calidad indiciaria si se trata de una impresión en papel del documento electrónico, que como copia del original recibirá el tratamiento procesal de esa clase de documentos simples, y se valorará en conjunto con las restantes pruebas aportadas al juicio para, en función de las circunstancias específicas, determinar su alcance demostrativo. Cuarto Tribunal Colegiado en Materia Civil del Primer Circuito. Amparo directo 512/2012. Litobel, S. A. de C. V. 13 de septiembre de 2012. Unanimidad de votos. Ponente: Francisco J. Sandoval López. Secretario: Raúl Alfaro Telpalo.

por los avances tecnológicos, lo que hizo necesaria la adecuación del marco normativo a ese momento vigente.

Siendo así el Código de Comercio el ordenamiento pionero en legislar el tema del comercio electrónico e incorporar un lenguaje propio de la actividad electrónica, llamada así para no dejar fuera los alcances en diversas materias a que se hará referencia, están inmersas en llevar a cabo una actividad en la que se aplican medios electrónicos.

Destacado así el papel de vanguardia que tiene dicho código, y que pese a que se conmemoren sus 125 años, se trata de un ordenamiento vigente, pues sobre sus instituciones se construyó el andamiaje necesario, que ha hecho llevar a cabo reformas tan relevantes como la que ahora ocupa nuestra atención, la llegada (incorporación) de los medios electrónicos al derecho positivo vigente en diversas materias (fiscal, contenciosa, amparo, etcétera).

IV. ELEMENTOS DE IMPULSO A OTROS ORDENAMIENTOS

Como se ha dejado sentado, la incorporación de medios electrónicos a la legislación mexicana, de la que es pionero el Código de Comercio, constituyó el detonante e impulso que lleva a que otras legislaciones incorporaran estos medios a los diversos cuerpos normativos, siendo imposible referirnos a todos, por lo que para efectos del presente, sólo se considerará una muestra representativa, que se materializa en tres legislaciones de gran importancia en materia federal, las que se estima constituyen más que una muestra representativa, pues quizás en ellas tanto desde los procedimientos oficiosos como de los de carácter contencioso se advierte cómo es que permea el cambio al incorporarse las tecnologías de la información, máxime que la construcción de nuestro sistema jurídico está cimentada en la tradición jurídica de un derecho formal (romano).

V. CÓDIGO FISCAL DE LA FEDERACIÓN

Derivado de la reforma del 5 de enero de 2004, la más cercana a la incorporación al Código de Comercio en la implementación del comercio electrónico (el 29 de agosto de 2003), se tiene la llegada de los medios electrónicos al Código Fiscal de la Federación, quizás la disposición de mayor impacto y conocimiento por el gobernado (contribuyente).

En ese año la reforma tenía un significado incipiente, pero en la que se incorporaba en el capítulo “De los medios electrónicos”, entre otros te-

mas, el principio consistente en que las disposiciones del código en materia de medios electrónicos sólo serían aplicables cuando así lo establezca la ley de la materia; adicionalmente, lo que se entiende por documento digital, el lugar de tramitación en la creación de las firmas electrónicas, vigencia de certificado y demás necesarios, que permitieran la aplicación de los medios electrónicos en materia fiscal.

Se incorporó el que las promociones que presentara el particular se harían mediante documento digital que tuviera la firma electrónica avanzada (en materia fiscal conocida coloquialmente como FEA), lo que se estableció en el artículo 18 de dicho ordenamiento.

En 2004 se impuso que las promociones de particulares debían ser enviadas por medios electrónicos que autorizara el Servicio de Administración Tributaria (SAT), precisando que en ese caso las mismas deberían cumplir ciertos requisitos, entre ellos la dirección de correo electrónico para recibir notificaciones.

La reforma condicionaba su vigencia (segundo transitorio, fracción II, de esa reforma de 2004) hasta en tanto el SAT no estableciera qué promociones deberían presentarse por medios electrónicos y cuáles en documento impreso.

Ello retardó entre otras razones la aplicación plena de dicha reforma, presentándose así, como un derecho que no era vigente, y por lo tanto no positivo.

No fue hasta la reforma del 9 de diciembre de 2013 cuando se incorporó el denominado “buzón tributario”, la contabilidad electrónica, las revisiones electrónicas, que van cristalizando plenamente la incorporación de medios electrónicos en el derecho fiscal.

VI. LEY FEDERAL DE PROCEDIMIENTO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

Las modificaciones realizadas a este ordenamiento, que hicieron reconocer los medios electrónicos e incorporarlos, derivaron de un diagnóstico del quehacer en el Tribunal Federal de Justicia Fiscal y Administrativa (TFJFA), derivado de las excesivas cargas de trabajo, cuyo único cauce de solución presentaba dos medidas a considerar: una llamada “tradicional”, que se hacía consistir en incrementar la estructura jurisdiccional (considerando la creación de al menos 22 salas regionales nuevas) con el elevado costo que tendría, o aplicar las tecnologías de la información (TIC) a la impartición de justicia, lo que impulsaría el desarrollo y operación de una nueva forma

de actividad jurisdiccional con la llegada al contencioso administrativo del juicio en línea.

Los costos que tendría la implementación de cualquiera de las dos medidas era el elemento que iba a sustentar la decisión, y desde luego que económicoamente debía ser menor el costo que implicaba la incorporación de las TIC, que incrementar la estructura jurisdiccional, derivando ello en la incorporación de medios electrónicos a la Ley que se encarga de regular el juicio contencioso administrativo.

Para esos años se consideró la experiencia que se tenía en otras dependencias en las figuras como: el Declara-SAT, Declaranet, Banca Electrónica, IFAI, firma electrónica en juicios de amparo contra la Ley del ISSSTE, Concilianet-Profeco.

Así, el 12 de junio de 2009 se publicó en el *Diario Oficial de la Federación* el Decreto por el que se reforman y adicionan diversas disposiciones de la Ley Federal de Procedimiento Contencioso Administrativo y de la Ley Orgánica del Tribunal Federal de Justicia Fiscal y Administrativa, por el que se adicionan las disposiciones que incorporan el juicio en línea, y más en general el llamado “sistema de justicia en línea”, que es el conjunto de disposiciones que permiten la viabilidad del pionero de la actividad jurisdiccional. Es el artículo 1o. A, el compendio del lenguaje común para la sustanciación del nuevo juicio.

Dicho sistema es definido por la ley, como el sistema informático establecido por el Tribunal, a efecto de registrar, controlar, procesar, almacenar, difundir, transmitir, gestionar, administrar y notificar el procedimiento contencioso administrativo que se sustancie ante el Tribunal.

Se adiciona el capítulo X, “Del juicio en línea”, que tiene por efecto regular lo necesario para hacer viable el mismo, el cual comprende del artículo 58A al 58S, en el que en términos generales se establece que el juicio se promoverá, sustanciará y resolverá en línea, y al que le es aplicable lo dispuesto en forma específica para el mismo.

Es de destacar que si bien éste es el pionero en la impartición de justicia en línea en México, con el pasar de los años no ha sido lo que se esperaba.

VII. LEY DE AMPARO

El caso de la Ley Reglamentaria de los Artículos 103 y 107 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos es quizás uno de los ordenamientos que de suyo resulte más relevante destacar, pues en él se consagra el juicio

de mayor envergadura que protege a los gobernados en el Estado mexicano, como lo es el juicio de amparo.

En ese sentido, éste se destaca por él mismo, sin necesidad de argumentar en adición a efecto de determinar su importancia.

En el caso de la Ley de Amparo, que fue publicada el 2 de abril de 2013, en ella se incorporan por primera vez para ese ordenamiento, los medios electrónicos, ya que en su artículo 3o. se establece que en el juicio de amparo las promociones, si bien deberán hacerse por escrito, a partir de la nueva Ley de Amparo (2013) será optativo para el promovente presentar su escrito en forma impresa o electrónicamente. Así, los escritos en forma electrónica se presentarán mediante el empleo de las tecnologías de la información (de ahí que en las consideraciones iniciales se hiciera referencia en general a las tecnologías de la información), las que requerirán el instrumento así incorporado por el Código de Comercio, ya que se harán utilizando la firma electrónica avanzada; ello, de conformidad con la regulación que emita el Consejo de la Judicatura Federal.

Es la firma electrónica avanzada la que de conformidad con la Ley de Amparo constituye el medio de ingreso (acceso) al denominado en dicho ordenamiento “el portal”, que constituye el sistema electrónico del Poder Judicial Federal, el que producirá los mismos efectos jurídicos de la firma autógrafa, y que hace viable tanto el envío y recepción de promociones, documentos, comunicaciones y notificaciones oficiales como la consulta de acuerdos, resoluciones y sentencias relacionadas con los asuntos competencia de los órganos jurisdiccionales.

De igual manera, se prevé que ya sea que las partes promuevan en forma impresa o electrónica, es obligación de los órganos jurisdiccionales que exista coincidencia integral entre el expediente electrónico y el impreso; ello, con el objetivo de que puedan ser consultados¹⁰ por las partes.

¹⁰ Y ahora con pleno reconocimiento legal de ser consultados en medios electrónicos, pues ya antes se tuvo que establecer un criterio por el Poder Judicial en el sentido de reconocer que las partes podían recibir autorización para la reproducción electrónica de actuaciones judiciales, pese a que hasta ese momento no existiera regulación expresa en la Ley de Amparo ni en su ley supletoria que lo permitiera, apoyándose en que disposiciones del Código de Comercio (numeral 1067) y el Código de Procedimientos Civiles del D. F. (71 y 331) actualmente autorizan la reproducción en copia simple o fotostática de los documentos o resoluciones que obren en autos a petición verbal de la parte interesada, sin que se requiera decreto judicial que así lo autorice siempre que se deje constancia de su recepción en los autos, sin precisar el medio tecnológico permitido para su obtención. Lo que llevaba al reconocimiento que hasta ese momento era incipiente, pero necesario del uso de los medios tecnológicos de reproducción, mismo que se aprecia a continuación, y que corresponde a 2009.

Se prevé que los titulares de los órganos jurisdiccionales sean los responsables de la digitalización de todas las promociones y documentos que

Tesis aislada I.3o.C.725 C Novena Época. REPRODUCCIÓN ELECTRÓNICA DE ACTUACIONES JUDICIALES. LAS PARTES PUEDEN RECIBIR AUTORIZACIÓN AUNQUE NO EXISTA REGULACIÓN EXPRESA EN LA LEY DE AMPARO NI EN SU LEY SUPLETORIA. La petición de las partes de que se les autorice el uso de todos aquellos elementos aportados por los descubrimientos de la ciencia y la técnica para copiar o reproducir el acuerdo o resoluciones dictadas por los tribunales, encuentra fundamento en los derechos constitucionales de petición y de información; no obstante, la Ley de Amparo no contiene regulación al respecto, ni tampoco su ley supletoria el Código Federal de Procedimientos Civiles, que sólo previene en su artículo 278, la expedición de copias certificadas, lo que se debe a que ese numeral no se ha modificado desde su publicación original en el *Diario Oficial de la Federación*, el veinticuatro de febrero de mil novecientos cuarenta y tres; por tanto, debe acudirse a la analogía con una norma vigente en acatamiento al artículo 14 constitucional. Así, el Código de Comercio en su numeral 1067, y el Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal, en los artículos 71 y 331, actualmente autorizan la reproducción en copia simple o fotostática de los documentos o resoluciones que obran en autos a petición verbal de la parte interesada, sin que se requiera decreto judicial que así lo autorice siempre que se deje constancia de su recepción en los autos, sin precisar el medio tecnológico permitido para su obtención; lo cual representa un gran cambio respecto de sus textos originales, sin embargo, no se dispuso expresamente respecto al uso por el propio interesado de los medios tecnológicos de reproducción para obtenerla y siendo un hecho notorio que en los dos últimos años la accesibilidad que algunos grupos sociales tienen a las innovaciones tecnológicas las que permiten a las partes el acceso a las constancias que obran en el expediente de una manera más ágil mediante el uso del scanner, la cámara fotográfica, lectores láser u otro medio electrónico para copiar constancias o reproducir el contenido de las resoluciones que obran en el expediente, lo que ha suscitado que soliciten autorización para copiar o tomar el acuerdo cotidiano de los expedientes, en los mismos términos en que se encuentran autorizados para consultarlos. De ahí que ante la falta de regulación expresa de esa situación, debe integrarse con una disposición vigente que regule una parecida en armonía con el principio general de derecho consistente en que quien puede lo más puede lo menos, y si de conformidad con la legislación procesal civil las partes y sus autorizados tienen acceso al expediente y tienen derecho a que se les expidan las copias simples que soliciten verbalmente sin que medie acuerdo, siempre que quede asentada su recepción, aunque no se precise que las partes directamente pueden obtener tales copias simples por el medio tecnológico que porten, ante la accesibilidad a las innovaciones tecnológicas que permiten la reproducción de las constancias que obran en el expediente de una manera más ágil mediante el uso del scanner, de la cámara fotográfica, de lectores láser u otro medio electrónico de reproducción portátil, no hay obstáculo legal que impida su utilización y debe ser permitida en aras de una impartición de justicia pronta y expedita, en términos del artículo 17 constitucional, sólo debe cuidarse que esas herramientas sean utilizadas con lealtad procesal y que no se reproduzcan documentos o textos cuya difusión esté reservada por disposición legal expresa o si previamente debe mediар una notificación personal a la parte interesada en obtener la reproducción; de modo que por regla general, sí procede autorizar la utilización de los avances de la ciencia, en integración de la laguna legal que padece la Ley de Amparo y su ley supletoria, para armonizar la situación actual científica y tecnológica y que en un futuro el legislador federal pudiera regular incluso con mayor alcance. Luego, bastará la solicitud verbal de la parte interesada, no se requerirá que re-

presenten las partes, así como de los acuerdos, resoluciones o sentencias, y, en general, de toda la información relacionada con los expedientes en el sistema, y que para el caso de que las promociones y demás se presenten en forma electrónica, se proceda a su impresión y correspondiente incorporación al expediente, lo que implica que los secretarios de acuerdos den fe tanto del expediente electrónico como del impreso.

Será el Consejo de la Judicatura Federal el que de conformidad con lo dispuesto en la Ley tenga por efecto emitir los acuerdos generales que determine necesarios para establecer las bases y correcto funcionamiento de la firma electrónica.

El caso en el que no se requerirá de la firma electrónica será el amparo que se promueva en términos de lo dispuesto en el artículo 15 de la Ley de Amparo, a saber: los que importen peligro de privación de la vida, ataques a la libertad personal fuera de procedimiento, incomunicación y, en general, de los prohibidos por el artículo 22 de la Constitución.

Ahora bien, es de destacar que de conformidad con el artículo decimoprimerº transitorio de la publicación en *Diario Oficial de la Federación de la Federación* del 2 de abril de 2013, se impone que el Consejo de la Judicatura Federal será el encargado de expedir el reglamento a que hace referencia el artículo 3º. del ordenamiento en comento para la implementación del sistema electrónico y utilización de la FEA en materia de amparo.

A manera de conclusión, como se ha podido apreciar a lo largo de lo hasta aquí expuesto en relación con los ordenamientos que han merecido estas líneas, existe un común denominador, “el lenguaje”, a que las diversas disposiciones se refieren, y que es el que ha sido incorporado por la legislación mercantil, y por el que se ha reconocido a dichos medios electrónicos, con lo que nuestra afirmación inicial cobra plena vigencia, en la medida en que es el Código de Comercio el ordenamiento que permitió sentar la base o el andamiaje que ha hecho lenguaje común en diversas materias, el relativo a “medios electrónicos”, así como que sea viable su incorporación, la que resultaba necesaria e inminente.

caiga proveído al respecto, pero en todo caso, por seguridad jurídica, se dejará constancia en autos de tal acto, sin que implique que la fe pública del secretario de Acuerdos quede comprometida respecto de la posterior reproducción o edición que hagan los interesados y, sólo para la hipótesis de que se solicite copiar sólo parte de un documento que obre en el expediente, deberá recaer acuerdo con vista a la contraparte para que manifieste lo que a su interés legal convenga. TERCER TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA CIVIL DEL PRIMER CIRCUITO. Amparo directo 358/2008. Riober, S. A. de C. V. y otros. 12 de febrero de 2009. Unanimidad de votos. Ponente: Neófito López Ramos. Secretaria: Greta Lozada Amezcuá.

VIII. BIBLIOGRAFÍA

- ACADEMIA DE ESTUDIOS FISCALES DE LA CONTADURÍA PÚBLICA, A. C., *Comercio electrónico. Principios jurídicos y marco fiscal*, México, Dofiscal Editores, 2001.
- BARRIUSO RUIZ, Carlos, *La contratación electrónica*, Madrid, Dykinson, 1998.
- CALDERÓN MEDINA, David, *Comercio electrónico e impuestos*, México, Academia de Estudios Fiscales de la Contaduría Pública, A. C., Dofiscal Editores. 2005.
- CASTELLS, Antoni y DURÁN, José María, *Las nuevas fronteras del sector público ante la globalización*, Madrid, Marcial Pons, 2004.
- COLOMER, Josep M., *El gobierno mundial de los expertos*, Barcelona, Anagrama, 2015.
- DÍAZ, Óscar Vicente, *El comercio electrónico y sus efectos en las relaciones tributarias internacionales*, Buenos Aires, Grupo Macchi, 2001.
- GARCÍA VARGAS, Salomón, *Algunos comentarios sobre el comercio electrónico y la correduría pública en México*, México, Porrúa, 2006.
- INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS de la UNAM, *Enciclopedia jurídica mexicana*, México, Porrúa-UNAM, 2004.
- JAVIER RIVAS, Alejandro, *Aspectos jurídicos del comercio electrónico en Internet*, 2a. ed., Arazandi, 2003.
- MARTÍNEZ NADAL, Apolonia, *Comercio electrónico, firma digital y autoridades de certificación*, Madrid, Civitas, 2000.
- MORO ALMARAZ, Ma. Jesús et al., *Consumidores y comercio electrónico*, Madrid, Colex, 2004.
- PIKETTY, Thomas, *El capital del siglo XXI*, 2a. ed., México, Fondo de Cultura Económica, 2015.
- QUINTANA ADRIANO, Elvia Arcelia, *La ciencia del derecho mercantil. Teoría, doctrina e instituciones*, 3a. ed., México, Porrúa, 2015.
- RÍOS GRANADOS, Gabriela, *La influencia de las nuevas tecnologías en el derecho tributario*, México, UNAM, 2006.
- ROLDÁN M., Silvina, *Tributación en el comercio electrónico*, Buenos Aires, Editorial Osmar D. Buyatti, 2006.
- VARIOS AUTORES, *Contratación y comercio electrónico*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2003.
- VÁZQUEZ GALLO, Enrique y BERROCAL COLMENAREJO, Julio, *Comercio electrónico. Materiales para el análisis*, Bogotá, Temis, 2003.

Hemerografía

ALLM, James y MELNIK MIKHAIL, I., “Sales Taxes and the Decision to Purchase on Line”, *Public Finance Review*, Londres, vol. 33, núm. 2, marzo de 2005.

BUNES IBARRA, José Manuel y SÁNCHEZ GALLARDO, Francisco Javier, “La Directiva 2002/38/CE, de 7 de mayo, sobre tributación en el IVA de ciertas prestaciones de servicios efectuadas por vía electrónica”, *Impuestos. Revista de Doctrina Legislación y Jurisprudencia*, año XIX, núm. 21, noviembre de 2003.

CASADEI, Massimo, “La imposición internacional del comercio electrónico en impuestos”, *Revista de Doctrina Legislación y Jurisprudencia*, núm. II, 2002.

DE JUAN y LEDESMA, Álvaro, “Fiscalidad del comercio electrónico, mito o realidad”, *Revista de Contabilidad y Tributación*, núm. 204, marzo de 2000.

GONZÁLEZ CARCEDO, Javier, “El comercio electrónico internacional y la tributación directa: reparto de las potestades tributarias”, *Crónica Tributaria* núm. 106, Madrid, Instituto de Estudios Fiscales, 2003.

VLERO LOZANA, Nicolás, “La fiscalidad del comercio electrónico como elemento de globalización económica”, *Revista Euroamericana de Estudios Tributarios*, Madrid, 2002.

Otras fuentes

LARA PÉREZ, Amparo de, *Un apunte sobre fiscalidad del comercio electrónico*, Madrid, Instituto de Estudios Fiscales, doc. núm. 10/02.

NÁCETE CORREA, Francisco José, *La fiscalidad internacional del comercio electrónico*, Madrid, Instituto de Estudios Fiscales, doc. núm. 23/05.

CONCURSO MERCANTIL: INSTRUMENTO DE CONSERVACIÓN EMPRESARIAL DEL ESTADO MEXICANO

Gricelda NIEBLAS ALDANA*

SUMARIO: I. *Nota introductoria.* II. *La quiebra en el Código de Comercio de 1890.* III. *La Ley de Quiebras y Suspensión de Pagos de 1943.* IV. *El concurso mercantil en la Ley de Concursos Mercantiles de 2000, como instrumento de conservación empresarial del Estado mexicano.* V. *Bibliografía.*

I. NOTA INTRODUCTORIA

Este año celebramos el centésimo vigésimo quinto aniversario del Código de Comercio de 1890, que inicialmente regulaba conjuntamente diversos tópicos mercantiles, entre ellos el concursal, y que a lo largo del tiempo se fueron descodificando para ser tratados en leyes especiales, ante la creciente expansión y especialización del comercio. Ese proceso fue connatural a la esencia del derecho mercantil, altamente evolutivo, porque su objeto de estudio, el comercio, constituye una de las manifestaciones sociales de mayor dinamismo, que precisa la existencia de un derecho que se transforme y adapte a las condiciones de la sociedad a la que se debe.

La materia concursal se desprendió de la regulación del Código de Comercio en 1943, al crearse la Ley de Quiebras y Suspensión de Pagos, y en 2000 derivó en la actual Ley de Concursos Mercantiles.

A 125 años de distancia, esa descodificación ha sido eficaz, porque ha permitido crear disposiciones especializadas para temas que, como el concursal, deben ser tratados en forma específica y detallada, sin que la especialización legislativa de esa y otras materias haya significado o representado la pérdida de la fuerza normativa o la relevancia del Código de Comercio, ya que no sólo sigue vigente formalmente, sino también en lo sustantivo,

* Es licenciada en derecho por la Universidad Nacional Autónoma de México. Directora general del Instituto Federal de Especialistas de Concursos Mercantiles.

porque además de conservar regulaciones específicas contiene otras de carácter general, que son el basamento del derecho mercantil mexicano, y que en conjunto con las disposiciones especializadas que se desprendieron de él dan respuesta a las circunstancias humanas actuales con mayor efectividad, al conformar un orden jurídico armónico e integral. Una muestra de ello es que, con independencia de la regulación que se creó en concreto en materia concursal, el legislador determinó al Código de Comercio como fuente supletoria principal, y así lo previó expresamente en el artículo 8o. de la Ley de Concursos Mercantiles.

Del análisis de los contenidos ideológicos que determinan el sentido de la materia concursal, tal como es concebida hoy en día, se desprenden razones sustanciales que justifican su tratamiento en una norma especializada; considero que la principal de ellas es el interés público, que atiende la conservación de las empresas y evitar que su incumplimiento generalizado de obligaciones ponga en riesgo su viabilidad y la de las demás con las que mantenga una relación de negocios, lo que marca una diferencia de tratamiento con otras figuras de derecho mercantil que regulan intereses netamente privados. De esa manera, la Ley de Concursos Mercantiles, definida expresamente como de interés público, así como su propio objeto de regulación: el concurso mercantil, contiene una serie de normas sensibles como políticas legislativas para sostener la viabilidad de las empresas.

En ese contexto, con motivo de este seminario, que tiene como eje central el análisis de la vigencia del Código de Comercio de 1890, resulta oportuno reflexionar sobre la evolución que ha tenido la materia concursal desde ese origen, no sólo para comprender la trascendencia actual del concurso mercantil, sino también la vigencia sustantiva del citado código, sobre todo en la parte adjetiva del tratamiento de las crisis económicas empresariales que afectan al comerciante, así como otras figuras que comprendían integralmente la regulación mercantil.

II. LA QUIEBRA EN EL CÓDIGO DE COMERCIO DE 1890

El Código de Comercio que nos ocupa fue expedido por el presidente Porfirio Díaz en 1889, en uso de las facultades extraordinarias que le fueron conferidas por el Congreso de la Unión, y entró en vigor el 1o. de enero de 1890. Con base en los dos códigos precedentes, que fueron expedidos en 1854 y 1884, así como en la legislación extranjera, en especial el Código español de 1885, el italiano de 1882, la legislación belga de 1867 y la argentina de 1859, en sus inicios regulaba la materia mercantil en su conjunto. Estaba

compuesto de cinco libros, de los cuales el cuarto regulaba *las quiebras*, y el quinto, *los juicios mercantiles*, en donde se incluía el especial de quiebras en su artículo 1055, fracción III.

Entre las reglas más relevantes destacan las siguientes:

- Sólo podían ser declarados en quiebra quienes fueran comerciantes.
- La competencia para conocer de los juicios respectivos era exclusiva de los tribunales locales.
- Los órganos de la quiebra eran el juez, la junta de acreedores, el Ministerio Público, los interventores y el síndico. El juzgador, además de tomar las decisiones fundamentales para la resolución de todos los aspectos de la quiebra, estaba facultado para calificar las excusas del síndico provisional, sustituirlo y aprobar su remuneración.
- Se identificaba el estado de quiebra con la cesación de pagos del comerciante; sus efectos no se producían de pleno derecho, sino que era necesario que el juez se pronunciara en ese sentido.
- El juicio especial de quiebra se sustanciaba por escrito, y podía iniciarse sea a instancia del propio deudor solicitando liquidación judicial o bien haciendo abandono de su activo, o por solicitud de uno o varios de sus acreedores, o bien de oficio. Había lugar al concurso necesario cuando los acreedores solicitaban al juez que declarara el estado de quiebra, sin perjuicio de que el juzgador podía iniciarla de oficio y declararla sin más trámite, cuando al pretender ejecutar una sentencia pasada en autoridad de cosa juzgada no se encontraban bienes suficientes del deudor, o cuando en las actuaciones de un juicio aparecía el estado de quiebra, así como, para el caso de quiebra de un banco, con el aviso del Ministerio Público cuando ello resultaba del corte de caja extraordinario ordenado por la Secretaría de Hacienda.
- El juez debía calificar la quiebra en la sentencia de graduación, y ello repercutía en la persona del quebrado, ya que aparte de las penas a que pudiera hacerse merecedor en caso de calificarse culpable o fraudulenta, la factibilidad de rehabilitación estaba dada en función de ella; si se consideraba fortuita, los fallidos podían ser rehabilitados con la protesta legal de que atendería el pago de sus deudas en la medida en que su situación se lo permitiera; en caso de resultar calificada como culpable, además de dicha protesta tenían que garantizar el cumplimiento de sus obligaciones. Los quebrados fraudulentos podían ser rehabilitados en las mismas circunstancias que los considerados culpables, pero no sin antes haber cumplido

su condena, haber sido indultados de ella o haber prescrito la pena que se les hubiera impuesto, y no tenían derecho a celebrar con sus acreedores convenio alguno.

- Era posible que el fallido conviniera con los acreedores el pago de las deudas, aun antes de la declaración de quiebra o en cualquier estado del juicio posterior al reconocimiento de créditos y a la calificación de la quiebra, siempre que la misma no se hubiera calificado como fraudulenta; los convenios judiciales tenían que celebrarse en junta de acreedores constituida, y se consideraban nulos los pactos particulares entre el quebrado y cualesquiera de sus acreedores.
- El convenio podía consistir en quita o espera, sin limitación alguna en ese sentido; la proposición de convenio, una vez discutida, se sometía a votación, y era suficiente para su aprobación el voto favorable de la mitad de los acreedores concurrentes más uno, siempre que éstos representaran las tres quintas partes del total del pasivo, deducido el importe de los créditos de los acreedores privilegiados que se hubieran abstenido de participar en la resolución.
- Una vez cumplido en sus términos el convenio, quedaban extinguidos los créditos, aun cuando quedara algún sobrante de los bienes de la quiebra o el comerciante después tuviera mejor fortuna. Si el deudor incumplía, cualquiera de los acreedores podía solicitar la rescisión del convenio y la continuación del juicio de quiebra.
- En cumplimiento de su obligación de liquidar el activo, dentro del mes siguiente a la fecha en que se sabía que no era posible concretar el convenio con los acreedores, el síndico definitivo debía procurar la venta, en primer término, de toda la negociación, y si no era posible, de los bienes que la constituyeran; en ambos casos, con un quebranto de veinticinco por ciento del valor que se les atribuía en inventarios, y si no los había, del avalúo que se hiciera por un corredor nombrado por el juez, o, a falta de corredores, por un comerciante acreditado. Trascurrido el primer mes sin que se lograra la venta, los bienes debían ser sacados a remate, en el cual los acreedores podían presentar su postura, y todas debían efectuarse en el sentido de hacer pago al contado. En la primera diligencia era postura mínima las dos terceras partes de su precio; si era necesario efectuar un segundo remate, era postura mínima el 40% de su precio, y en el tercer remate se autorizaba vender al mejor postor. Las cantidades así obtenidas tenían que ser depositadas por los síndicos en el Monte de Piedad si la quiebra se seguía en su sede, o en la casa de comercio más respetable cuando se seguía en otra localidad.

- La graduación de los créditos del fallido se hacía dividiéndolos en dos secciones: la primera, en la que se incluían los créditos singularmente privilegiados que tenían que ser satisfechos con el producto de los bienes muebles de la quiebra, entre ellos el fisco, los trabajadores por los últimos seis meses anteriores a la declaración de la quiebra, los acreedores alimentarios, los gastos funerarios y de enfermedad del fallido y los comunes, entre otros, y en la segunda sección los que debían pagarse con el producto de los inmuebles, como era el caso de los acreedores con derecho real y los remanentes insoluto de acreedores de la primera sección.
- Los acreedores debían percibir sus créditos sin distinción de fechas, a prorrata dentro de cada clase y con sujeción al orden señalado, con excepción de los hipotecarios y de los acreedores con privilegio sobre cosa terminada, pues en este caso, de concurrir varios acreedores de la misma clase se observaba la regla general. Los acreedores hipotecarios cuyos créditos no quedaban cubiertos con la venta de los inmuebles hipotecados debían ser considerados por la diferencia como acreedores por contratos civiles.

Como puede observarse, la regulación de la materia concursal en el Código de Comercio no tenía como eje central la conservación de la empresa; otros temas eran los que ocupaban dicho sistema concursal, que pueden identificarse en términos generales como un esquema de equidad y paridad en la recuperación de los créditos, así como un impulso marcado a las sanciones por la culpabilidad del comerciante en la declaración de la quiebra, a fin de no dejar impune su conducta.¹

III. LA LEY DE QUIEBRAS Y SUSPENSIÓN DE PAGOS DE 1943

Esta legislación fue publicada en el *Diario Oficial de la Federación* del 20 de abril de 1943; entró en vigor tres meses después, y conservó su vigencia hasta que inició la de la Ley de Concursos Mercantiles el 13 de mayo de 2000, esta última, aplicable a los procedimientos iniciados a partir de esa fecha, ya que su abrogación no aplicó para los iniciados con anterioridad, que siguieron tramitándose y rigiéndose por ella.

Los propósitos principales de la ley fueron la modernización de las quiebras, la sistematización tanto en la distribución de materias como en el em-

¹ Ramírez, José A., *La quiebra*, t. III, 2a. ed., Barcelona, Bosch, 1998, p. 2071.

pleo de términos técnicos, y recoger los problemas fundamentales que la doctrina y la jurisprudencia habían puesto de relieve, procurando resolverlos o señalar las bases generales para su solución, inspirándose para ello sobre todo en la legislación, en la jurisprudencia y en la doctrina hispanomexicanas.

Los criterios que orientaron la Ley de Quiebras y Suspensión de Pagos fueron: *a*) la quiebra no es un fenómeno económico que interese sólo a los acreedores, sino que se trata de una manifestación económico-jurídica en la que el Estado tiene un interés preponderante y fundamental; *b*) la empresa representa un valor objetivo de organización, y por esa razón su conservación es norma directiva fundamental; como consecuencia, ante la imposibilidad de conservarla, es preferible y obligatorio dentro de ciertos límites, proceder a su enajenación como un conjunto económico de bienes cuya separación era considerada como perjudicial a la comunidad, de ahí que su mantenimiento era de interés superior al del empresario y al de los acreedores; *c*) la simplificación del procedimiento, en la medida en que ésta no signifique una disminución esencial de las garantías procesales de seguridad jurídica; *d*) evitar toda posibilidad de corrupción entre las personas que participan en la conducción de la quiebra, introduciendo sistemas técnicos de vigilancia y de responsabilidad.

En particular, destacan varios aspectos concretos de la Ley:

- Podía ser declarado en estado de quiebra el comerciante que cesara en el pago de sus obligaciones, lo cual presupone un estado patrimonial de insolvencia; es decir, la imposibilidad de atender los pagos, sin que ello implicara identificarla con el concepto económico de insolvencia, sino que acudía a manifestaciones externas y objetivas que llevaran a presumir tal estado patrimonial; por ejemplo, el incumplimiento general, inexistencia o insuficiencia de bienes para embargar o ejecutar una sentencia, la ausencia del comerciante; asimismo, deja abierta la posibilidad de identificar situaciones análogas, lo que debía ser apreciado por el órgano jurisdiccional.
- La declaración de quiebra podía hacerse a petición del propio comerciante, de uno o más de los acreedores o de oficio, y en congruencia con el criterio orientador de la Ley, que concebía a la quiebra no como un fenómeno económico que interesa sólo al comerciante y a los acreedores, sino como una manifestación económico-jurídica en la que el Estado tiene interés, se introdujo la

posibilidad de que la declaración se produjera a petición del Ministerio Público.

- En el caso de que el comerciante pretendiera la declaración de su estado de quiebra, tenía que presentar la demanda por escrito, en la que expresara los motivos de su situación y acompañar sus libros de contabilidad, el balance de sus negocios, la relación de sus acreedores y deudores, sus estados de pérdidas y ganancias de los últimos cinco años, una descripción valorada de sus bienes y una valoración conjunta y razonada de su empresa.
- En el caso de los acreedores y del Ministerio Público, para lograr la declaración de quiebra del comerciante deudor, tenían que demostrar que el mismo se encontraba en alguno de los casos que listaba la propia Ley como presunción de cesación de pagos.
- En el supuesto de la actuación de oficio, para hacer la declaración de quiebra bastaba con que el juez advirtiera, durante la tramitación de un juicio mercantil, una situación de cesación de pagos; si no tenía competencia para hacer la declaración, debía comunicarlo al juez que la tuviera. En el evento de tener sólo duda seria y fundada de tal situación, tenía que notificarlo a los acreedores y al Ministerio Público, a fin de que éstos, en su caso, la solicitaran.
- A diferencia de la regulación hecha en el Código de Comercio, sí se permitió la competencia concurrente; así, el actor podía elegir entre un juez federal y uno local.
- El juez se consideró como el órgano central, rector de la quiebra, y a quien se le concede su dirección, vigilancia y gestión, así como de sus operaciones. De acuerdo con el principio de intervención directa, el juez tenía facultad no sólo para autorizar los actos de ocupación tanto al síndico como a los depositarios judiciales (estos últimos en tanto el primero toma posesión), sino de intervenir personalmente en ellos y de examinar la documentación del quebrado, con plena facultad de ordenar las medidas necesarias para la seguridad y buena conservación de los bienes de la masa.

Correspondía también al juez, convocar a las juntas de acreedores, así como examinar y comprobar los créditos. Asimismo, eran atribuciones del juez, entre otras, vigilar la actuación y remover al síndico, instarlo al cumplimiento de los actos o al ejercicio de las acciones útiles a la masa, así como al buen manejo y administración de los bienes de la masa.

Durante los primeros 44 años de vigencia, el juez tenía la facultad de designar al síndico, pero no con plena libertad, pues debía atender el orden

que determinaba la Ley de Quiebras y Suspensión de Pagos entre las instituciones y personas que podían desempeñar el cargo, además de respetar las incompatibilidades e incapacidades que la propia ley establecía, y limitarse en estricto a las instituciones y personas señaladas en la misma, que eran las instituciones de crédito, las cámaras de comercio y de industria y los comerciantes inscritos en el Registro Público de Comercio, si bien podía elegir libremente entre ellas, cuidando de que un comerciante no desempeñara al mismo tiempo dos sindicaturas.

Más tarde, se estableció que sería designada como síndico la cámara de comercio o la de industria a la que perteneciera el fallido; en otros casos, la Secretaría de Hacienda y Crédito Público seleccionaría a la sociedad nacional de crédito que fungiría como síndico. Las cámaras desempeñaban su encargo por conducto de su consejo directivo o de uno o varios delegados, y las sociedades nacionales de crédito lo realizaban como las funciones fiduciarias.

El síndico no podía delegar su cargo; no obstante, en el evento de que sus funciones tuvieran que desempeñarse fuera del lugar del juicio, podía valerse de mandatarios y representantes previa autorización del juez. Se le clasificó expresamente como auxiliar de la administración de justicia, que actuaba en nombre propio, no en representación del quebrado, sino en sustitución del mismo, y sus actos producían efectos a favor o en contra del quebrado. Las obligaciones y facultades del síndico eran todas aquellas que condujeran a la buena conservación y administración de los bienes para su liquidación y reparto, por lo que de manera enunciativa la Ley de Quiebras y de Suspensión de Pagos señala algunas, entre las que destacan el tomar posesión de los bienes; formulación del inventario y balance; recepción y examen de los libros, papeles y documentos; depósito del dinero recogido en la empresa o con motivo de pagos al quebrado; elaboración de un informe detallado acerca del funcionamiento de la empresa, estado de libros, época de retroacción, gastos, causas que hubieran dado lugar a la quiebra y demás datos que juzgara oportunos.

El quebrado conservaba la capacidad de obrar, y, por ello, entre otros actos, podía oponerse a la quiebra, participar como coadyuvante en los juicios seguidos por o contra el síndico, etcétera.

Ese nuevo esquema normativo implicó un cambio importante, porque consideró que la quiebra no era sólo un asunto de interés privado, sino de interés social y público, en tanto interesaba al comerciante y a los acreedores, pero también al Estado, por corresponder a éste la tutela de los intereses colectivos; reflejo de dicho interés público es el papel que se asignó al Ministerio Público, pues ordenaba que fuera oído en todos los actos previos al

dictado de resoluciones judiciales, con obligación expresa de los jueces de darle traslado de los documentos necesarios para ello.

Llama la atención, en particular, el enfoque sobre la naturaleza jurídica que la citada legislación atribuyó a la quiebra, al conceptualizarla como un fenómeno económico que nada más tiene relevancia jurídica cuando judicialmente se declara su existencia. Como indicó su exposición de motivos, ya atendía al principio de conservación de la empresa, vía la inclusión de un procedimiento preventivo de la quiebra, que era el de suspensión de pagos,² no sólo para tutela de los intereses privados que participan, sino como salvaguarda de los intereses colectivos que las empresas representan y de su “valor en la economía nacional”.³

A partir de este momento se bifurcó la regulación tanto para dar paso a la especialización de la materia como para poner en el centro de interés del Estado mexicano la conservación empresarial, sin perjuicio de hacer referencias concretas a los aspectos complementarios y supletorios que debían considerarse del Código de Comercio de 1890; un ejemplo de esto último es que al ubicar a los sujetos que podían ser declarados en quiebra, el legislador simplemente indicó que lo serían aquellos que tuvieran el carácter de comerciantes en términos del citado código.

IV. EL CONCURSO MERCANTIL EN LA LEY DE CONCURSOS MERCANTILES DE 2000, COMO INSTRUMENTO DE CONSERVACIÓN EMPRESARIAL DEL ESTADO MEXICANO

La Ley de Concursos Mercantiles fue publicada en el *Diario Oficial de la Federación* del 12 de mayo de 2000, y entró en vigor el 13 del mismo mes y año. Aun cuando constituye una nueva ley con una sistemática diversa, conservó disposiciones de la Ley de Quiebras y Suspensión de Pagos, e incluyó renovadas directrices que atienden a la evolución de las prácticas comerciales, al desarrollo de otras instituciones mercantiles y a los profundos cambios económicos y de la composición de la sociedad mexicana hasta ese momento.

De acuerdo con su exposición de motivos,⁴ tuvo por objetivo central apoyar la maximización del valor de una empresa en crisis mediante su

² Hartasánchez Noguera, Miguel A., *La suspensión de pagos (un instituto legal para la conservación de la Empresa)*, 2a. ed., México, Porrúa, 1998, p. 27.

³ Gómez Leo, Osvaldo R. (coord.), *Derecho concursal, “Efectos del concurso preventivo sobre los contratos (conservación de la empresa en marcha)”*, Buenos Aires, Rubinzal-Culzoni, p. 63.

⁴ Disponible en: <http://legislacion.scn.gob.mx/Buscador/Paginas/wejProcesoLegislativoCompleto.aspx?IdOrd=16134&IdRef=1&IdProc=1>.

conservación, como principio del sistema concursal, y evitar la repercusión económica negativa a la sociedad, y, de no ser posible, preservar su valor económico mediante un procedimiento de liquidación ordenada que procurara el mejor precio como producto de su enajenación, y además, insiste en el trato equitativo al comerciante y sus acreedores.

Su base está orientada por los criterios siguientes: *a)* maximizar el valor social de la empresa; *b)* conservar el equilibrio entre deudor y acreedores; *c)* inducir el flujo de información relevante; *d)* respetar en lo posible las relaciones contractuales preexistentes; *e)* adecuar los incentivos para facilitar un arreglo voluntario entre los deudores y acreedores; *f)* propiciar las soluciones extrajudiciales; *g)* apoyar a los jueces en aspectos técnicos y administrativos del procedimiento; *h)* simplificar los trámites judiciales y procedimientos administrativos.

Algunos de los aspectos relevantes de la citada ley son los siguientes:

Además de señalar como sujetos del procedimiento concursal a quienes tienen carácter de comerciante en términos del Código de Comercio, precisa que el concepto de comerciante también comprende el de patrimonio fideicomitido afecto a actividades empresariales. Igualmente, señala, para efectos de la legislación concursal, lo que debe entenderse por sociedades mercantiles controladoras y controladas.

Establece competencia exclusiva para tramitar el proceso a favor del juez de distrito; en principio, el que tiene jurisdicción en el domicilio del comerciante.

Introdujo un novedoso sistema, que regula la participación de especialistas de concursos mercantiles, denominados “visitador”, “conciliador” y “síndico”; reclutados, capacitados, designados y supervisados por el Instituto Federal de Especialistas de Concursos Mercantiles, que se crea en la indicada ley; para ello se asume que al juez debe encomendarse la rectoría del procedimiento y reservarle la atención de cuestiones jurídicas y la toma de decisiones jurisdiccionales, en tanto que a los especialistas, dada su solvencia moral, conocimientos y experiencia en el ramo de la actividad que corresponde a sus atribuciones, verificados por el Instituto, ataña la solución de problemas financieros, económicos, administrativos, etcétera, que supone la crisis empresarial.

La intervención del Instituto Federal de Especialistas de Concursos Mercantiles ha respondido a la necesidad de colmar eficazmente esos nuevos estándares de especialización, para la óptima resolución de la insolvencia empresarial, y para asegurar que quienes intervengan como especialistas sean competentes y honestos, para generar condiciones de desempeño de

sus funciones bajo los parámetros de objetividad, imparcialidad y profesionalismo, dado que ellos, en parte, encarnan⁵ el cuidado del interés público de conservación de la empresa ante las repercusiones de la crisis.

Se estableció para su uso en diversas fases del procedimiento, el requisito de emplear formatos preestablecidos, de libre reproducción, que aseguran que todos los datos relevantes se puedan presentar de manera clara y ordenada; es responsabilidad del Instituto emitirlos y actualizarlos. Este órgano también debe establecer los criterios de selección y actualización de los especialistas, y emitir y actualizar las reglas de carácter general, para aspectos específicos del procedimiento concursal que precisan de una regulación más detallada, flexible y oportuna, sobre temas como especialistas, publicidad, garantías, etcétera, en la medida en que la evolución de los mercados y las prácticas comerciales requieren de ajuste y adaptaciones, para mantener la eficacia y vigencia de las disposiciones de la ley.

La iniciativa de la declaración de concurso puede ser del propio comerciante, o bien de uno o varios acreedores o del Ministerio Público. Si durante el trámite de un juicio mercantil el juez que conoce de él advierte que se actualizan las condiciones o los casos de presunción del incumplimiento generalizado de pagos, de oficio lo comunicará a las autoridades fiscales y al Ministerio Público, para que en su caso este último plantee la demanda, en su caso, sin perjuicio de que la autoridad fiscal en su carácter de acreedor también puede hacerlo.

La sentencia de concurso mercantil, que tiene naturaleza declarativo-constitutiva, procede por el incumplimiento generalizado en el pago de obligaciones, lo que sucede cuando el comerciante tiene dos o más acreedores distintos, y, adicionalmente, se advierta que no cuenta con activos líquidos suficientes para hacer frente al 80% de sus obligaciones vencidas a la fecha de presentación de la solicitud o demanda y cuando sus obligaciones vencidas desde hace por lo menos treinta días representan al menos el 35% de todas sus obligaciones; en caso de solicitud del propio comerciante, basta con reunir una de las dos condiciones, y ambas tratándose de demanda.

Como medida precautoria, bajo la premisa de conservación empresarial pueden obtenerse incluso antes de la sentencia declaratoria de concurso, pero en todos los casos es consecuencia de su dictado la suspensión de ejecuciones y de los pagos de adeudos contraídos con anterioridad, salvo los estrictamente necesarios para la operación.

Las gestiones para el reconocimiento de créditos se llevan a cabo de oficio por el especialista en funciones, sin perjuicio del derecho de los acre-

⁵ Ramírez, José A., t. I, *op. cit.*, p. 439.

dores, de presentar sus solicitudes, debiendo primero presentar una lista provisional y posteriormente una lista definitiva, con base en la cual el juez dicta la sentencia de reconocimiento, graduación y prelación de créditos.

En cuanto al desarrollo del procedimiento, salvo la situación de excepción en que haya iniciado mediante una solicitud planteada por el comerciante con petición de apertura de su quiebra o cuando fue demandado por sus acreedores y este se allanó,⁶ a partir de la sentencia que declara el concurso mercantil el trámite es unitario, y se desarrolla mediante dos etapas sucesivas: la conciliación y la quiebra.

La conciliación tiene la finalidad de lograr la conservación de la empresa mediante un convenio entre el comerciante y sus acreedores. El conciliador, a quien la ley le encomienda proponerlo, debe evaluar la información disponible a fin de concluir si hay viabilidad que permita al comerciante cumplir con sus obligaciones. Para ser eficaz, el convenio debe ser suscrito por el comerciante y por acreedores reconocidos que representen más de la mitad del pasivo reconocido de entre el total de comunes, y aquellos con garantía real y con privilegio especial que decidan suscribirlo.

El convenio judicialmente aprobado, que además de reestructurar el pasivo permite obtener señalados beneficios fiscales, obliga al concursado, a todos los acreedores clasificados como comunes, sea que lo hayan aprobado o no, a los acreedores con garantía real o privilegio especial sólo cuando lo suscribieron o se haya pactado para ellos el pago de lo vencido, incluyendo accesorios, y cubrir según lo antes contratado lo que es exigible a partir de la aprobación del convenio.

Con la sentencia de aprobación de convenio se da por terminado el concurso mercantil, se ordena al conciliador la cancelación de inscripciones registrales y cesan en sus funciones los órganos del concurso.

La quiebra tiene como propósito que se proceda a la enajenación del activo, en principio de la totalidad de los bienes y derechos de la masa considerados como empresa en marcha; si ello no es posible, de sus unidades productivas y, en última instancia, de los bienes que la integran, procurando obtener el mayor producto posible, para hacer el pago a los acreedores reconocidos. Esa lógica determina que el principio de conservación empresarial no es privativo de la etapa de conciliación, sino que también opera en la etapa de quiebra, aun cuando tenga una finalidad diferente, en la que si bien debe buscarse la enajenación de los activos para pago de los acreedores, debe privilegiarse la venta de la empresa como negocio en marcha⁷ o al

⁶ Reforma publicada en el *Diario Oficial de la Federación* el 10 de enero de 2014.

⁷ Rovira, Alfredo L., *Empresa en crisis*, Buenos Aires, Astrea, 2005, pp. 241 y 242.

menos como unidad productiva, a fin de reasignarla a otro empresario que pueda continuar con ese esfuerzo.

El concursado es declarado en quiebra si así lo solicita o si se allana a la pretensión del acreedor demandante, o bien cuando transcurren la conciliación y sus prórrogas si se hubieran concedido sin que se hubiera aprobado un convenio en ese lapso, o cuando el conciliador lo solicite por falta de disposición para celebrar un convenio por el comerciante o sus acreedores o imposibilidad de lograrlo.

Con motivo de la sentencia que abre la etapa de quiebra, subsisten los efectos de la que abrió la etapa de conciliación, con las excepciones propias de la naturaleza de la primera, entre ellas la suspensión de la capacidad de ejercicio del quebrado respecto de sus bienes, quien es sustituido en su administración por el síndico, quien debe enajenar ordenadamente el activo para realizar el pago a los acreedores reconocidos, lo que realiza a través de una cuota concursal, que es la cantidad de dinero que se ordena pagar a los acreedores considerando el efectivo con que en ese momento se cuenta y la clase o grado que en cada oportunidad de reparto debe ser pagada.

Cuando el concurso termina sin cubrir a todos los acreedores reconocidos la totalidad de su crédito, los acreedores pueden seguir, según el tiempo en que se hacen efectivas y los bienes sobre los que recaen, dos tipos de acciones: pedir la reapertura del concurso o el ejercicio de acciones individuales.

Entre los procedimientos particulares que regula la Ley de Concursos Mercantiles destaca el concurso mercantil con plan de reestructura previo, que se introdujo mediante reforma publicada en el *Diario Oficial de la Federación* el 27 de diciembre de 2007, en el marco de seguir favoreciendo la conservación empresarial; tal procedimiento especial requiere de una solicitud formulada por el comerciante deudor y la mayoría simple⁸ de sus acreedores, a pesar de que aún no se encuentre dentro de los supuestos que comprueban o hacen presumir el incumplimiento generalizado de pagos, ya que se introduce la posibilidad de que los mismos se actualicen dentro de los noventa días hábiles siguientes, lo que debe expresarse bajo protesta de decir verdad, ya que en este caso se omite la visita de verificación.

Como parte de la denominada “Reforma Financiera”, en 2014 se modificó la Ley de Concursos Mercantiles, teniendo como eje incorporar mecanismos para proteger la masa, propiciar mayor equilibrio entre acreedores y concursados, acotar la duración de los juicios, entre otras medidas

⁸ Reforma publicada en el *Diario Oficial de la Federación* el 10 de enero de 2014.

para propiciar el otorgamiento de créditos y evitar su encarecimiento del crédito. Por su trascendencia, se destacan algunos de esos cambios:⁹

1. Prohibir expresamente al juez concursal prorrogar los plazos.
2. Facilitar el acceso al procedimiento mediante:
 - a) El uso de formatos adicionales, diseñados por el Instituto, para solicitar o demandar la declaración en concurso mercantil.
 - b) La posibilidad de que el comerciante solicite ser declarado en concurso mercantil ante la sola inminencia de incumplimiento generalizado de sus obligaciones.
 - c) La posibilidad de que los comerciantes integrantes de un grupo societario soliciten sucesiva o simultáneamente la declaración conjunta en concurso mercantil, sin consolidación de masas, cuando uno de ellos se ubique en los supuestos de incumplimiento generalizado de obligaciones y dicho estado coloque a uno o más de ellos en la misma situación.
3. Fortalecer y equilibrar los derechos del concursado y acreedores, a través de:
 - a) La precisión expresa de que el objetivo principal de la Ley comprende no sólo “la conservación de la empresa”, sino también “la protección de los acreedores y de la masa” a través de principios procesales específicos.
 - b) La previsión específica sobre la posibilidad de que el comerciante, desde la presentación de su solicitud de declaración en concurso mercantil, contrate créditos indispensables para mantener la operación ordinaria de la empresa y la liquidez necesaria durante la tramitación del procedimiento; inclusive mediante el financiamiento de acreedores del comerciante, bajo la convicción de que la conservación de la empresa es el escenario más propicio para la recuperación de sus créditos, sobre todo al disponerse de reglas que mejoran su mecánica y seguridad de recuperación.
 - c) La obligación de que el solicitante presente como anexos una propuesta preliminar de conservación de la empresa y una propuesta de convenio preliminar de pago a sus acreedores.

⁹ Informe Semestral de Labores del Instituto Federal de Especialistas de Concursos Mercantiles, núm. 28, consultable en la página de Internet <http://www.ifecom.cjf.gob.mx/PDF/informes/28.pdf>.

4. Dar tratamiento específico a los créditos intercompañías o especialmente relacionados, mediante:
 - a) La creación de un nuevo grado de acreedores, denominado “acreedores subordinados”, bajo el que se agrupan aquellos que convienen la subordinación de sus derechos respecto de los créditos comunes y los que guardan una especial relación familiar o de negocios con el concursado, con excepciones que favorecen su posibilidad de obtener créditos.
 - b) El establecimiento de reglas restrictivas para los acreedores subordinados, por la especial vinculación que guardan con el concursado y la limitación justificada de su posición en el procedimiento cuando ello atenta el principio de igualdad de trato,¹⁰ en temas como el derecho de voto del convenio concursal, la intervención en la sustitución de conciliador o síndico, así como en la determinación de un mayor rigor en la identificación de actos en fraude de acreedores, cuando hayan intervenido en su celebración.
 - c) La subordinación del cobro de sus créditos a fin de que se hagan efectivos, en caso de quiebra, sólo después de pagados los créditos comunes.
5. Prever la posibilidad de que los acreedores garantizados puedan ejecutar sus garantías aun en la etapa de conciliación, siempre y cuando el activo objeto de la garantía no sea estrictamente indispensable para la operación ordinaria de la empresa del concursado.
6. Reducir el porcentaje necesario de acreedores para la suscripción de un convenio en la etapa de quiebra.
7. Incorporar algunas figuras para buscar mejores condiciones y plazos más cortos de enajenación de la masa para el pago a los acreedores en la etapa de quiebra, como la venta de activos bajo la responsabilidad del síndico, cuando el valor de enajenación no exceda del monto que fije el Instituto mediante reglas de carácter general, o bien encargar a terceros especializados la venta.
8. Evitar abusos del comerciante y de sus administradores, vía:
 - a) La introducción de un régimen de responsabilidades de los administradores y “empleados relevantes” del concursado.

¹⁰ Junyent Bas, Francisco y otro, *Ley de Concursos y Quiebras comentada (Argentina)*, t. 1, Buenos Aires, Depalma, 2003, p. 27.

- b) El incremento de las penas tratándose de delitos en situación de concurso mercantil, y la regulación sobre la responsabilidad penal de los administradores, empleados relevantes y representantes legales.

La legislación concursal actual, que colocó la conservación de la empresa viable en el centro de intereses del Estado mexicano, contiene mecanismos que delimitan al concurso mercantil como un instrumento eficaz para el logro de esa finalidad, definida expresamente como de “interés público”, ya que se traduce en beneficios concretos no sólo para la concursada, sino también para todos los involucrados, toda vez que un sistema concursal en el contexto de un Estado constitucional democrático debe estar orientado, como lo ha definido el Fondo Monetario Internacional, a la repartición previsible, equitativa y transparente de los riesgos entre los participantes de una economía de mercado y proteger y maximizar el valor de la empresa, pues ello beneficia al interés de todas las partes comprometidas en la economía en general.¹¹

El concepto de “empresa” es para la ciencia del derecho mercantil una institución en la que concreta su integración y múltiples enfoques.¹² Este es uno de los puntos neurálgicos en la incidencia entre la Ley de Concursos Mercantiles y el Código de Comercio, así como con otras leyes especiales, como es el caso de la Ley General de Sociedades Mercantiles.

En adición a otras disposiciones y figuras específicas que fueron evolucionando desde la concepción de la quiebra en el Código de Comercio de 1890 hasta la actualidad, es destacable que la empresa cobró un evidente valor para el Estado mexicano, por ser una institución socialmente relevante y factor en la producción y comercialización de bienes y servicios, así como generadora de empleo, valor agregado, tecnología y de crédito,¹³ en síntesis, de riquezas; de ahí su connotación de motor del desarrollo y del crecimiento económico, que el sistema normativo comercial recoge en diversas leyes que orientan su naturaleza y finalidad, y que a través del concurso mercantil logran su conservación.

¹¹ Rivera, Julio César, *Instituciones de derecho concursal*, 2a. ed., t. I, Buenos Aires, Rubinzal-Culzoni, p. 38.

¹² Quintana Adriano, Elvia Arcelia, *La ciencia del derecho mercantil. Teoría, doctrina e instituciones*, 3a. ed., México, Porrúa, 2015, p. 371.

¹³ Rouillon, Adolfo A. N., *Régimen de concursos y quiebras Ley 24.522 (Argentina)*, Buenos Aires, Astrea, 2004, p. 36.

V. BIBLIOGRAFÍA

- GÓMEZ LEO, Osvaldo R (coord.), *Derecho concursal, efectos del concurso preventivo sobre los contratos (conservación de la empresa en marcha)*, Buenos Aires, Rubinzal-Culzoni.
- HARTASÁNCHEZ NOGUERA, Miguel A., *La suspensión de pagos (un instituto legal para la conservación de la empresa)*, 2a. ed., México, Porrúa, 1998.
- JUNYENT BAS, Francisco y otro, *Ley de Concursos y Quiebras comentada (Argentina)*, t. 1, Buenos Aires, Depalma, 2003.
- RAMÍREZ, José A., *La quiebra*, t. III, 2a. ed., Barcelona, Bosch, 1998.
- RIVERA, Julio César, *Instituciones de derecho concursal*, 2a. ed., t. I, Buenos Aires, Rubinzal-Culzoni.
- ROUILLON, Adolfo A. N., *Régimen de concursos y quiebras Ley 24.522 (Argentina)*, Buenos Aires, Astrea, 2004.
- ROVIRA, Alfredo L., *Empresa en crisis*, Buenos Aires, Astrea, 2005.
- QUINTANA ADRIANO, Elvia Arcelia, *La ciencia del derecho mercantil. Teoría, doctrina e instituciones*, 3a. ed., México, Porrúa, 2015.

CONSTITUCIÓN DE LA SOCIEDAD ANÓNIMA E INTEGRACIÓN DEL CAPITAL SOCIAL

Alberto Fabián MONDRAGÓN PEDRERO*

SUMARIO: I. *Sociedad anónima. Concepto.* II. *Formas de constitución de la sociedad anónima.* III. *Requisitos de constitución.* IV. *Integración del capital social.* V. *Carácter de accionista.* VI. *Requisitos de las acciones.* VII. *Estipulaciones en la integración del capital social.*

I. SOCIEDAD ANÓNIMA. CONCEPTO

La sociedad anónima es una persona jurídico-colectiva que existe bajo una denominación, la cual se forma libremente, teniendo como único limitante que no sea igual o similar a la de otra sociedad, y en la cual los socios responden de manera limitada por hasta el monto de sus acciones y el deber del pago de las mismas. La denominación deberá ir seguida de las palabras “sociedad anónima” o de las siglas S. A.¹

II. FORMAS DE CONSTITUCIÓN DE LA SOCIEDAD ANÓNIMA

De acuerdo con la legislación mercantil, una sociedad anónima se puede constituir de dos modos:

El primero es el *o de constitución procedimiento ordinario simultánea*. Dos socios como mínimo, después de obtener el permiso de la Secretaría de Economía, comparecerán ante un fedatario público (notario o corredor público) y suscribirán en documento constitutivo correspondiente, para posteriormente

* Egresado de la Facultad de Derecho. Doctor en derecho por la División de Estudios de Posgrado de la Facultad de Derecho de la UNAM. Director del Seminario de Derecho Mercantil en la Facultad de Derecho de la UNAM.

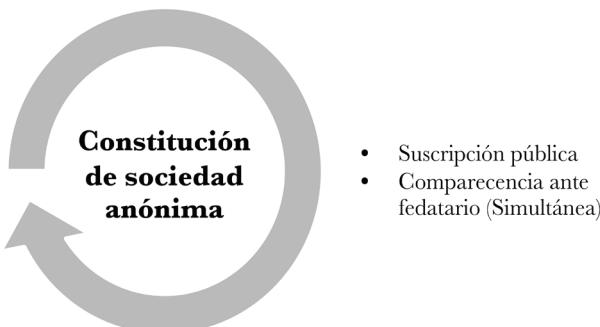
¹ Quintana Adriano, Elvia Arcelia (coord.), *Diccionario de derecho mercantil*, México, Porrúa, 2001, p. 412.

te inscribirlo ante el Registro Público de Comercio. En dicho documento social será indispensable que se establezca el monto mínimo del capital social y que esté íntegramente suscrito; respecto de las acciones, se deberá exhibir en dinero efectivo por lo menos el 20% de cada una, y si algunas acciones han de pagarse en bienes distintos al numerario, estas últimas deberán estar íntegramente pagadas.

El segundo procedimiento es por suscripción pública; en éste, los promotores de la organización de la sociedad, a los que la ley llama “fundadores”, redactarán un proyecto de documento constitutivo, que omitirá el nombre de los socios, la descripción de las aportaciones y el nombramiento del órgano de administración y de vigilancia, depositando dicho proyecto en el Registro Público de Comercio.

Cada suscriptor que esté interesado en formar parte de la sociedad deberá entregar por escrito y por duplicado su petición, en la cual indicará la fecha de suscripción; su nombre, nacionalidad y domicilio; el número de acciones que pretende adquirir, así como su naturaleza y valor; la forma y términos en que se obligue a pagar las acciones que pretende adquirir, y manifestar que conoce y acepta el proyecto de estatuto social.

Sea cual fuere la forma en que se constituya la sociedad, además de los requisitos de constitución que ya se mencionaron y se encuentran establecidos en el artículo 6o. de la Ley General de Sociedades Mercantiles, el documento constitutivo de una sociedad anónima deberá contener los requisitos establecidos en el artículo 91 de la ley mencionada: la parte exhibida del capital social; el número, valor nominal y naturaleza de las acciones en que se divide el capital social; la forma y términos en que deba pagarse la parte insoluta de las acciones; la participación en las utilidades concedida a los fundadores; el nombramiento de uno o varios comisarios, y las facultades de la asamblea general y las condiciones para la validez de sus deliberaciones.



III. REQUISITOS DE CONSTITUCIÓN

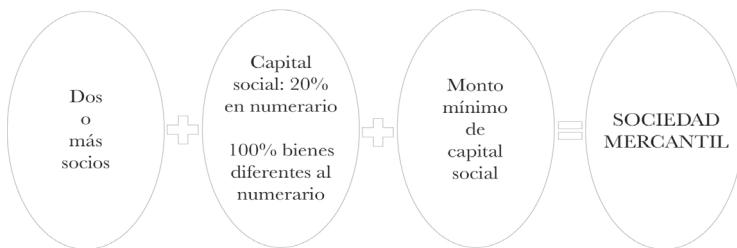
1. *Sociedad regular*

Las sociedades anónimas inscritas en el Registro Público de Comercio adquieren la calidad de “regulares”, y no será procedente su nulidad salvo en los casos de que se dediquen a un objeto ilícito o tengan un objeto ilícito, en cuyo caso no solamente procede su nulidad, sino adicionalmente se determina su liquidación, siguiendo los lineamientos del artículo 3o. de la Ley General de Sociedades Mercantiles. Adicionalmente, al tener la calidad de regulares por dicha inscripción en el Registro Público de Comercio, tendrán personalidad jurídica propia y distinta a la de los socios.

2. *Formalización*

Las sociedades anónimas regulares se constituirán ante notario o corredor público. A su vez, el documento constitutivo deberá contemplar: los nombres, domicilio y nacionalidad de los socios; el objeto de la sociedad, su razón social o denominación; su duración; el importe del capital social; la calidad, ya sea en bienes o servicios que cada socio aporte, y su valor queda sujeto a criterio seguido para determinarlo; el domicilio en que se establecerá la sociedad; la manera de administrarla y las facultades de los administradores; el nombramiento de los administradores y quienes llevarán la firma social; cómo habrán de repartirse las utilidades y pérdidas entre los socios al final del ejercicio; el monto del fondo de reserva; la forma y casos en que la sociedad haya de disolverse anticipadamente, y las bases para realizar la liquidación. Lo anterior, con fundamento en el artículo 6o. de la Ley General de Sociedades Mercantiles.

El documento constitutivo deberá inscribirse dentro de los quince días siguientes a su otorgamiento. De no hacerse, cualquier socio está legitimado para acudir ante la autoridad judicial y solicitar su inscripción; el legislador ordenará que sea en la vía sumaria, y al no existir hasta el día de hoy dentro del derecho procesal mercantil dicha vía, se deberá tramitar mediante juicio ordinario mercantil.



3. Requisitos particulares para la sociedad anónima

De acuerdo con la Ley General de Sociedades Mercantiles, en cumplimiento del artículo 89 se requiere:

- I. Que haya dos socios como mínimo, y que cada uno de ellos suscriba una acción por lo menos.
- II. Que el contrato social establezca el monto mínimo del capital social y que esté íntegramente suscrito.
- III. Que se exhiba en dinero efectivo cuando menos el 20% del valor de cada acción pagadera en numerario, y
- IV. Que se exhiba íntegramente el valor de cada acción que haya de pagarse, en todo o en parte, con bienes distintos al numerario.

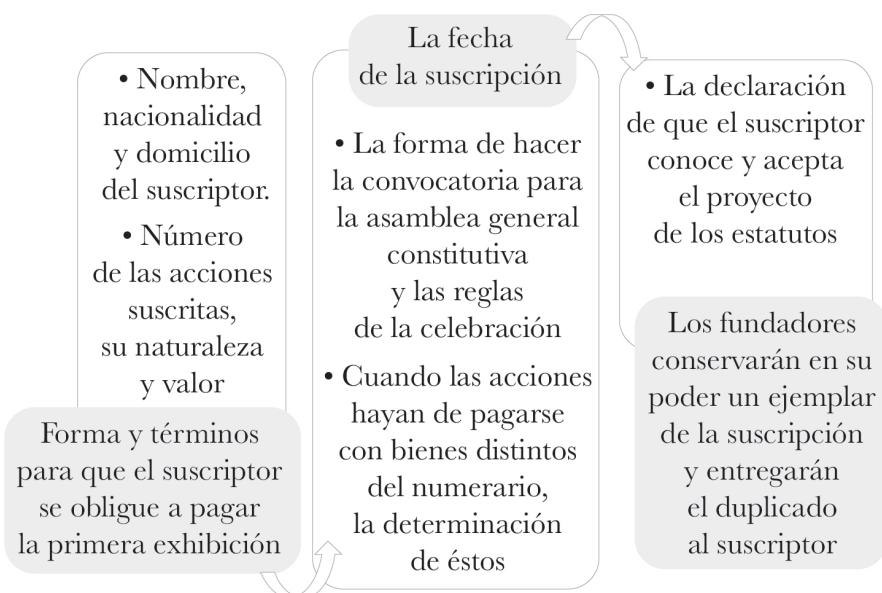
Debe destacarse que en cumplimiento a las reformas señaladas en el *DOF* del 13 de junio del 2014, la sociedad anónima puede constituirse por la comparecencia ante fedatario público, de las personas que otorguen la escritura o póliza correspondiente, o por suscripción pública, sujeto esto último a lo que marque la Ley del Mercado de Valores en su artículo 11, que a la letra dispone:

Las sociedades anónimas que pretendan constituirse a través del mecanismo de suscripción pública a que se refiere el artículo 90 de la Ley General de Sociedades Mercantiles, deberán inscribir las acciones representativas de su capital social en el Registro y obtener la autorización de la Comisión para realizar su oferta pública, ajustándose a los requisitos que les sean aplicables en términos de esta Ley.

En la sociedad anónima, si se formaliza su constitución mediante la figura de “suscripción pública”, los fundadores redactarán y depositarán en el Registro Público de Comercio un programa, que deberá contener el pro-

yecto de los estatutos, mismos requisitos para la escritura o póliza, excepto los nombres, nacionalidad y domicilio de las personas físicas o morales que constituyan la sociedad, el importe del capital social, y el nombramiento de uno o varios comisarios.

La suscripción se recogerá por duplicado en ejemplares del programa, y contendrá:



Dicha forma de suscripción pública es limitativa para la sociedad anónima, con las diferentes variables en su constitución previstas en la Ley del Mercado de Valores. Sin embargo, destacan dentro de las obligaciones principales que el suscriptor deposite las cantidades que se haya obligado a exhibir en numerario, en la institución de crédito que hayan designado los fundadores para que sean recogidas por los representantes de la sociedad una vez constituida. Cuando las aportaciones sean distintas al numerario, su formalización se realizará al acudirse ante un fedatario público para efectos del otorgamiento del acta constitutiva de la sociedad en documento público.

Se prevé en la legislación que si un suscriptor no respeta estas obligaciones, los fundadores podrán exigirle judicialmente el cumplimiento o tener por no suscritas las acciones.

Acciones	<ul style="list-style-type: none">• Quedan suscritas dentro del término de un año, contado desde la fecha del programa; puede haber excepciones.
Vencido el plazo convencional o legal	<ul style="list-style-type: none">• El capital social no fue íntegramente suscrito o por otro motivo no se constituyó la sociedad, los suscriptores quedan desligados y podrán retirar las cantidades depositadas.
Suscrito el capital social y hechas las exhibiciones legales	<ul style="list-style-type: none">• Los fundadores, dentro de un plazo de quince días publicarán la convocatoria para la reunión de la asamblea general constitutiva, en la forma prevista en el programa, en el sistema electrónico establecido por la Secretaría de Economía.

De acuerdo con el artículo 100 de la legislación mercantil, se regula que la asamblea general constitutiva se ocupará:

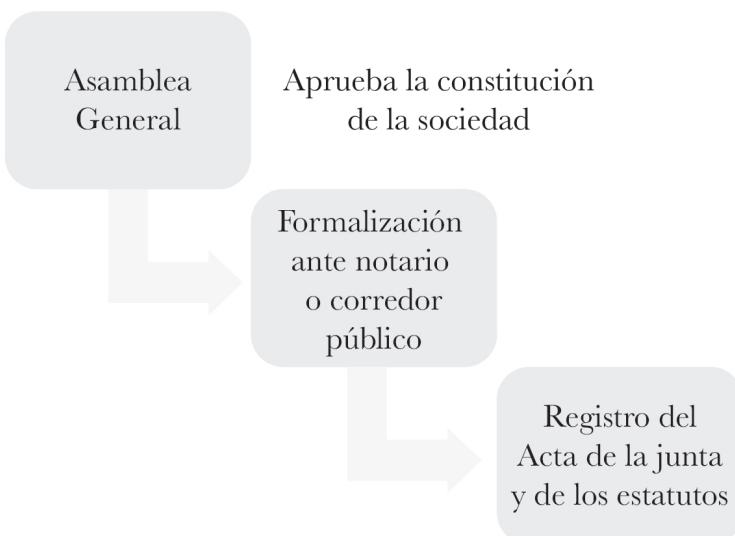
I. De comprobar la existencia de la primera exhibición prevenida en el proyecto de estatutos;

II. De examinar y en su caso aprobar el avalúo de los bienes distintos del numerario que uno o más socios se hubiesen obligado a aportar. Los suscriptores no tendrán derecho a voto con relación a sus respectivas aportaciones en especie;

III. De deliberar acerca de la participación que los fundadores se hubiesen reservado en las utilidades;

IV. De hacerse el nombramiento de los administradores y comisarios que hayan de funcionar durante el plazo señalado por los estatutos, con la designación de quiénes de los primeros han de usar la firma social.

Es importante resaltar que en la constitución de una sociedad anónima mediante la suscripción pública figuran el suscriptor y el fundador; este último no puede estipular a su favor ningún beneficio que menoscabe el capital social, ni en el acto de la constitución ni posteriormente; de lo contrario, estará afectada de nulidad tal manifestación de voluntad. La participación en las utilidades, para ellos, no podrá exceder del 10%, ni podrá abarcar un periodo de más de diez años a partir de la constitución de la sociedad. Cabe mencionar que se cubrirá posteriormente de haber pagado a los accionistas un dividendo de 5% sobre el valor exhibido de sus acciones.



Si establece el documento social que los fundadores sean titulares de los denominados “bonos de fundador”, de acuerdo con el artículo 108 de la Ley General de Sociedades Mercantiles, se expedirá un documento, que debe contener:

- I. Nombre, nacionalidad y domicilio del fundador;
- II. La expresión “bono de fundador” con caracteres visibles;
- III. La denominación, domicilio, duración, capital de la sociedad y fecha de constitución;
- IV. El número ordinal del bono y la indicación del número total de los bonos emitidos;
- V. La participación que corresponda al bono en las utilidades y el tiempo durante el cual deba ser pagada;
- VI. Las indicaciones que conforme a las leyes deben contener las acciones por lo que hace a la nacionalidad e cualquier adquirente del bono;
- VII. La firma autógrafa de los administradores que deban suscribir el documento conforme a los estatutos.

Se concluye que los bonos de fundador sólo confieren el derecho de percibir la participación en las utilidades que el bono exprese y por el tiempo señalado en el mismo. Esto es, no se computarán en el capital social, ni autorizarán a sus tenedores para participar en él a la disolución de la sociedad ni para intervenir en su administración. Sí podrán tener derecho al canje de

sus títulos por otros que representen distintas participaciones, siempre que la participación total de los nuevos bonos sea idéntica a la de los canjeados.

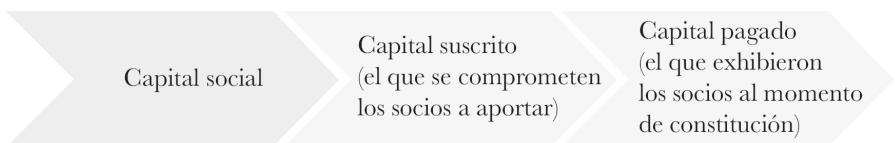
IV. INTEGRACIÓN DEL CAPITAL SOCIAL

Se integra el capital social por el conjunto de bienes que la persona moral adquiere mediante el valor inicial en dinero o en bienes diferentes al numerario que aportan los accionistas que lo forman, en el momento de la constitución de la sociedad. El valor permanece inmutable durante la vida de la sociedad, salvo los aumentos o disminuciones acordados por los socios.

El capital social es el elemento económico inicial de la sociedad anónima, integrado por fracciones (acciones), que representan las aportaciones que los socios se comprometen a exhibir a la sociedad. El capital es el núcleo y el porcentaje mínimo que alcanza el patrimonio social en su inicio.

Así, el capital social en sentido estricto constituye una cifra ideal que figura en los estatutos o en las actas de asamblea, y representa la suma de los valores nominales que los accionistas se comprometen a pagar.

Para integrar el capital social, los socios deben cubrir sus aportaciones en numerario o bien en especie (todos los bienes diferentes al numerario que se encuentren dentro del comercio). En tanto se reúne el capital social, éste se clasifica en dos tipos: el capital suscrito (aquel que los socios se obligan a aportar) y el capital pagado o exhibido (el importe de capital suscrito cubierto por las aportaciones de los socios al momento de constituirse la sociedad).



V. CARÁCTER DE ACCIONISTA

Desde el momento en que una persona suscribe acciones, se integra con la calidad de socio y accionista, tratándose de la sociedad anónima, aunque no haya cubierto la totalidad de sus aportaciones ni se le hayan expedido y entregado los títulos accionarios. Se trata de un derecho que le permite tener injerencia en la persona jurídico-colectiva denominada sociedad anónima, atribu-

yéndole un conjunto de derechos patrimoniales y corporativos que lo facultan para participar en el funcionamiento y gestión de la sociedad; puede formar parte de sus órganos sociales, mantener su porcentaje accionario, asistir a las asambleas y disfrutar del voto en las mismas, así como en los beneficios que obtenga la sociedad en el límite que la literalidad de la acción le incorpore.

El accionista adquiere un derecho de tipo económico de recibir dividendos y en la cuota de liquidación, siguiendo los lineamientos del artículo 247 de la Ley General de Sociedades Mercantiles, dividendos en proporción a sus aportaciones.

A su vez, adquiere derechos corporativos el accionista al poder participar si así lo determina, en la “asamblea constitutiva” o mediante asamblea general ordinaria la calidad de “administrador único” o “integrante del consejo de administración”.

Sin dejar de reconocer su facultad de tener voz y voto en las asambleas.

Debe destacarse que los accionistas en una operación determinada que tengan por cuenta propia o ajena un interés contrario al de la sociedad, deberán abstenerse de toda deliberación relativa a dicha operación. El accionista que vaya en contra de lo que marca ley al respecto será responsable de los daños y perjuicios, cuando sin su voto no se haya logrado la mayoría necesaria para la validez de la determinación.

El artículo 198 de la Ley General de Sociedades Mercantiles señala:

Sin perjuicio de lo que dispongan las leyes especiales, los accionistas de las sociedades anónimas podrá convenir entre ellos:

I. Derechos y obligaciones que establezcan opciones de compra o venta de las acciones representativas del capital social de la sociedad, tales como:

a) Que uno o varios accionistas solamente puedan enajenar la totalidad o parte de su tenencia accionaria, cuando el adquirente se obligue también a adquirir una proporción o la totalidad de las acciones de otro u otros accionistas, en iguales condiciones;

b) Que uno o varios accionistas puedan exigir a otro socio la enajenación de la totalidad o parte de su tenencia accionaria, cuando aquellos acepten una oferta de adquisición, en iguales condiciones;

c) Que uno o varios accionistas tengan derecho a enajenar o adquirir de otro accionista, quien deberá estar obligado a enajenar o adquirir, según corresponda, la totalidad o parte de la tenencia accionaria objeto de la operación, a un precio determinado o determinable;

d) Que uno o varios accionistas queden obligados a suscribir y pagar cierto número de acciones representativas del capital social de la sociedad, a un precio determinado o determinable; y

e) Otros derechos y obligaciones de naturaleza análoga;

II. Enajenaciones y demás actos jurídicos relativos al dominio, disposición o ejercicio del derecho de preferencia a que se refiere el artículo 132 de esta Ley, con independencia de que tales actos jurídicos se lleven a cabo con otros accionistas o con personas distintas de éstos;

III. Acuerdos para el ejercicio del derecho de voto en asambleas de accionistas;

IV. Acuerdos para la enajenación de sus acciones en oferta pública, y

V. Otros de naturaleza análoga.

Los convenios a que se refiere este artículo no serán oponibles a la sociedad, excepto tratándose de resolución judicial.

Con carácter de accionista, sólo podrá ejercer su derecho por una sola vez en materia de votación de cualquier asunto respecto del cual no se consideren suficientemente informados. Se toma en cuenta que esto es a solicitud de los accionistas que reúnan el 25% de las acciones representadas en una asamblea, la cual se aplazará para que dentro de tres días y sin necesidad de una nueva convocatoria se lleve a cabo. Sin embargo, estos accionistas podrán oponerse judicialmente a las resoluciones de las asambleas generales siempre y cuando se observe lo que marca la ley en estudio en su artículo 201:

I. Que la demanda se presente dentro de los quince días siguientes a la fecha de la clausura de la Asamblea;

II. Que los reclamantes no hayan ocurrido a la Asamblea o hayan dado su voto en contra de la resolución, y

III. Que la demanda señale la cláusula del contrato social o el precepto legal infringido y el concepto de la violación.

No podrá formularse oposición judicial contra las resoluciones relativas a la responsabilidad de los administradores o de los comisarios.

VI. REQUISITOS DE LAS ACCIONES

Siendo el capital social que integra la totalidad de las aportaciones de los socios, aquel se representa mediante acciones, que a su vez son parte alícuota de dicho capital social. La medida de participación en el capital se determina en razón del número de títulos que adquieren por su aportación en el acto constitutivo.

La expresión “parte alícuota del capital social” se identifica con el valor nominal de la acción, que en términos generales, y salvo modificaciones que al respecto se llegaren a hacer en el documento constitutivo, es permanente durante la vida de la sociedad. Este valor nominal es diverso del valor real, que es aquel que resulta como cociente después de dividir el patrimonio social entre el número de las acciones emitidas; del valor contable, el cual se calcula dividiendo el capital más las reservas y beneficios todavía no distribuidos, entre el número de acciones, y el valor bursátil, que se establece tomando en cuenta los tres valores anteriores.

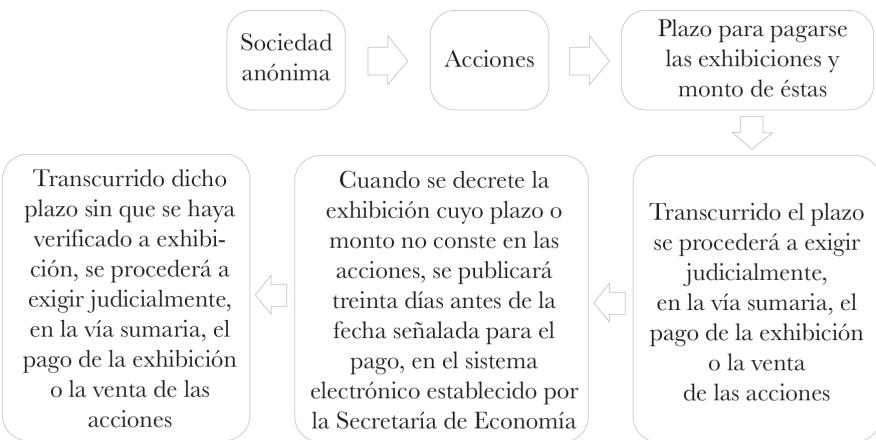
Las acciones por regla general confieren igual valor y derechos a los socios. Sin embargo, puede estipularse que el capital social se divida en varias clases de acciones con derechos especiales para cada clase, como el voto limitado, o mayores dividendos, por ejemplo:



El artículo 113 de la Ley General de Sociedades Mercantiles regula:

...cada acción sólo tendrá derecho a un voto; pero en el contrato social podrá pactarse que una parte de las acciones tenga derecho a voto solamente en las Asambleas Extraordinarias que se reúnan para tratar los asuntos comprendidos en las fracciones I, II, IV, V, VI y VII del artículo 182.

<i>Tipos de acciones</i>	<i>Observaciones</i>
Ordinarias	No se le asignan dividendos sin que antes se pague a las de voto limitado
De voto limitado	Se paga un dividendo de 5%; los tenedores tienen derecho para oponerse a las decisiones de las asambleas y para revisar el balance y los libros de la sociedad
Especiales	Se emiten en favor de personas que prestan su servicio a la sociedad
Pagadoras	Tienen aparejada la responsabilidad por el importe insoluto de la acción durante cinco años contados desde la fecha del registro de traspaso
De goce	Tendrán derecho a las utilidades líquidas, después de que se hayan pagado a las no reembolsables el dividendo señalado en el contrato social; el mismo contrato social podrá también conceder el derecho de voto a las acciones de goce
No reembolsables	Concurrirán con las acciones de goce, en el reparto del haber social, después de que éstas hayan sido integralmente cubiertas, salvo que en el contrato social se establezca un criterio diverso para el reparto de excedente. Esto sucede en el caso de liquidación



Con relación a lo anterior, el artículo 121 de la misma legislación indica:

...si en el plazo de un mes, a partir de la fecha en que debiera hacerse el pago de la exhibición, no se hubiere iniciado la reclamación judicial o no hubiere

sido posible vender las acciones en un precio que cubra el valor de la exhibición, se declararán extinguidas aquéllas y se procederá a la consiguiente reducción del capital social.

La venta de acciones se hará por medio de corredor titulado y se extenderán nuevos títulos o nuevos certificados provisionales. El producto de la venta de las acciones se aplicará al pago de la exhibición decretada, y si excediera cubrirá los gastos de la venta y los intereses legales sobre el monto de la exhibición. El remanente se entregará al antiguo accionista, quien tiene un año para hacerlo, contado a partir de la fecha de la venta.

Las acciones son indivisibles; si hay varios copropietarios de una misma, se nombrará un representante común, quien no podrá enajenar o gravar la acción; si no hay acuerdo para el nombramiento, la autoridad judicial lo hará.

Es importante resaltar que las acciones en un periodo que no excede de tres años tendrán derecho a intereses no mayores del 9% anual. Obviamente, mientras no se entregan los títulos se emiten certificados provisionales, que serán nominativos, y en su oportunidad se canjean por los títulos llamadas “acciones”.

La Ley General de Sociedades Mercantiles, en su artículo 125, establece:

Los títulos de las acciones y los certificados provisionales deberán expresar:

- I. El nombre, nacionalidad y domicilio del accionista;
- II. La denominación, domicilio y duración de la sociedad;
- III. La fecha de la constitución de la sociedad y los datos de su inscripción en el Registro Público de Comercio;
- IV. El importe del capital social, el número total y el valor nominal de las acciones.

Si el capital se integra mediante diversas o sucesivas series de acciones, las mencionadas del importe del capital social y del número de acciones se concretarán en cada emisión, a los totales que se alcancen con cada una de dichas series.

Cuando así lo prevenga el contrato social, podrá omitirse el valor nominal de las acciones, en cuyo caso se omitirá también el importe del capital social.

V. Las exhibiciones que sobre el valor de la acción haya pagado el accionista, o la indicación de ser liberada;

VI. La serie y número de la acción o del certificado provisional, con indicación del número total de acciones que corresponda a cada serie;

VII. Los derechos concedidos y las obligaciones impuestas al tenedor de la acción, y en su caso, a las limitaciones al derecho de voto y en específico las estipulaciones previstas en la fracción VII del artículo 9o. de esta Ley.

VIII. La firma autógrafa de los administradores que conforme al contrato social deban suscribir el documento, o bien, la firma impresa en facsímil de dichos administradores a condición, en este último caso, de que se deposite el original de las firmas respectivas en el Registro Público de Comercio en que se haya registrado la Sociedad.

Respecto al párrafo 2o. de la fracción IV del artículo antes mencionado, cuando por cualquier causa se modifiquen las indicaciones contenidas en los títulos de las acciones, éstas deberán canjearse y anularse los títulos primitivos, o bien bastará que se haga constar en estos últimos, previa certificación notarial, o de corredor público titulado.

SOCIEDAD ANÓNIMA

Acciones	Certificados provisionales
----------	----------------------------

CUPONES (DIVIDENDOS/INTERESES)

Ordinarias, de goce, de voto limitado, pagadoras, reembolsables	Son canjeables por acciones
---	-----------------------------

AMBOS TÍTULOS DEBEN CONTENER LO QUE ESTABLECE EL ARTÍCULO 125 DE LA LEY GENERAL DE SOCIEDADES MERCANTILES

Accionistas

Tienen el derecho preferente en proporción al número de acciones (aumento de capital); se ejercita dentro de los quince días siguientes a la publicación (acuerdo tomado por asamblea sobre el aumento del capital) en el sistema electrónico por la Secretaría de Economía

Toda sociedad anónima emite acciones como certificados provisionales, que podrán amparar una o varias acciones, sin emitir nuevas acciones sino hasta que las precedentes hayan sido íntegramente pagadas y la misma sociedad considere como dueño de las acciones a quien aparezca inscrito como tal en el registro de acciones, el cual deberá contener:

1. Nombre, nacionalidad y domicilio del accionista, con la indicación de las acciones que le pertenezcan, expresándose los números, series, clases y demás particularidades.
2. La indicación de las exhibiciones que se efectúen.
3. Las transmisiones que se realicen a petición de cualquier titular, y en el contrato social debe haberse pactado para que se lleve a cabo con la autorización del consejo de administración, quien también podrá negar la autorización designando un comprador de las acciones al precio corriente en el mercado. La transmisión de una acción que se efectúe por medio diverso al endoso deberá anotarse en el título de la acción.

Toda sociedad anónima tiene prohibido adquirir sus propias acciones, salvo por adjudicación judicial, en pago de créditos de la sociedad. En tal caso, las venderá dentro de los tres meses a la fecha en que legalmente pueda disponer de ellas; si no lo hace, se extingue, y procederá a la reducción del capital mediante reembolso a los accionistas; pero si hay anulación se hará por sorteo ante notario o corredor titulado.

Cuando los consejeros y directores hayan autorizado la adquisición de acciones, y no respetan lo que se establece en el párrafo anterior, serán personal y solidariamente responsables de los daños y perjuicios que se causen a la sociedad o a los acreedores de ésta.

Ahora bien, mientras las acciones pertenezcan a la sociedad no podrán hacer préstamo o anticipos sobre sus propias acciones, y tampoco ser representadas en la asamblea de accionistas.

Al hablar de amortizaciones de acciones, la sociedad anónima se sujetará a lo que a la letra establece el artículo 136 de la ley de la materia:

Para la amortización de acciones con utilidades repartibles, cuando el contrato social la autorice, se observarán las siguientes reglas:

I. La amortización deberá ser decretada por la Asamblea General de Accionistas;

II. Sólo podrán amortizarse acciones íntegramente pagadas;

III. La adquisición de acciones para amortizarlas se hará en bolsa; pero si el contrato social o el acuerdo de la Asamblea General fijaren un precio determinado, las acciones amortizadas se designarán por sorteo ante Notario o Corredor titulado. El resultado del sorteo deberá publicarse por una sola vez en el sistema electrónico establecido por la Secretaría de Economía;

IV. Los títulos de las acciones amortizadas quedarán anulados y en su lugar podrán emitirse acciones de goce cuando así lo prevenga expresamente el contrato social;

V. La sociedad, conservará a disposición de los tenedores de las acciones amortizadas, por el término de un año, contado a partir de la fecha de la publicación a que se refiere la fracción II, el precio de las acciones sorteadas, y en su caso, las acciones de goce. Si vencido este plazo no se hubiere presentado los tenedores de las acciones amortizadas a recoger su precio y las acciones de goce, aquél se aplicará a la sociedad y éstas quedarán anuladas.

Es importante resaltar que las acciones pagadas en todo o en parte mediante aportaciones en especie deben quedar depositadas en la sociedad durante dos años; si en este plazo aparece que el valor de los bienes es menor en 25% del valor por el cual fueron aportados, el accionista está obligado a cubrir la diferencia a la sociedad, la que tendrá derecho preferente respecto de cualquier acreedor sobre el valor de las acciones depositadas.

Representación del capital social

Acciones como parte del capital social: constituye su valor nominal; las aportaciones en especie quedan depositadas en la sociedad durante dos años.

Acciones como expresión de derechos y deberes de los socios: accionistas, dividendos, cuota de liquidación, derecho de voto (indivisible).

Acciones como títulos de crédito: certificado provisional ampara una o varias acciones nominativas; bono de fundador.

VII. ESTIPULACIONES EN LA INTEGRACIÓN DEL CAPITAL SOCIAL

Reviste trascendencia la reforma del 13 de junio de 2014 respecto de estipulaciones al documento constitutivo de una sociedad anónima, en particular la fracción VII del artículo 91 de la Ley General de Sociedades Mercantiles, donde destaca:

1. En el inciso a) se permite que se impongan restricciones de cualquier naturaleza a la transmisión de propiedad o derechos respecto de las

acciones de una misma serie o clase representativas del capital social, distintas a lo que se prevé en el artículo 130 de la Ley General de Sociedades Mercantiles, lo cual da seguridad a los socios para evitar el denominado “lavado de dinero”.

2. En el inciso b) se establece la permisibilidad de señalar causales de exclusión de uno o varios socios sin necesidad de acudir a la autoridad judicial, y se regula el derecho de separación, de retiro, o bien para amortizar acciones, así como el precio o las bases para su determinación.
3. En el inciso c) se podrá regular que:
 - a) No confieran derecho de voto o que el voto se restrinja a algunos asuntos.
 - b) Otorguen derechos sociales no económicos distintos al derecho de voto o exclusivamente el derecho de voto.
 - c) Confieran el derecho de voto o requieran del voto favorable de uno o más accionistas, respecto de las resoluciones de la asamblea general de accionistas.

Las acciones a que se refiere este inciso computarán para la determinación del quórum requerido para la instalación y votación en las asambleas de accionistas, exclusivamente en los asuntos respecto de los cuales confieran el derecho de voto a sus titulares.

4. En el inciso d) se pueden estipular mecanismos a seguir en caso de que los accionistas no lleguen a acuerdos respecto de asuntos específicos, respetando a la figura de socio fundador para que en su caso pueda tener voto de calidad.
5. En el inciso e) cambia la regulación para el derecho de preferencia que en forma genérica se establecía para los socios, y permite que se amplíe, limite o niegue el derecho de suscripción preferente a que se refiere el artículo 132 de la Ley General de Sociedades Mercantiles.
6. Finalmente, en el inciso f) se limita la responsabilidad del órgano de administración respecto de los daños y perjuicios ocasionados por sus consejeros y funcionarios, derivados de los actos que ejecuten o por las decisiones que adopten, siempre que no se trate de actos dolosos o de mala fe, o bien ilícitos conforme a ésta u otras leyes.

RESPONSABILIDAD PENAL DE LA PERSONA JURÍDICA

Daniel Francisco CABEZA DE VACA HERNÁNDEZ*

SUMARIO: I. *Introducción.* II. *Teorías prevalecientes.* III. *Derecho internacional.* IV. *Derecho comparado.* V. *Derechos humanos.* VI. *Conclusión.* VII. *Bibliografía.*

I. INTRODUCCIÓN

Todavía en el siglo XXI el aforismo romano *societas delinquere non potest* se utiliza como argumento para sostener que la persona jurídica o moral no debe ser objeto de responsabilidad penal.¹ Su aplicación cobra vigencia en el supuesto en que la naturaleza propia del delito hace insuperable que el sujeto activo tenga que ser el individuo o persona física.

No obstante, en el derecho penal moderno surge la necesidad de proteger el bien jurídico social que la persona jurídica puede lesionar con motivo de su actividad corporativa, la que se ha expandido notablemente con motivo de la globalización comercial, al abarcar áreas que ya no se restringen exclusivamente al ámbito privado, y que incide en sectores estratégicos de naturaleza pública.

El reconocimiento objetivo de esa extensa acción empresarial ha conducido a intentar superar la noción de *culpabilidad* como elemento ordinario del ilícito penal, ya que la persona jurídica participa y puede servir de ins-

* Maestro en ciencias penales y política criminal. Consejero de la Judicatura Federal; consejero jurídico del Ejecutivo Federal en dos períodos; procurador general de la República.

¹ Lo que Ulpiano dijo con su famosa locución era que el *municipium* no podía ser responsable de *dolus*, toda vez que éste era una persona moral. Empero, la verdad era que, según Archille Mestre, el derecho romano sí reconocía la responsabilidad criminal de la persona jurídica; por ejemplo, en el supuesto de la localidad de Cheronea, en contra de la cual se formuló una causa criminal, de la cual fue finalmente exonerada, *apud* Catargiu, Magdalena, “The Origins of Criminal Liability of Legal Persons: A Comparative Perspective”, *AGORA International Journal of Juridical Services*, núm. 3 (2013), p. 26.

trumento para la comisión de una conducta ilícita, como el lavado de dinero, el tráfico de personas y el daño medioambiental.

Ciertamente, la persona moral lleva a cabo actos jurídicos con las mismas consecuencias hacia terceros que la persona física, de forma que si la responsabilidad jurídica de aquélla tiene lugar en los ámbitos civil, mercantil y administrativo, como en el supuesto del individuo, ¿por qué entonces no hacerla extensiva al ámbito penal?

La cuestión esencial reside en determinar “si es justo, conveniente y coherente con los principios de la teoría de la responsabilidad penal... acept(ar), admitir como sujetos activos de ciertos delitos y sujetos pasivos de determinadas penas a las personas colectivas”.² Es decir, decidir si el marco del derecho del tercer milenio debe contemplar de manera natural la responsabilidad penal de la persona jurídica.

Esa posibilidad, que hoy resulta factible, ha sido —no obstante su evidente avance científico— criticada sobre todo por la doctrina que soporta la vieja teoría de los actos *ultra vires*.

De conformidad con esa vertiente, a la persona jurídica se le confieren —como ficción legal que es— únicamente los derechos y las obligaciones necesarias para el desarrollo de su objeto social, de forma que éste sirve de límite infranqueable para la realización de toda su actividad corporativa.

En consecuencia, la persona jurídica únicamente está autorizada para actuar al amparo de su objeto social que se incorporó en su acto constitutivo, de manera que si se acepta la posible imputación criminal por su actividad social, sería tanto como decir que dicha actuación forma parte de los alcances para los cuales fue autorizado el desarrollo de su objeto social.

Esta situación es insostenible jurídica y lógicamente, ya que no hay sociedad o persona jurídica que pueda existir para realizar un propósito que no contempla el derecho por la cual fue creada legalmente, ni que sea ajena al orden público ni también a la moral.

A pesar de esa resistencia histórica, para justificar la posibilidad de convertir como sujeto del derecho penal a la persona jurídica, la legislación, la jurisprudencia y la doctrina han desarrollado paulatinamente un nuevo marco teórico que se fundamenta en diversas doctrinas, que se analizarán enseguida, así como en el sistema de “doble imputación objetiva”.³

² Nino, Carlos Santiago, *Los límites de la responsabilidad penal*, Buenos Aires, Astrea, 1980, p. 414.

³ Al criticar el esquema que pretende trasladar la teoría del delito del derecho penal convencional al ámbito de la responsabilidad penal de la persona jurídica, David Baigún sostiene, como alternativa más eficiente, la necesidad de crear un nuevo sistema teórico que sirva como marco adecuado para resolver los conflictos planteados por la actividad delictiva

Este último supuesto tiene lugar debido a que la responsabilidad de la persona jurídica se estima independiente a la de la persona o personas físicas que la conforman, de forma que a pesar de su íntima conexión, se estaría consecuentemente en presencia de esa vía de imputación objetiva por propia culpabilidad.

II. TEORÍAS PREVALECENTES

Enseguida se presenta una breve exposición de las principales teorías que abogan por la responsabilidad penal de la persona jurídica.

1. *Principio de agencia*

Bajo este principio tiene lugar la culpabilidad de la persona física primariamente en el ámbito del derecho particular, hipótesis sin la cual sería imposible que exista la responsabilidad penal de la persona jurídica.

Efectivamente, en la tradición jurídica romana o de derecho escrito, la misma se transferiría a la persona jurídica, de conformidad con la *teoría vicarial* o de *responsabilidad vicarial*, que proviene del derecho civil.⁴

Por esa razón, este principio se fundamenta en realidad en el llamado *principio de agencia*, por virtud del cual la persona jurídica es responsable penalmente únicamente de los actos delictivos causados por sus integrantes, sean éstos empleadores o empleados.

Esta teoría también es conocida por la tradición jurídica anglosajona como la *responsabilidad del superior* o *doctrina de rebote*, que ha elaborado a partir de diferentes interpretaciones con base en la antigua *master-servant rule*, la que sostiene que para que una persona jurídica sea penalmente responsable es necesario que el delito lo haya cometido una persona natural que tenga vínculo directivo o de subordinación con la persona jurídica a la cual sirve.

realizada por ese tipo de persona. Ese sistema propuesto, que se cobijaría tras el referido nombre de “doble imputación”, residiría esencialmente en reconocer la coexistencia de esas dos vías de imputación cuando se produzca un hecho delictivo protagonizado por el ente colectivo; por una parte, la que se dirigiría a la persona jurídica como unidad independiente, y, por la otra, la atribución tradicional a las personas físicas que integran la persona jurídica. Véase *La responsabilidad penal de las personas jurídicas*, Buenos Aires, Depalma, 2000, pp. 27 y 28.

⁴ OECD Anti-Corruption Unit, “Criminal Responsibility of Legal Persons in Common Law Jurisdictions”, *Working Group on Bribery in International Business Transactions*, Paris, 4th October 2000, p. 4.

2. *Principio de dirección*

Esta teoría, también llamada *alter ego*, sólo identifica la responsabilidad de la persona natural con la persona jurídica cuando aquélla ocupa un cargo rector o ejecutivo dentro de ésta.

En otras palabras, la persona jurídica debe responder penalmente de manera directa sólo cuando su representante comete un delito al actuar dentro del marco de sus facultades sociales de carácter directivo.

Así, la persona jurídica exclusivamente sería responsable en la situación en que se cometió el delito, a su nombre y cuenta, por parte del consejo de administración, del administrador único o de un representante legal facultado, de modo que se trata en el fondo de una *responsabilidad convencional*.⁵

3. *Principio de funcionalidad*

También existe el modelo o teoría de *responsabilidad funcional, cultural u holística*, el que tiene lugar cuando la responsabilidad penal de la persona jurídica se desprende de conductas delictivas objetivas cometidas por sus administradores en el ámbito del exclusivo desarrollo de sus funciones, todo ello con independencia del elemento de la culpabilidad.⁶

Esta postura ubica la falta corporativa objeto de sanción penal en la familia que existe en los propios procedimientos internos, sistemas operativos e incluso en la cultura corporativa que tenga por objeto evitar la comisión de delitos por parte de sus directivos, agentes y representantes, de forma que deja de lado el asunto de la culpabilidad de la persona natural para enfatizar la importancia de la estructura corporativa en sí misma considerada.

Por tanto, la persona jurídica sería responsable de los actos que fueron realizados en el desarrollo de ciertas atribuciones que forman el límite del umbral de su propia responsabilidad funcional, de manera que al examinar la posible comisión de un delito corporativo deben analizarse tanto si dichas funciones se desarrollaron de acuerdo con el objeto social como dentro del espectro de actividad conferido a su representante.

De esta forma, no se castiga únicamente al autor material del delito como persona física, sino principalmente a la persona representante de la persona jurídica que al momento de su comisión contaba con la facultad de ejercer la función de dirección, inspección o supervisión de las actividades

⁵ Catargiu, Magdalena, *op. cit.*, p. 28.

⁶ OECD Anti-Corruption Unit, *op. cit.*, p. 6.

sociales de la propia persona moral, social o jurídica objeto de imputación penal.

Por esta vía se traslada la responsabilidad casi de manera directa a la persona jurídica, de modo que cuando el hecho ilícito es cometido por un subordinado de la persona jurídica, la responsabilidad se fundamenta en la culpa *in vigilando*.

Si bien la persona jurídica no puede ser sujeto de cualquier tipo de imputación delictiva, sí presume esta teoría que la misma ha cometido los delitos de que se trate cuando los directores, administradores y representantes responsables de su debido manejo no actúan de conformidad con sus funciones, consistentes en prevenir y evitar conductas no apegadas al objeto social o a la norma aplicable.⁷

Toda vez que la persona jurídica carece en realidad de voluntad, las responsabilidades penales tanto social como personal de los representantes no procede cuando se demuestra que sus miembros no tuvieron conocimiento de los delitos que se cometieron en nombre y cuenta de aquélla y siempre que hubieran actuado con la debida diligencia para prevenir la conducta irregular.

Consecuentemente, si la persona jurídica no cumple con su deber de prevención, control y vigilancia de la misma, por falta de cuidado, en su calidad de garante, deviene responsable penalmente por omisión. Evidentemente, para su efectividad, estos medios de control deben ser idóneos para evitar los delitos e implantados con personal adecuado.⁸

Bajo este esquema, el fin que perseguiría la imposición de la sanción a la persona jurídica sería principalmente que ésta adopte medidas de preventión y detección de hechos delictivos, por lo cual se convierte en un coadyuvante para el Estado en la inhibición y mitigación de los posibles delitos corporativos.

4. Principio de identidad

Una última doctrina también de carácter objetivo y con un corte pragmático, generada en los países anglosajones, se fundamenta en la *plena identidad* entre la persona jurídica y la persona física que la representa, de forma que sostiene que la base de la responsabilidad criminal es la equiparación de identidades entre uno y otro, y, por tanto, también de la realización de las acciones sociales y de las posibles consecuencias jurídicas.

⁷ Catargiu, Magdalena, *op. cit.*, p. 28.

⁸ García del Blanco, Victoria, *Versión estenográfica de la conferencia magistral “La responsabilidad penal de las personas jurídicas”*, LXII Legislatura del Senado de la República Mexicana.

Los Estados Unidos han sido líderes de este planteamiento de corte auténticamente realista, que han desarrollado *in a case by case system*, ya que tempranamente su Congreso Federal interpretó que por persona de derecho también se entendía a la persona jurídica.

De esta forma, mucho antes que en otras latitudes, el derecho criminal se comenzó a aplicar tanto a personas físicas como a personas morales, al privilegiar en todo momento las consecuencias concretas de la acción social que se generaban por la persona jurídica, con independencia de su autoría.

La idea central residió en juzgar únicamente si se había cumplido en cada caso concreto con la normatividad aplicable, con independencia absoluta de la eventual determinación de las concretas responsabilidades personales o corporativas en materia criminal.

Por ejemplo, en 1901, en el caso *New York Central Railroad*, se acusó a esta persona jurídica de homicidio agravado debido a que en un incendio de su hangar, que en verdad servía de polvorín, había grandes cantidades de dinamita que no permitía la normatividad aplicable, de modo que murieron seis trabajadores.⁹

Hoy en día, bajo esta tesisura, en Estados Unidos se ha evolucionado a un sistema que premia la prevención de los delitos corporativos a través del sistema de los *corporate complaints*, y ante todo de la colaboración de la persona jurídica para perseguir y procesar a las personas físicas culpables.

III. DERECHO INTERNACIONAL

El derecho internacional presenta estas notas esenciales con relación a la evolución de la responsabilidad de la persona jurídica, donde existe la obligación de los Estados parte, al amparo de diversos instrumentos, de legislar en materia penal, lo que incluye la posibilidad de establecer la responsabilidad penal de la persona jurídica, supuesto en el cual:

- i. Debe tener lugar la plena autonomía para determinar la responsabilidad de la persona jurídica con independencia de la responsabilidad de la persona física;
- ii. Debe haber autonomía en la vía, ya que es dable que la responsabilidad penal subsista con independencia de las responsabilidades civil, mercantil y administrativa,¹⁰ y

⁹ Laufer, W. S. *apud* Catargiu, Magdalena, *op. cit.*, p. 29.

¹⁰ Así por ejemplo, con independencia de la vía penal, en el derecho español existen criterios relevantes para determinar la responsabilidad administrativa de la persona jurídica.

- iii. En todo momento la sanción a la persona jurídica debe tener el carácter de disuasivo con base en el principio de proporcionalidad.

Como ejemplo de ese nuevo sistema, la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Trasnacional y sus Protocolos o Convención de Palermo, de la cual México es parte, establece la factibilidad de legislar en materia de responsabilidad de la persona jurídica.¹¹

Los delitos principales que exige regular son los relativos a la delincuencia organizada, al lavado de dinero, a la corrupción y a la obstrucción de la justicia.

Por su parte, la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción también demanda la necesidad de regular la responsabilidad de la persona jurídica.¹²

En la sentencia 246/1991, del 19 de diciembre (RTC 1991, 246), se señaló que si bien debe reconocerse por el derecho administrativo sancionador el principio de culpabilidad o interdicción de la responsabilidad objetiva y el de personalidad, o responsabilidad por hechos propios: “Esto no impide que nuestro derecho administrativo admita la responsabilidad directa de las personas jurídicas, reconociéndoles, pues, capacidad infractora. Esto no significa, en absoluto, que para el caso de las infracciones administrativas cometidas por las personas jurídicas se hayan suprimido el elemento de la culpa, sino simplemente que ese principio se ha de aplicar necesariamente de forma distinta a como se hace respecto de las personas físicas. Esta construcción distinta de la imputabilidad de la autoría de la infracción a la persona jurídica nace de la propia naturaleza de la ficción jurídica a la que responden estos sujetos. Falta en ellos el elemento volitivo en sentido estricto, pero no la capacidad de infringir las normas a las que están sometidos. Capacidad de infracción y, por ende, reprobabilidad directa que deriva del bien jurídico protegido por la norma que se infringe y la necesidad de que dicha protección sea realmente eficaz...”.

¹¹ “Artículo 10. Responsabilidad de las personas jurídicas. 1. Cada Estado Parte adoptará las medidas que sean necesarias, de conformidad con sus principios jurídicos, a fin de establecer la responsabilidad de personas jurídicas por participación en delitos graves en que esté involucrado un grupo delictivo organizado, así como por los delitos tipificados con arreglo a los artículos 5o., 6o., 8o. y 23 de la presente Convención. 2. Con sujeción a los principios jurídicos del Estado Parte, la responsabilidad de las personas jurídicas podrá ser de índole penal, civil o administrativa. 3. Dicha responsabilidad existirá sin perjuicio de la responsabilidad penal que incumbe a las personas naturales que hayan perpetrado los delitos”.

¹² “Artículo 26. Responsabilidad de las personas jurídicas: 1. Cada Estado Parte adoptará las medidas que sean necesarias, en consonancia con sus principios jurídicos, a fin de establecer la responsabilidad de personas jurídicas por su participación en delitos tipificados con arreglo a la presente Convención. 2. Con sujeción a los principios jurídicos del Estado Parte, la responsabilidad de las personas jurídicas podrá ser de índole penal, civil o administrativa. 3. Dicha responsabilidad existirá sin perjuicio de la responsabilidad penal que incumbe a las personas naturales que hayan cometido los delitos. 4. Cada Estado Parte velará en particular por que se impongan sanciones penales o no penales eficaces, proporcionadas y disuasivas, incluidas sanciones monetarias, a las personas jurídicas consideradas responsables con arreglo al presente artículo”.

Con base en el principio de funcionalidad, el Grupo de Acción Financiera GAFI, dentro de sus *40 Recomendaciones* de febrero de dos mil doce, puntualizó que debe existir una vigilancia especial a la persona jurídica, así como a la que no tiene fines de lucro, especialmente enfocados a los mecanismos para la detección del lavado de dinero y al financiamiento al terrorismo.

A pesar de su gran importancia, la realidad es que ninguno de los tratados internacionales vigentes obliga al establecimiento de la responsabilidad penal directa de la persona jurídica, aunque sí se obliga a los Estados parte —como se ha precisado— a tomar medidas eficaces para la lucha de la criminalidad en la que participan ese tipo de personas no naturales.¹³

IV. DERECHO COMPARADO

En el derecho comparado se ha establecido progresivamente la regulación de la responsabilidad penal de la persona jurídica, siendo Holanda el primer país occidental en introducir ese concepto en 1976,¹⁴ momento a partir del cual numerosos países y organizaciones han seguido su ejemplo, de los cuales a continuación se analizaran sólo tres, incluyendo a México.¹⁵

1. España

En materia de responsabilidad penal de la persona jurídica, la legislación española establece que si quien comete el delito es un administrador o un conjunto de administradores, se le podría imputar responsabilidad directa a la persona jurídica, con tan sólo probar que el administrador o el conjunto de administradores actuaron en provecho, por cuenta y a nombre de la misma, y que si quien cometió el delito es un subordinado, se requerirá demostrar que el administrador o administradores no ejercieron el debido control de conformidad con las circunstancias concretas del caso,¹⁶ lo que supone la elaboración de un *mapa de peligros* relativos a su actividad.¹⁷

¹³ García del Blanco, Victoria, *op. cit.*

¹⁴ Catargiu, Magdalena, *op. cit.*, p. 27.

¹⁵ Por su creciente importancia, la responsabilidad criminal de la persona jurídica es parte de la agenda de numerosos organismos internacionales, como el Consejo Europeo, la Unión Europea, las Naciones Unidas y la OECD. Véase OECD, Anti-Corruption Unit, *op. cit.*, p. 1.

¹⁶ La ley orgánica de la ley penal española, en el artículo 31 bis, dispone: “1. En los supuestos previstos en este Código, las personas jurídicas serán penalmente responsables

Específicamente contempla la autonomía de la responsabilidad penal de la persona jurídica con relación a la de la persona natural, al establecer que:

- i. No es necesario identificar a la persona natural que ha cometido el delito, ya que sólo basta su existencia;
- ii. Si la persona natural no resulta responsable por concurrir una causa de exclusión de la culpabilidad (esto es, inimputabilidad, error de prohibición o estado de necesidad), ello no implica necesariamente la ausencia de responsabilidad de la persona jurídica, y
- iii. Las agravantes que afectan a la persona natural no aplican para la persona jurídica.

Las sanciones que contempla son la multa, la disolución, la suspensión de actividades por hasta cinco años, la clausura de locales por hasta cinco años, la prohibición de actividades por hasta quince años o definitiva, la intervención judicial y la inhabilitación por hasta quince años para obtener subvenciones y ayudas, contratar con la administración pública y acceder a beneficios fiscales.

de los delitos cometidos en nombre o por cuenta de las mismas, y en su provecho, por sus representantes legales y administradores de hecho o de derecho. En los mismos supuestos, las personas jurídicas serán también penalmente responsables de los delitos cometidos, en el ejercicio de actividades sociales y por cuenta y en provecho de las mismas, por quienes, estando sometidos a la autoridad de las personas físicas mencionadas en el párrafo anterior, han podido realizar los hechos por no haberse ejercido sobre ellos el debido control atendidas las concretas circunstancias del caso. 2. La responsabilidad penal de las personas jurídicas será exigible siempre que se constate la comisión de un delito que haya tenido que cometerse por quien ostente los cargos o funciones aludidas en el apartado anterior, aun cuando la concreta persona física responsable no haya sido individualizada o no haya sido posible dirigir el procedimiento contra ella. Cuando como consecuencia de los mismos hechos se impusiere a ambas la pena de multa, los jueces o tribunales modularán las respectivas cuantías, de modo que la suma resultante no sea desproporcionada en relación con la gravedad de aquéllos. 3. La concurrencia, en las personas que materialmente hayan realizado los hechos o en las que los hubiesen hecho posibles por no haber ejercido el debido control, de circunstancias que afecten a la culpabilidad del acusado o agraven su responsabilidad, o el hecho de que dichas personas hayan fallecido o se hubieren sustraído a la acción de la justicia, no excluirá ni modificará la responsabilidad penal de las personas jurídicas, sin perjuicio de lo que se dispone en el apartado siguiente”.

¹⁷ De conformidad con Victoria García del Blanco, la elaboración de ese instrumento preventivo supondrá la necesidad de establecer “una auditoría externa que diga y que pueda acreditar ante los tribunales (que)... esta empresa ha establecido correctamente su mapa de peligros”, *op. cit.*

En todo caso, cuando la pena es de carácter temporal, su duración no puede ser superior a la pena privativa de libertad impuesta a la persona física.

La disolución como pena más grave sólo puede imponerse en caso extremo justificado, lo que busca evitar el daño a tercero o de persona que no hubiera tenido culpa por el comportamiento indebido de la persona jurídica, como lo sería un accionista, un empleado o una sociedad vinculada.

2. Chile

Este país andino prevé la responsabilidad penal de la persona jurídica en su ley número 20.393, con atención al lavado de dinero, al financiamiento del terrorismo y a los cohechos de naturaleza doméstica, extranjera e internacional; en todo caso aplica en contra de personas jurídicas privadas y del Estado que no constituyan asociación ilícita.

Conforme a sus estipulaciones, puede existir intervención omisiva en el delito de la persona natural por el incumplimiento de deberes de dirección y de supervisión, lo cual puede constituir un presupuesto para la responsabilidad de la persona jurídica, por lo que en este punto también se apoya en el principio funcionalista.

De igual forma, existe autonomía de la responsabilidad penal de la persona jurídica con relación a la persona física, por lo que no requiere condena de ésta o su identificación exacta, siempre que se pruebe que pertenece al círculo relevante.

Como obligación para la persona jurídica, contempla un modelo de prevención del delito con la designación de una persona que hace las veces de *compliance officer*, por cuya plena autonomía observa e identifica riesgos conforme al protocolo previamente establecido, lo que acompaña con sistemas de auditoría y sanción interna.

Las principales penas que prevé son la disolución, la prohibición de contratar públicamente, la pérdida de beneficios fiscales y la multa.

3. México

Este país norteamericano no contempla la responsabilidad penal de la persona moral más allá de su deber de hacerlo al amparo de los diversos instrumentos internacionales que ha celebrado y ratificado, como la propia Convención de Palermo.

Sin perjuicio de lo anterior, la realidad es que su legislación penal de ninguna manera contempla elementos para determinar la responsabilidad de la persona jurídica.

La norma más cercana a esta materia es la que incorpora en el artículo 11 del Código Penal Federal, que en la parte que interesa establece:

Cuando algún miembro o representante de una persona jurídica, o de una sociedad, corporación o empresa de cualquiera clase, con excepción de las instituciones del Estado, cometra un delito con los medios que para tal objeto las mismas entidades le proporcionen, de modo que resulte cometido a nombre o bajo el amparo de la representación social o en beneficio de ella, el juez podrá, en los casos exclusivamente especificados por la ley, decretar en la sentencia la suspensión de la agrupación o su disolución, cuando lo estime necesario para la seguridad pública.

Como se desprende, esa disposición no señala expresamente que la persona jurídica pueda ser responsable penalmente, ya que invariabilmente vincula de forma necesaria la sanción de la persona jurídica a la conducta del integrante o representante de la misma, y la única sanción que regula es la suspensión o disolución de la persona jurídica.

Por último, siguiendo el principio *societas delinquere non potest*, en materia de amparo penal, para que la persona jurídica pueda promover ese medio de defensa constitucional es necesario señalar el nombre de la persona física que pueda ser afectada, siempre de conformidad con lo dispuesto por el referido artículo 11 del Código Penal Federal.¹⁸

¹⁸ AMPARO PENAL. CUANDO ES PROMOVIDO POR EL REPRESENTANTE LEGAL DE UNA PERSONA MORAL, DEBE SEÑALAR EL NOMBRE DE LAS PERSONAS FÍSICAS QUE, COMO INTEGRANTES DE LA MISMA, PUDIERAN RESULTAR AFECTADAS CON EL ACTO RECLAMADO (registro 170975): “Cuando el representante legal de una persona moral promueve un juicio de amparo en materia penal, en términos del artículo 8o. de la Ley de Amparo, necesariamente debe señalar el nombre de las personas físicas en lo individual que, como sus integrantes, pudieran resultar afectadas con el acto reclamado, esto es, aquellas que resientan un agravio personal y directo conforme al artículo 4o. del mismo ordenamiento, para que el juzgador se encuentre en aptitud de examinar la constitucionalidad del acto reclamado, pues tratándose de la materia penal, el sistema jurídico previsto por la Constitución y las leyes secundarias de la materia establecen que la responsabilidad es estrictamente personal, es decir, para configurar la violación a las normas sustantivas punitivas se requiere partir de la acción humana, de la responsabilidad y de algunos supuestos psicológicos que sólo pueden admitirse en las personas físicas en lo individual, lo que se aprecia, incluso, en el sistema sancionador donde las penas y medidas de seguridad descansan en el grado de culpabilidad de la persona física, y solamente como consecuencias accesorias para las personas morales se prevé la suspensión de la agrupación o su disolución, como es el caso de lo establecido en el artículo 11 del Código Penal Federal...”.

V. DERECHOS HUMANOS

En la medida en que tanto el derecho nacional como el derecho internacional reconozcan a las sociedades y corporaciones de toda índole, públicas, sociales y privadas, como personas jurídicas sujetas a la responsabilidad penal, surge una cuestión fundamental en el campo teórico y práctico, relativa a los límites de los poderes públicos que actúan en contra de ellas, precisamente en ejercicio de las atribuciones conferidas en su favor por el sistema penal sustantivo y procesal.

Esta problemática consiste en determinar si ese amplio espectro de personas jurídicas, morales o no naturales deben ser consideradas bajo el amparo del derecho internacional de los derechos humanos, la regla del derecho, el debido proceso legal y el sistema democrático; esto es, como sujetos de los derechos humanos fundamentales cuando las normas penales sustantivas como las penales son aplicadas en su contra.¹⁹

Además, surge una cuestión secundaria esencial, consistente en determinar si los *stockholders* y *stakeholders* en lo individual, como accionistas minoritarios, accionistas externos, acreedores jurídicos, administradores y empleados, deberían contar con la posibilidad de invocar la protección de los derechos humanos cuando la conducta ilícita por parte de la persona jurídica se haya enderezado justamente en contra de su patrimonio o de sus intereses, o en contra de esa sociedad moral de la que también son parte.²⁰

La violación de los derechos humanos en contra de la persona jurídica o con motivo de su propia actividad puede inobjetablemente resultar en la privación de los derechos jurídicos patrimoniales, societarios, mercantiles y civiles, por lo que respecta a consejos de administración, administradores únicos, accionistas mayoritarios, accionistas minoritarios, accionistas externos, empleados domésticos, acreedores financieros, acreedores civiles, etcé-

¹⁹ Para una amplia discusión del tema véase P. H. P. H. M. C. van Kempen, “Human Rights and Criminal Justice Applied to Legal Persons. Protection and Liability of Private and Public Entities under the ICCPR, ECHR, ACHR and AfChHPR”, *Electronic Journal of Comparative Law*, vol. 14.3, diciembre de 2010, disponible en: <http://www.ejl.org/143/art143-20.pdf>.

²⁰ La Suprema Corte de Justicia de la Nación en México se ha pronunciado en el sentido de que la persona jurídica es también sujeto de derechos humanos. Cf. tesis jurisprudenciales: PRINCIPIO DE INTERPRETACIÓN MÁS FAVORABLE A LA PERSONA. ES APPLICABLE RESPECTO DE LAS NORMAS RELATIVAS A LOS DERECHOS HUMANOS DE LOS QUE SEAN TITULARES LAS PERSONAS MORALES (REGISTRO 2008584); Y, PERSONAS MORALES. LA TITULARIDAD DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES QUE LES CORRESPONDE DEPENDE DE LA NATURALEZA DEL DERECHO EN CUESTIÓN, ASÍ COMO DEL ALCANCE Y/O LÍMITES QUE EL JUZGADOR LES FIJE (registro 2005521).

tera, con lo que aumenta la dificultad de esta problemática central, tanto en el caso de las “sociedades públicas abiertas” que participan en los mercados de valores como en el supuesto de los llamados “grupos de sociedades”, que se integran por un conjunto de sociedades controladoras y controladas.

VI. CONCLUSIÓN

Toda conducta o acción genera un resultado, que lo puede producir tanto una persona física como una persona jurídica. Ese resultado debe ser típicamente imputable a ambas personas en caso de ser antijurídico. Bajo este parámetro, México actualmente tiene la valiosa oportunidad de modernizar su sistema penal, ensanchando el principio *jus punendi*.

Como antecedente relevante, cabe citar que el entonces diputado federal, Arturo Zamora Jiménez, había presentado el 21 de diciembre de 2011 en la LXI Legislatura, una iniciativa para reformar, adicionar y derogar diversas disposiciones de los códigos Penal Federal y Federal de Procedimientos Penales.²¹

En la misma iniciativa preveía derogar el artículo 11 del Código Penal Federal, a fin de establecer que la persona jurídica sería penalmente responsable de los delitos cometidos por cuenta y a nombre de la misma, por sus agentes, representantes legales, administradores, socios o accionistas, aun cuando se llevara a cabo la transformación, fusión o escisión de la persona moral; esto, con excepción de las personas morales de naturaleza pública, sindicatos, asociaciones religiosas y partidos políticos.

Su responsabilidad solamente procedería respecto de las modalidades de determinados delitos, a saber: contra la salud, revelación de secretos y acceso ilícito a sistemas y equipos de informática, delitos cometidos por ser-

²¹ El artículo 13 bis propuso este principio general y particularidades: “Las personas morales serán penalmente responsables, de los delitos cometidos, por cuenta o a nombre de las mismas, por sus agentes, representantes legales, administradores, socios o accionistas de acuerdo a lo siguiente: I. No serán penalmente responsables las personas morales de naturaleza pública, sindicatos, asociaciones religiosas o partidos políticos; II. La responsabilidad penal de las personas morales no excluye la de las personas físicas por los actos o hechos delictuosos realizados por cuenta o a nombre de aquéllas; III. La transformación regular de una persona moral con otra forma jurídica, denominación o razón social no será obstáculo para la aplicación de las consecuencias jurídicas; IV. Cuando se lleve a cabo la fusión o escisión de una persona moral, no será obstáculo para aplicar las sanciones a la nueva persona moral o a la persona moral escindida; V. La responsabilidad penal de las personas jurídicas será exigible siempre que se constate la omisión de un delito que haya tenido que cometerse por sus agentes, representantes legales, administradores, socios o accionistas, aun cuando la concreta persona física responsable no haya sido individualizada o no haya sido posible dirigir el procedimiento contra ella”.

vidores públicos, delitos en contra de las personas en su patrimonio, encubrimiento y operaciones con recursos de procedencia ilícita, contra el ambiente y la gestión ambiental, relativos a las materias fiscal-administrativa y de propiedad intelectual.²²

Las medidas de seguridad y las sanciones penales que contemplaba, de acuerdo con la gravedad del delito, consistían en la suspensión, la prohibición para realizar determinadas operaciones, la remoción, el decomiso, la multa, la publicación de la sentencia y la disolución, sin perjuicio de la multa, que podría reducirse hasta en una tercera parte si la persona jurídica aceptaba su participación en la comisión del delito o colaboraba en la investigación, con lo cual la hacía partícipe junto a los poderes públicos en la prevención de los delitos que hubieran ocurrido en su seno.²³

Por último, como “eximenes de responsabilidad penal” de la persona jurídica,²⁴ incorporaba la idea fundamental de la prevención, al decir que aquéllas podrían consistir en haber cumplido con la normatividad gubernamental aplicable al caso concreto y cuando los órganos responsables de dirigir o supervisar al agente que hubiera cometido el delito hubieran cumplido con las normas técnicas de cuidado aplicables a la situación específica de que se tratara.

Lógicamente, ese importante esfuerzo de modernización legislativa en materia de la responsabilidad penal de la persona jurídica podría ser sujeto de revisión para su perfeccionamiento.

Por ejemplo, al referir la posible actividad ilícita a los tipos delictivos del crimen organizado o para tratar el tema de las sociedades mercantiles

²² El artículo 13 ter propuesto era de esta literalidad: “La responsabilidad penal de las personas morales solamente procederá respecto de los siguientes delitos: I. Contra la salud, contemplados en el Título Séptimo del Código Penal Federal; II. Revelación de secretos y acceso ilícito a sistemas y equipos de informática, tipificados en el Título Noveno del Código Penal Federal; III. Delitos cometidos por servidores públicos, regulados en el Título Décimo del Código Penal Federal; IV. Delitos en contra de las personas en su patrimonio, consagrados en el Título Vigésimo Segundo del Código Penal Federal; V. Encubrimiento y operaciones con recursos de procedencia ilícita, contenidos en el Título Vigésimo Tercero del Código Penal Federal; VI. Contra el ambiente y la gestión ambiental, regulados en (sic) Título Vigésimo Quinto del Código Penal Federal; VII. Los regulados en el Título Cuarto del Código Fiscal de la Federación; VIII. Los contenidos en el Título Séptimo de la Ley de la Propiedad Industrial”.

²³ García del Blanco, Victoria, *op. cit.*

²⁴ Según Victoria García del Blanco, en el caso español, eso “no es una causa de excepción de la responsabilidad penal por más que el legislador se haya empeñado en decirlo expresamente en la ley. Su naturaleza es de fundamento de la antijuridicidad. Es decir, si existe ese plan lo que se va a excluir es la tipicidad del hecho y no la antijuridicidad del mismo como causa de justificación o excusación”, *op. cit.*

que cotizan en bolsa o de los grupos de sociedades (ya reconocidos por la legislación fiscal en materia del impuesto sobre la renta), justamente por la problemática que suscitan estas formas de asociación colectiva, tal como se expuso con antelación.

VII. BIBLIOGRAFÍA

- BAIGÚN, David, *La responsabilidad penal de las personas jurídicas*, Buenos Aires, Depalma, 2000.
- CATARGIU, Magdalena, “The Origins of Criminal Liability Of Legal Persons: A Comparative Perspective”, *AGORA International Journal of Juridical Services*, núm. 3 (2013), disponible en: www.juridical.univagora.ro.
- GARCÍA DEL BLANCO, Victoria, Versión estenográfica de la conferencia magistral “La responsabilidad penal de las personas jurídicas”, LXII Legislatura del Senado de la República Mexicana.
- NINO, Carlos Santiago, *Los límites de la responsabilidad penal*, Buenos Aires, Astrea, 1980.
- OECD ANTI-CORRUPTION UNIT, “Criminal Responsibility of Legal Persons in Common Law Jurisdictions”, *Working Group on Bribery in International Business Transactions*, París 4, octubre de 2000.
- VAN KEMPEN, P. H., “Human Rights and Criminal Justice Applied to Legal Persons. Protection and Liability of Private and Public Entities under the ICCPR, ECHR, ACHR and AfChHPR”, *Electronic Journal of Comparative Law*, vol. 14.3, diciembre de 2010, disponible en: <http://www.ejcl.org/143/art143-20pdf>.

CODIFICACIÓN Y DESCODIFICACIÓN DEL DERECHO MERCANTIL MEXICANO

Oscar CRUZ BARNEY*

SUMARIO: I. *Introducción.* II. *El nacimiento del derecho mercantil.* III. *La codificación del derecho.* IV. *La descodificación del derecho mercantil.* V. *Conclusión.* VI. *Bibliografía.*

I. INTRODUCCIÓN

El derecho mercantil en México ha transitado por importantes transformaciones: del derecho consular al desarrollo jurisprudencial por los juristas del *ius commune*, la influencia definitiva del derecho canónico, la absolutización del derecho y la codificación.

Uno de los cambios radicales en el siglo XIX consistió en la eliminación del carácter subjetivo del derecho mercantil mediante la publicación de la primera lista de actos de comercio en 1841, conforme a la contenida en el Código de Comercio francés de 1807, y, junto con ella, la creación de las juntas de fomento y tribunales mercantiles.

A partir de la federalización de la materia mercantil se expedieron dos códigos: el de 1884 y el de 1889, que entró en vigor en 1890, con enorme influencia del Código de Comercio español de 1885.

A partir de entonces, el derecho mercantil mexicano en su desarrollo ha entrado en un proceso de descodificación, que merece atención, por la problemática que en el sistema jurídico representa, lo que lleva a plantearse las siguientes interrogantes: ¿necesitamos un nuevo código de comercio?, si es así ¿queremos un código unitario?, ¿qué vamos a hacer con toda la legislación satélite del Código vigente?

* Expresidente del Ilustre y Nacional Colegio de Abogados de México, senador de la Unión Iberoamericana de Colegios y Agrupaciones de Abogados, secretario regional, Región II, de la Union Internationale des Avocats. Investigador nacional.

II. EL NACIMIENTO DEL DERECHO MERCANTIL

El derecho mercantil tuvo desde sus orígenes, en la Baja Edad Media, un alto grado de autonomía y de especialidad. Se le considera un derecho autónomo debido a que sus normas se crearon con relativa independencia respecto de los poderes establecidos, en especial porque sus instituciones se distinguieron de otras semejantes, propias del derecho real.¹

Fenicios y griegos se rigieron por la costumbre en sus relaciones de comercio marítimo; éstas se cristalizaron en una *Lex Rhodia de iactu*, considerada originaria de la isla de Rodas, y que fue reconocida en el Digesto como *ley común del mar*.² Por su parte, el *ius civile* aportó una serie de principios que enriquecieron la tradición del comercio marítimo; por ejemplo, el de que el mar es un espacio libre y universal, abierto al aprovechamiento común, en el que se debe respetar la propiedad de las naves y sus mercancías, aun en caso de naufragio.³

Tras la caída del Imperio Romano de Occidente, se rompió ese principio de comunidad y protección, con lo que se presentaron el problema de la piratería y el resurgimiento de los mares territoriales. Sin embargo, la jurisdicción privativa de los comerciantes la conservaron en parte los pueblos germánicos, en especial en el *Liber Iudiciorum*.

Luego, con la invasión musulmana y la ocupación de la mayor parte de las islas y los puertos mediterráneos, se terminó de romper la comunicación marítima entre éstos y aun con los del Atlántico hasta entrado el siglo XIII. Así, se forjaron dos tradiciones distintas en el ambiente mercantil de la época: la mediterránea y la atlántica, que terminaron por confluir en la España medieval.

Los conceptos e instituciones básicos del derecho mercantil se desarrollaron durante los siglos XI y XII, y dieron origen a lo que se conoce como la *lex mercatoria* o ley mercantil. Es hasta ese momento cuando se concibe al derecho mercantil como un cuerpo integrado y en desarrollo de derecho. Los comerciantes van a necesitar al derecho para coordinar y regular sus actividades comerciales.⁴ Para Wesenberg y Wesener, la creación de un derecho

¹ Galgano, Francesco, *Historia del derecho mercantil*, trad. Joaquín Bisbal, Barcelona, Laia, 1981, p. 23.

² Que fueron comentadas por Peck, Petrus en su obra *In Tit. Dig. & Cod. Ad rem nauticam pertinentes, commentarii*, Amstelodami, apud Viduam Joannis Henrici Boom, 1668, pp. 188-297.

³ Coronas González, Santos M., *Manual de historia del derecho español*, Valencia, Tirant lo Blanch, 1996, pp. 347 y 348.

⁴ Trackman, Leon E., *The Law Merchant. The Evolution of Commercial Law*, Fred B. Rothman & Co., 1983, p. 17.

mercantil; es decir, “de un complejo de normas aplicables exclusivamente al comercio”, es una realización original de la Edad Media germánica.⁵

El desarrollo del derecho mercantil coincide con una expansión de la producción agrícola y en el tamaño y número de las ciudades en Europa; con ello, una nueva clase de comerciantes a gran escala que requería un derecho mercantil más y mejor estructurado. El nacimiento de esa clase de mercaderes fue requisito para el desarrollo de un nuevo derecho influenciado por el recién descubierto *Corpus Iuris Civilis*.⁶

Tres son los pilares sobre los que habría de descansar este nuevo derecho:⁷

1. El uso de la práctica mercantil y de los tribunales mercantiles.⁸
2. Los estatutos autónomos de las corporaciones de mercaderes y artesanos; es decir, el derecho gremial, y
3. Los derechos municipales.

Este derecho se consolidó con la jurisprudencia de los consulados de comercio y la literatura jurídica mercantil. El derecho mercantil será incorporado en el *ius commune* y acogido en las legislaciones nacionales. Señala Helmut Coing que su inclusión en el *ius commune* dio pie a dos corrientes evolutivas contrarias. Por una parte, el derecho mercantil va a ser sistematizado por los juristas cultos, que estudian sus instituciones con la ayuda del derecho romano. Por ejemplo, cuando se presentan lagunas en materia de obligaciones, se recurre a la casuística de ese derecho.

Por otra parte, van a destacar con mayor fuerza las particularidades del derecho mercantil al compararlas con las reglas del *corpus iuris civilis*. La buena fe en los contratos se va a convertir en un principio fundamental de este derecho. El comerciante preferirá un arreglo rápido y equitativo de los conflictos a los procesos jurisdiccionales comunes. Se parte de la idea de que el comerciante no requiere de una protección especial, ya que prevé y sabe lo que está haciendo en sus operaciones comerciales. Las formas solemnes exigidas por el derecho romano para la conclusión de los contratos se considerarán innecesarias para la constitución del vínculo contractual, si bien se

⁵ Wesenberg, Gerhard y Wesener, Gunter, *Historia del derecho privado moderno en Alemania y en Europa*, trad. José Javier de los Mozos Touya, Valladolid, Lex Nova, 1998, p. 45.

⁶ Berman, Harold, *La formación de la tradición jurídica de Occidente*, trad. Mónica Utrilla de Neira, México, Fondo de Cultura Económica, 1996, pp. 349-355.

⁷ Wesenberg, Gerhard y Wesener, Gunter, *op. cit.*, p. 46.

⁸ Sobre este punto véase Cruz Barney, Oscar, *Historia de la jurisdicción mercantil en México*, México, Porrúa-UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2006.

vieron como útiles para la prueba del mismo en un juicio.⁹ Estas particularidades conducirán a divergencias con el derecho civil. “Pero en este caso el juez debe seguir, consecuentemente, el Derecho Mercantil siempre que no vaya contra el *ius divinum o naturale* o la *utilitas publica*”.¹⁰

El derecho mercantil tendrá como presupuesto de aplicación el que una de las partes en la relación sea comerciante.¹¹ Comerciante era aquel que estaba dedicado al tráfico de mercancías, limitada esta posición a los comerciantes al por mayor, excluyendo a los minoristas y dependientes. El comercio estará prohibido a los clérigos y a los nobles, a excepción de la nobleza de las ciudades mercantiles.¹² Señala Harold Berman que los mercaderes constituían una comunidad autogobernada, dividida en hermandades religiosas, gremios y otras formas de asociación, de donde se derivaron las características del nuevo sistema de derecho mercantil.¹³ Ahora bien, esa comunidad no era de ninguna manera homogénea, ya que provenían de distintas localidades, culturas y hablaban diferentes lenguas.¹⁴ Sostiene Leon Trackman que la pluralidad de costumbres locales de los comerciantes introdujo cierta confusión en las transacciones, lo que desembocó en enfrentamientos mercantiles.¹⁵

Las corporaciones mercantiles con el tiempo participaron a través de sus representantes en los cargos del cabildo municipal, mantuvieron la seguridad en vías públicas, designaron diputados o representantes en el extranjero para defender sus intereses, desempeñaron oficios piadosos y de socorro mutuo, siendo desde luego fundamental su participación para la formación del derecho mercantil.¹⁶

El derecho mercantil será por definición de carácter internacional, uniforme y con una jurisdicción particular: los tribunales mercantiles, como función propia de los consulados de comercio. Por el hecho de ser miembro de un consulado, el individuo quedaba sujeto al juicio del mismo.¹⁷

⁹ Galgano, Francesco, *op. cit.*, p. 53.

¹⁰ Coing, Helmut, *Derecho privado europeo. I: Derecho común más antiguo (1500-1800)*, trad. y apostillas de Antonio Pérez Martín, Madrid, Fundación Cultural del Notariado, 1996, t. I, pp. 654 y 655.

¹¹ Galgano, Francesco, *op. cit.*, pp. 49 y 50.

¹² Coing, Helmut, *op. cit.*, pp. 657 y 658.

¹³ Berman, Harold, *op. cit.*, p. 362.

¹⁴ Trackman, Leon E., *op. cit.*, pp. 10-11.

¹⁵ *Idem*.

¹⁶ Vivante, César, *Derecho mercantil*, trad. Francisco Blanco Constans, Madrid, La España Moderna, 1929; ed. facsimilar, Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal, 2002, pp. 22 y 23.

¹⁷ Szramkiewicz, Romuald, *Histoire du droit des affaires*, París, Montchrestien, 1989, p. 60.

Las Siete Partidas reconocieron mucho antes de la institucionalización de la jurisdicción consular en la Corona de Castilla la existencia de una jurisdicción especial naval mercantil, ejercida por juzgadores del lugar, conocedores de la materia marítima, nombrados por los navegantes en discordia a efecto de resolver llanamente su contienda, sin libelos ni tardanza.¹⁸ Señala Santos M. Coronas que las Partidas se limitaron a testimoniar la existencia de esta jurisdicción naval mercantil de carácter arbitral atendida por unos juzgadores u hombres buenos de la localidad. El texto “fija, como tributo obligado a la realidad mercantil, un procedimiento oral, antiformalista y breve, orientado a la obtención de una rápida sentencia, que no obstaculice el curso del tráfico...”.¹⁹

El derecho mercantil comprende todo el derecho del estamento de los comerciantes; es decir, pertenecen a este derecho no solamente el derecho privado, sino las normas sobre organización profesional de los comerciantes, sus privilegios especiales. En este sentido, el derecho mercantil constituye el *ius singulare* de los comerciantes, lo que significa que tiene preferencia sobre el *ius commune* y la legislación territorial y local. En el proceso, como todo derecho que se apartara del *ius commune*, era considerado como hecho, y debía ser alegado y probado por las partes.²⁰

Los comerciantes, antes que acudir a los tribunales locales, prefirieron resolver sus disputas mediante mecanismos alternativos de solución de controversias, como el arbitraje, ante consejos de pares que se establecían periódicamente en las ferias mercantiles.²¹ Como veremos, los procedimientos que se habrían de desarrollar ante los tribunales mercantiles debieron, ser particularmente expeditos e informales, a fin de satisfacer las necesidades mercantiles.²²

Las sentencias dictadas por estos tribunales debieron también ajustarse a ideales comunes de justicia, dejando de lado los localismos y prácticas

¹⁸ *Las Siete Partidas*, ley XIV, tít. IX, part. V. Utilizamos la siguiente edición: *Las Siete Partidas, glosadas por Alonso Díaz de Montalvo*, Lyon de Francia, en la imprenta de Mateo Bonhomme, 1550, 2 ts. Estudio introductorio de Oscar Cruz Barney, México, Tribunal Superior de Justicia, Ilustre y Nacional Colegio de Abogados de México, 2010. Véase asimismo Coronas González, Santos M., “La jurisdicción mercantil de los consulados del mar en el Antiguo Régimen (1494-1808)”, *Actas del V Centenario del Consulado de Burgos. (I) Simposio Internacional “El Consulado de Burgos”*, Burgos, Excma. Diputación Provincial de Burgos, 1994, p. 251.

¹⁹ *Ibidem*, p. 253. Véase asimismo González Díez, Emiliano, “El Consulado de Burgos en la historia del derecho”, *Actas del V Centenario del Consulado de Burgos. (I) Simposio Internacional “El Consulado de Burgos”*, Burgos, Excma. Diputación Provincial de Burgos, 1994, p. 33.

²⁰ Coing, Helmut, *op. cit.*, pp. 656 y 657.

²¹ Stein, Peter G., *El derecho romano en la historia del Europa. Historia de una cultura jurídica*, trad. César Hornero y Armando Romanos, Madrid, Siglo Veintiuno Editores, 2001, p. 147.

²² Szramkiewicz, Romuald, *op. cit.*, p. 60.

particulares. El comerciante debía sentirse cómodo con los parámetros de decisión de los respectivos tribunales mercantiles independientemente de la localidad en donde se hubiera llevado a cabo la transacción o en donde se encontrara el tribunal en cuestión. Se afirma así que la *lex mercatoria* en realidad busca darle a los comerciantes un sistema uniforme de derecho mercantil para resolver sus controversias.²³

Los jueces se seleccionaban generalmente de entre los propios comerciantes tomando como base su experiencia en la materia, su objetividad y su autoridad dentro del grupo de comerciantes. Su experiencia y conocimiento no solamente de la materia, sino de las características de las partes en conflicto, le permitiría evaluar en mejor medida los conflictos que le fueran sometidos.

En este sentido, los juristas no eran bienvenidos ni como jueces ni como abogados o asesores de las partes.

Señala Montero Aroca que la ineficacia del proceso ordinario para responder ante las necesidades diarias obligó tanto dentro del derecho canónico como en el derecho civil a crear el denominado “proceso plenario rápido”, que en derecho canónico tiene como hito fundamental en 1306²⁴ la clementina *Saepe Contingit* del papa Clemente V,²⁵ y posteriormente en 1311 para la apelación en la clementina *Dispendiosam* del mismo papa,²⁶ mientras que para el derecho civil “las reformas provienen de los estatutos de las ciudades mercantiles italianas”.²⁷

La *saepe contingit* (“a menudo ocurre” o “sucede”) explica, dado el considerable debate existente en ese momento, el sentido exacto de las palabras “simpliciter, et de plano, ac sine strepitu, et figura iudicii procedi mandamus” (“se ordena a los tribunales proceder simplemente, sin la pompa y circunstancia de los procesos jurisdiccionales”) aplicadas a ciertos procedimientos que debían seguirse ante los tribunales eclesiásticos (*et in earum aliquibus*).

En ese sentido, los jueces no estaban obligados a exigir libelos formales y podían llevar a cabo diligencias inclusive en días feriados, reducir los plazos, disminuir las apelaciones dilatorias e innecesarias, restringir los puntos litigiosos de partes, abogados y procuradores, y limitar el número de testigos.

²³ Trackman, Leon E., *op. cit.*, pp. 11-13.

²⁴ Se citan como fechas 1306 y 1311.

²⁵ Clement., lib. V, tít. XI, cap. II. Su texto en Cruz Barney, Oscar, *Historia de la jurisdicción mercantil...*, *cit.* p. 7.

²⁶ *Ibidem*, lib. II, tít. I, cap. II, p. 8.

²⁷ Montero Aroca, Juan, “Síntesis de derecho procesal civil español”, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, México, nueva serie, año XXX, núm. 89, mayo-agosto de 1997, p. 635.

De cualquier modo, los jueces no podrían abreviar los juicios impidiendo la rendición de las pruebas necesarias o el ejercicio de las defensas legítimas (*Non sic tamen iudex litem abbreviet, quin probationes necessariae, et defensiones legitimae admittantur*).

Los jueces quedaban además facultados para fijar los plazos para la presentación de cuestionarios y fijar la fecha para el desahogo de las testimoniales. Se establecía que la demanda y contestación a la misma debían hacerse al inicio del procedimiento, ya sea oralmente o por escrito, ya que la sentencia del juez debía estar basada en ellas. Esto se consideraba importante porque:

- a) Así la investigación estaría basada en la demanda y contestación,
- b) Se tendría mayor certeza, y
- c) La litis quedaría mejor definida.²⁸

En el caso de la *Dispensiosam*, ésta ordena que en las causas de matrimonio, usura y beneficios,²⁹ así como en las apelaciones, se debía proceder también *simplicitur et de plano absque iudiciorum strepitu et figura*.

Siendo que la rapidez en la solución de los conflictos se convirtió en un elemento fundamental de la solución de controversias mercantiles, el procedimiento sumario de los tribunales eclesiásticos ya señalado fue adoptado en los mercantiles, en donde, como sostiene Szramkiewicz, la excepción dilatoria y la declinatoria de competencia no se podían oponer por los comerciantes. Los plazos de ofrecimiento y rendición de pruebas habrían de ser, asimismo, sumamente breves.

En referencia a la *Saepe contingit*, Harold Berman señala que “Esta decretal se introduciría después en ulteriores estatutos italianos que establecían los tribunales mercantiles”.³⁰

Sin embargo, debemos tener presente que en el derecho castellano las Siete Partidas ya contemplaban esta forma de juicio.

A partir de los siglos XII y XIII, y en buena medida a consecuencia del encuentro con el *Corpus Iuris Civilis*, se van a redactar las que podemos

²⁸ “...ut super quibus positiones, et articuli formari debeant, possit haber plenior certitudo, et ut fiat definitio clarior”. Véase *Gregorii Papae IX, Decretales una cum Libro sexto, Clementinis, et Extravagantibus, ad veteres codices restitutae et notis illustratae, quibus accedunt Septimus decretalium, et IO. Pauli Lancelotti Institutiones Iuris Canonici cum indicibus necessariis*, Augustae Taurinorum, Ex Typographia Regia, 1776, Tomus Secundus.

²⁹ Un beneficio es la renta unida a un oficio eclesiástico. *Diccionario de derecho canónico arreglado a la jurisprudencia española antigua y moderna*, Paris, Librería de Rosa y Bouret, 1854, sub voce “Beneficio”.

³⁰ Berman, Harold, *op. cit.*, p. 364.

considerar como obras de derecho comercial: recopilaciones de usos mercantiles de tal o cual región, o bien recopilaciones de sentencias dictadas por los tribunales mercantiles. Aparecieron igualmente recopilaciones de derecho marítimo, como el Libro del Consulado del Mar de Barcelona.

El Libro del Consulado del Mar es una recopilación de la tradición naval mercantil del Mediterráneo. Se componía de las *costums de la mar*, de un reglamento de carácter procesal para el consulado de Valencia, y de disposiciones sobre la disciplina a bordo de las naves y armamentos en corso. Un notario del consulado de Mallorca, Huguet Borrás, se encargó de su redacción hacia 1345, y en 1370 recibió el nombre por el que se le conoce actualmente; es decir, Libro del Consulado del Mar.³¹

Su finalidad fue ofrecer una obra práctica y de fácil manejo, en un estilo claro y casuístico, para todos los consulados del Mediterráneo.

El Libro se tradujo al italiano, castellano, francés, holandés, alemán e inglés.

En el siglo XII se elaboró un texto que recogía el derecho consuetudinario del norte del Atlántico, conocido como *Rooles d'Oleron*, en alusión a las decisiones de los jueces de la isla de Olerón, en la región francesa de Burdeos, centro de una amplia actividad naval, y posiblemente encargada por Aliénor de Aquitania.³² El texto está compuesto por 24 capítulos redactados en gascón, y trata materias como armamentos, fletes, marinería y pilotaje. Tuvo una amplia difusión en Francia, Holanda e Inglaterra. En España se elaboró una versión castellana en el siglo XIII con el nombre de *Fuero de Layrón*.

Muchas obras de práctica mercantil aparecieron igualmente. Las obras de doctrina mercantil van a desarrollarse también fundamentalmente en el siglo XVI. La ciencia del derecho mercantil será una ciencia del Mediterráneo, y específicamente italiana.³³ Los juristas del *mos italicus* que escribieron sobre derecho mercantil fueron Benvenuti Stracchae con sus *Tractatus duo de Assecurationibus et Proxeneticis atque Proxeneticis* (Coloniae Allobrogum, *apud* Fratres de Tournes, 1751), entre otras obras, y Sigismundi Scacciae, con su *Tractatus de commerciis et cambio* (Romae, Sumptibus Andreae Brugiotti, Ex Typographia Iacobi Mafcardi, 1619). Asimismo, abordaron el tema mercantil Ansaldo de Ansaldi con sus *Discursus legales de Commercio et Mercatura* (Coloniae Allobrogum, *apud* Fratres de Tournes, 1751); Josephi Laurentii

³¹ Iglesia Ferreirós, Aquilino, *La creación del derecho, manual. Una historia de la formación de un derecho estatal español*, 2a. ed., Madrid, Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, 1996, t. II, p. 231.

³² Szramkiewicz, Romuald, *op. cit.*, p. 63.

³³ *Ibidem*, p. 64.

Mariae Casaregui con sus *Discursus legales de Comercio* (Venetiis, Secunda Editione, Ex Typographia Balleoniana, 1740); Carlos Targa, autor también italiano, cuya obra se tradujo al castellano bajo el título de *Reflexiones sobre los contratos marítimos, sacadas del derecho civil, y canónico, del Consulado del Mar, y de los usos marítimos, con las fórmulas de los tales Contratos* (Madrid, trad. por el Licenciado Don Juan Manuel Girón, en la Imprenta de Francisco Xavier García, 1753), Honorati Leotardi con su *Liber singularis de usuris, et contractibus usurariis coercendis* (Lugduni, Sumptibus Laurentii Anisson, 1649) y Francesco Rocco con su *Responsorum legalium cum decisionibus centuria prima (et secunda), ac mercatorum notabilia*, Napoli, 1655. En España, Juan de Hevia Bolaños, autor de la *Curia Philippica* (Madrid, D. Josef Doblado, 1783), Joseph de Veltia Linaje con su *Norte de la Contratación de las Indias Occidentales* (Sevilla, Por Juan Francisco de Blas, 1672), fray Tomás de Mercado con su *Suma de tratos y contratos* (Sevilla, En Casa de Hernando Diaz, Impresor de Libros, 1571) y Francisco Salgado de Somoza con su *Labyrinthus creditorum concurrentium ad litem per debitorem communem inter illos causatam* (Lugduni, Sumptibus Laurentii Anisson, 1672), entre otros.

III. LA CODIFICACIÓN DEL DERECHO

Con la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789, frente a la concepción jurídica del antiguo régimen, existen sólo dos valores político-constitucionales: el individuo y la ley como expresión de la soberanía de la nación. Sostiene Maurizio Fioravanti que el término “ley” en la Declaración contiene, junto al significado de “límite” al ejercicio de libertades, de sumisión, el de *garantía* de que los individuos ya no podrán ser ligados por ninguna autoridad que no sea la del legislador, “intérprete legítimo de la voluntad general”.³⁴

En este sentido, la ley se concibe por los revolucionarios franceses como un valor, más que como un mero instrumento, gracias al cual se hacen posibles los derechos y las libertades de todos.³⁵ La validez de las normas jurídicas dependerá de sus formas de producción; su juridicidad ya no dependerá de su justicia o racionalidad intrínsecas, sino de su positividad; es decir, del hecho de ser expedida por una autoridad competente en la forma prevista para ello.³⁶ El sometimiento de los poderes del Estado a la ley consistirá en

³⁴ Fioravanti, Maurizio, *Los derechos fundamentales. Apuntes de historia de las Constituciones*, 3a. ed., trad. Manuel Martínez Neira, Madrid, Trotta, 2000, p. 58.

³⁵ *Ibidem*, p. 62.

³⁶ Ferrajoli, Luigi, *Derechos y garantías. La ley del más débil*, trad. de Perfecto Andrés Ibáñez y Andrea Greppi, Madrid, Trotta, 1999, p. 66.

la regulación por la ley de las relaciones entre el Estado y la sociedad, al suponer que el primero actúa conforme a leyes y a través de ellas.³⁷

A partir del siglo XVIII se va a considerar, cada vez con mayor fuerza, que la ley es la única fuente legítima del derecho, única capaz de expresar la voluntad general, y por ello se impone por encima de cualquier otra forma de producción jurídica, debilitando a las demás, “el viejo pluralismo jurídico, que tenía a sus espaldas, aunque con varias vicisitudes, más de dos mil años de vida, se sofoca en un rígido monismo”.³⁸ En este sentido, la división de poderes será el cimiento para asignar la producción jurídica al Poder Legislativo, que se identifica como titular de la soberanía popular. Así, la voluntad general será expresada a través de la representación, y ésta se expresa a través de la ley, “fundamento material de su lugar en la jerarquía normativa”.³⁹ La codificación sostiene la idea de superar el particularismo jurídico y afirma la autoridad del Estado.⁴⁰

Señala Víctor Tau Anzoátegui:

El transfondo filosófico de la codificación... descansaba en este primer tiempo en la concepción de que el iusnaturalismo y racionalismo ilustrado del siglo XVIII exigía una reforma radical de los ordenamientos positivos vigentes. Entonces se diseñó la abrogación de las fuentes históricas del derecho y la fundación de un nuevo orden jurídico, mediante la adopción de un sistema normativo orgánico y compacto...⁴¹

Se concebirá al código por una parte como “un ensemble cohérent de dispositions juridiques concernant un domaine plus ou moins étendu”, y por otra, revestirá “un caractère normatif”.⁴² Se trata de “una ley amplia, sistemáticamente construida, expresada en principios claros, que ordena al menos toda una esfera de la vida, si no toda la vida de una sociedad determinada”.⁴³ El código deberá ordenar y orientar la libertad e igual-

³⁷ Cabo Martín, Carlos de, *Sobre el concepto de ley*, Madrid, Trotta, 2000, p. 19.

³⁸ Grossi, Paolo, *Mitología jurídica de la modernidad*, trad. Manuel Martínez Neira, Madrid, Trotta, 2003, p. 75.

³⁹ Cabo Martín, Carlos de, *Sobre el concepto..., op. cit.*, p. 20.

⁴⁰ Dickmann, Renzo, “Codificazione e processo legislativo”, en Costanzo, Pasquale (coord.), *Codificazione del diritto e ordinamento costituzionale*, Napoli, Facoltà di Giurisprudenza della Università di Camerino, 1999, p. 61.

⁴¹ Tau Anzoátegui, Víctor, *La codificación en la Argentina, 1810-1870. Mentalidad social e ideas jurídicas*, 2a. ed., Buenos Aires, Librería-Editorial Emilio J. Perrot, 2008, p. 11.

⁴² Oppetit, Bruno, *Essai sur la codification*, París, Presses Universitaires de France, 1998, p. 17.

⁴³ Coing, Helmut, *Derecho privado europeo. I: Derecho común más antiguo (1500-1800)*, trad. y apostillas de Antonio Pérez Martín, Madrid, Fundación Cultural del Notariado, 1996, t. I, p. 113.

dad de los individuos exigida por el derecho natural. Desde un punto de vista formal, el código debe ser sistemático y claro en su expresión, apartándose de particularismos casuísticos y de sutilezas; debe contener principios.

La codificación devino como un símbolo de la modernidad en el mundo occidental, nuevo modo de concebir la producción jurídica, fuente de prestigio personal para el soberano, y en este sentido se le puede ver como una expresión del poder del gobernante⁴⁴ y como la expresión de un “derecho nacional”, al que afirma, y que intenta ser más vigoroso y eficiente que el *ius commune*.⁴⁵

La codificación del derecho mercantil mexicano

Después de consumada la independencia, México⁴⁶ acudió a una multiplicidad de fuentes para su derecho mercantil: las ordenanzas consulares de Bilbao, Santander, Burgos, México, Veracruz y Guadalajara; los códigos de comercio de Francia de 1807 y de España de 1829, y otros más que se constituyeron en el cuerpo de leyes de comercio que rigió en el país. Recorremos además que entre 1821 y 1824 continuó la actuación de los consulados de comercio indianos, pues no sería sino hasta el 16 de octubre de 1824 cuando se expida el Decreto de Supresión de los Consulados por el Soberano Congreso General Constituyente de los Estados Unidos Mexicanos.⁴⁷

Conforme al decreto en cuestión, se ordenó que por lo que tocaba a la federación, cesaban los consulados, quedando cesantes sus empleados fijos o permanentes conforme a las reglas que se dieren para todos los empleados del ramo de gobernación o hacienda, y quedaban excluidos para efectos del derecho a pensión los empleados del Consulado de Puebla por no haber sido confirmado.⁴⁸

⁴⁴ Oppetit, Bruno, *Essai sur la codification...*, op. cit., p. 8.

⁴⁵ Ramos Núñez, Carlos, *El Código napoleónico y su recepción en América Latina*, Lima, Pontificia Universidad Católica del Perú, Fondo Editorial, 1997, p. 51.

⁴⁶ En general, véase Cruz Barney, Oscar, *La codificación en México*, México, Porrúa-UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2010.

⁴⁷ “Decreto de 16 de octubre de 1824 sobre Supresión de los consulados”, en Dublán, Manuel y Lozano, José María, *Legislación Mexicana o colección completa de las disposiciones legislativas expedidas desde la independencia de la República*, México, Imprenta del Comercio a cargo de Dublán y Lozano, Hijos, 1876, t. I, núm. 429, p. 738. Citaremos como *Decreto de Supresión*.

⁴⁸ *Decreto de Supresión*, artículos 1o. y 2o.

La codificación mercantil en México se inicia a partir de la segunda mitad del siglo XIX. El *Code de Commerce* de 1807,⁴⁹ antecedente claro, había robustecido la autonomía del derecho mercantil dentro del derecho privado.⁵⁰ El Código de Comercio napoleónico tuvo como antecedentes las dos Ordenanzas de Luis XIV, una relativa al comercio terrestre de 1673⁵¹ y la otra al comercio marítimo de 1681. Del código francés se nutrieron los códigos de Italia, Grecia, Turquía y Egipto.⁵²

En España, el Código de Comercio de 1829 serviría también como base a nuestra codificación en la materia, si bien ya Carlos IV había ordenado a la Junta General de Comercio, Moneda y Minas en 1797 la formación de un código de comercio, que derivó en un proyecto general de Ordenanzas de Comercio, que sirvieron a la comisión que elaboró el Código español de 1829.⁵³ La inspiración fundamental del Código español de 1829 fue el Código de Comercio francés de 1807.

Una ley sobre bancarrotas y un Código de Comercio se hacían cada vez más necesarios en el país. Antonio López de Santa Anna, presidente provisional de la República mexicana, en uso de facultades extraordinarias, expidió en 1841 el Decreto de Organización de las Juntas de Fomento y Tribunales Mercantiles.⁵⁴ que fue complementado por el Decreto del primero de julio de 1842,⁵⁵ que reformó la organización de dichos tribunales para facilitar el despacho de los asuntos relativos a los negocios mercantiles. Se trata del primer texto legislativo mexicano que ofrece un catálogo de lo que consideraba negocios mercantiles.

⁴⁹ “*Code de Commerce*”, en *Codes et Lois Usuelles classées pars ordre alphabetic, Neuvième Édition Contenant la législation jusqu'a 1875*, Paris, Garnier Frères, Libraires-Éditeurs, 1875.

⁵⁰ Eizaguirre, José María de, *El derecho mercantil en la codificación del siglo XIX*, Bilbao, Universidad del País Vasco, Servicio Editorial, 1987, pp. 45-47.

⁵¹ Sobre ésta véase Jousse, Daniel, *Nouveau commentaire sur l'Ordonnance du Commerce du mois de Mars 1673*, París, Chez Debure l'Ainé, 1761.

⁵² Padoa Schioppa, Antonio, *Saggi di storia del diritto commerciale*, Milán, Edizioni Universitarie di Lettere Economia Diritto, 1992, cap. III.

⁵³ Rubio, Jesús, *Sainz de Andino y la codificación mercantil*, Madrid, Consejo Superior de Investigaciones Científicas, 1950, p. 110.

⁵⁴ *Nuevo Febrero Mexicano. Obra completa de jurisprudencia teórico-práctica, dividida en cuatro tomos: en el primero y segundo se trata de la parte teórica; en el tercero de las sustanciaciones de todos los juicios y de todos los tribunales establecidos en la República; y en el cuarto del derecho administrativo*, México, Publicada por Mariano Galván Rivera, Impreso por Santiago Pérez, tomo segundo, 1851, p. 506; asimismo, *Decreto de organización de las juntas de fomento y tribunales mercantiles del 15 de noviembre de 1841*, en Manuel Dublán y José María Lozano, *Legislación mexicana...*, t. 4, pp. 51-76, núm. 2221. Citaremos como *Decreto de Organización*.

⁵⁵ *Organización de las Juntas de Fomento y Tribunales Mercantiles*, Oaxaca, reimpressa por Fernando Ortega, 1841.

Es precisamente en el tema de la jurisdicción mercantil donde el Code de Commerce de 1807⁵⁶ tiene una notable influencia en el derecho mexicano.⁵⁷

Señala M. P. Pradier-Fodéré que contra lo que exigía el orden ideológico, el legislador francés dejó la enumeración de los actos que se reputan mercantiles a los artículos 632 y 633 del Código de 1807, sin dar una definición que permitiera reconocerlos con toda claridad.

Al redactarse el Código se intentó la justificación de ese sistema diciendo que para fijar mejor los principios de la jurisdicción mercantil, era necesario reservar para el título que se ocupase de esa jurisdicción la enumeración de los actos mercantiles, y que, procediendo así, quedaría más seguramente determinada la competencia de los tribunales de excepción.⁵⁸

El Código divide a los actos de comercio en dos categorías: los que tienen ese carácter por sí mismos, haciendo abstracción de la situación de las partes, y aquellos que se reputan mercantiles en virtud de la calidad de los contratantes o de la de uno de ellos. Así, se reputan actos de comercio por sí mismos los siguientes:⁵⁹

1. Las compras y ventas.
2. Las operaciones de cambio
3. Las operaciones bancarias.
4. Los alquileres de cosas.
5. El alquiler de servicios.
6. Compras para revender.
7. Compras para alquilar.
8. Empresas de abastecimiento.
9. Las letras de cambio entre cualquier persona y los envíos de dinero de plaza a plaza.
10. Todo lo relativo al comercio marítimo.⁶⁰
11. Los préstamos a la gruesa ventura, seguros marítimos.

⁵⁶ Antecedentes de la codificación en Pradier-Fodéré, M. P., *Compendio de derecho mercantil*, trad. Emilio Pardo (Jr.), México, Imprenta de Flores y Monsalve, 1875, pp. 17-21.

⁵⁷ Sobre su influencia en México véase Cruz Barney, Oscar, “La codificación napoleónica y su influencia en México”, en Galeana, Patricia (coord.), *El constitucionalismo mexicano. Influencias continentales y trasatlánticas*, México, Siglo XXI Editores-Senado de la República, 2010.

⁵⁸ Pradier-Fodéré, M. P., *op. cit.*, p. 23. Véase también Dalloz Ainé, M. D., *Répertoire méthodique et alphabétique de législation, de doctrine et de jurisprudence, en matière de droit civil, commercial, criminel, administratif, de droit des gens et de droit public*, París, Nouvelle Édition, Au Bureau de la Jurisprudence Générale, 1847, t. 8, *sub voce* Commercant.

⁵⁹ Artículo 632.

⁶⁰ Artículo 633.

Se reputan actos de comercio también los actos que emanen de personas dedicadas al comercio cuando le hacen contraer una deuda que no tenga una causa puramente civil.

Los tribunales conocerían en segunda instancia de aquellos casos en que las partes en uso de sus derechos declarasen su voluntad de ser juzgados definitivamente y sin derecho a apelar, de las demandas en donde el principal no exceda de quince centavos de franco y de las reconvenções que conjuntamente con la demanda principal excedan de quince centavos de franco.⁶¹

El procedimiento ante los tribunales de comercio se regía por el título XXV del libro II de la primera parte del Código de Procedimientos Civiles. Las apelaciones de las sentencias dictadas por los tribunales de comercio se conocerían por las cortes imperiales.⁶²

Como señalamos líneas arriba, en México, Antonio López de Santa Anna, presidente provisional de la República mexicana, en uso de facultades extraordinarias, expidió el Decreto de Organización de las Juntas de Fomento y Tribunales Mercantiles, que fue complementado por el Decreto de primero de julio de 1842, que reformó la organización de dichos tribunales para facilitar el despacho de los asuntos relativos a los negocios mercantiles.

Por negocios mercantiles del conocimiento de los tribunales, con una clara influencia del artículo 632 del Code de Commerce, se entendían los siguientes:⁶³

- a) Las compras y permutes de frutos, efectos y mercancías que se hacen con el determinado objeto de lucrar luego el comprador o permutable, en lo mismo que ha comprado o permutado. Eran ajenas a la jurisdicción mercantil las compras y permutes que no se hicieran con este objeto, así como los contratos concernientes a bienes raíces.
- b) Todo el giro de letras de cambio, pagarés y libranzas, aunque fueran girados a cargo de personas residentes en la misma plaza. Cabe destacar que la Reforma de 1842 estableció en su artículo 12, que las demandas sobre cumplimientos de pagarés solamente serían de la competencia de la jurisdicción de comercio, cuando procedieran de

⁶¹ Artículo 639.

⁶² Artículos 645-648.

⁶³ Cuando en un negocio mercantil aparecía alguna incidencia criminal, el tribunal de comercio debía pasar el conocimiento de ella a la jurisdicción respectiva, haciendo la remisión de los documentos o constancias concernientes. En casos urgentes en que se temiera la fuga u ocultación del culpado, podía el tribunal de comercio asegurar de pronto su persona, poniéndola en el acto a disposición del juez competente. *Decreto de Organización*, artículo 36.

algún negocio mercantil, que debía explicarse y detallarse en el pagaré mismo, para que surtiera el fuero de comercio.

- c) Toda compañía de comercio, aun cuando tuviera participación en ella alguna persona que no fuera comerciante de profesión.
- d) Los negocios emanados directamente de la mercadería, o bien que se refieran inmediatamente a ella, como son:
 - 1. El fletamento de embarcaciones, carruajes o bestias de carga para el transporte de mercancías por tierra o agua,
 - 2. Los contratos de seguro,
 - 3. Los negocios con factores, dependientes, comisionistas y corredores, y
 - 4. Las fianzas o prendas en garantía de responsabilidades mercantiles, siempre que fueran otorgadas sin hipoteca y demás solemnidades, ajena del comercio y propias del derecho civil.

Además, siempre que en un juicio universal de concurso de acreedores, en el de esperas y el de quitas, se acumulaban negocios que la ley considera mercantiles, con negocios no mercantiles, correspondía el conocimiento del juicio al tribunal de comercio, siempre que concurrieran las dos circunstancias de ser el deudor común comerciante de profesión, y de que la mayor parte de los créditos, según el primer aspecto, procediera de negocios mercantiles.⁶⁴

Con la Reforma de 1842, se estableció que por regla general, tanto para el Tribunal Mercantil de México como para los departamentos, la jurisdicción de cada tribunal se extendía únicamente al territorio todo en que la ejercen los jueces civiles de primera instancia que residen en el mismo lugar. Esto, en concordancia con el artículo 616 del Código de Comercio francés.

Los tribunales mercantiles se arreglaban en la decisión de los negocios de su competencia a las Ordenanzas de Bilbao en lo que no estuvieran derogadas, mientras se formaba el Código de Comercio de la República, encargo que habría de hacerse a la Junta de Fomento de la Ciudad de México.⁶⁵

⁶⁴ *Decreto de Organización*, artículos 34 y 35.

⁶⁵ Disposición que se fue confirmada por los artículos 45 y 77 de la llamada Ley Juárez o *Ley de Administración de Justicia y Orgánica de los Tribunales de la Federación*, del 23 de noviembre de 1855. Véase Mercado, Florentino, *Libro de los Códigos, ó prenunciones sintéticas de codificación romana, canónica, española y mexicana, por...*, México, Imprenta de Vicente G. Torres, 1857, p. 567. (De esta obra existe una edición facsimilar del Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal). Se puede consultar en Fairén Guillén, Víctor y Soberanes Fernández, José Luis, *La administración de justicia en México en el siglo XIX*, México, Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal, 1993, pp. 251-255.

Es de gran importancia destacar que sobre la naturaleza de estos tribunales sostenía Juan N. Rodríguez de San Miguel que en realidad se trataba de los antiguos consulados, restablecidos bajo la denominación de tribunales mercantiles, conjuntamente con las juntas de fomento.⁶⁶ Jacinto Pallares sostenía por su parte que el Decreto de Organización de 1841 había restablecido a los consulados con el nombre de tribunales mercantiles.⁶⁷ Las apreciaciones de ambos juristas son correctas, pues con el establecimiento de los tribunales mercantiles y las juntas de fomento se restablecieron dos funciones propias de los consulados de comercio, sobre todo de los de la nueva generación consular del siglo XVIII: la justicia mercantil y el fomento a la industria, el comercio y la agricultura.

A mediados de 1852 estalló una revuelta en Guadalajara contra su gobernador; en ella se pedía la vigencia de la Constitución de 1824. Los levantados desconocieron al presidente Mariano Arista y lo obligaron a renunciar en 1853. En su lugar asumió el poder quien había sido presidente de la Suprema Corte, Juan Bautista Ceballos.⁶⁸ Éste disolvió el Congreso y rechazó el Plan de Arroyo Zarco, presentado por los militares Manuel López Pezuela, ministro de Guerra de Arista, y el rebelde José López Uruga, que planteaba la permanencia de Bautista en el poder hasta la celebración de nuevas elecciones, con las que se buscaba el retorno de Santa Anna. Ceballos renunció y regresó a la Suprema Corte de Justicia. Manuel María Lombardini quedó en su lugar hasta la celebración de las elecciones, gracias a las cuales volvió al poder, el 17 de marzo de 1853, Antonio López de Santa Anna. Éste nombró a Lucas Alamán, jefe de su gabinete y ministro de Relaciones Exteriores, hasta que fallece el 2 de junio de 1853, sucediéndole en el cargo Manuel Díaz Bonilla. Colaboraron en el gobierno de Santa Anna, además de Alamán, José M. Tornel, Antonio Haro y Tamariz y Teodosio Lares. Durante ésta, que fue la última dictadura de Santa Anna, se estaba trabajando en dos proyectos de códigos

⁶⁶ Rodríguez de San Miguel, Juan N., *Curia Filipica Mexicana. Obra completa de práctica forense. En la que se trata de los procedimientos de todos los juicios, ya ordinarios, ya extraordinarios y sumarios, y de todos los tribunales existentes en la República, tanto comunes como privativos y privilegiados. Conteniendo ademas un tratado integral de la Jurisprudencia Mercantil*, México, obra publicada por Mariano Galván Rivera, 1850, p. 815.

⁶⁷ Pallares, Jacinto, *Derecho mercantil mexicano*, México, Tip. y Lit. de Joaquín Guerra y Valle, 1891, pp. 260 y 261. Del texto de Pallares existen varias ediciones facsimilares. La más reciente es la preparada por la Suprema Corte de Justicia de la Nación en 2002, reimprima en 2003.

⁶⁸ Díaz, Lilia, “El liberalismo militar”, *Historia general de México*, 3a. ed., México, El Colegio de México, 1981, t. 2, pp. 821-824.

go: uno por la Junta de Fomento de la Ciudad de México y el otro en la Secretaría de Justicia.⁶⁹

Cabe destacar el importante papel desarrollado por parte de los abogados colegiados en el Ilustre y Nacional Colegio de Abogados de México en el proceso codificador mercantil en México.⁷⁰

El 16 de mayo de 1854 se publicó el primer Código de Comercio mexicano,⁷¹ inspirado fundamentalmente en el Código de Comercio francés de 1807,⁷² y en el español del 30 de mayo de 1829, de Sáinz de Andino.⁷³ El Código de Comercio del 16 de mayo de 1854, o Código Lares, fue de vigencia general, conforme al decreto de 27 de mayo de 1854, dividido en cinco libros y 1091 artículos.⁷⁴

El primero de marzo de 1854, un grupo de opositores a Santa Anna, comandados por Ignacio Comonfort y Florencio Villarreal, proclamaron el Plan de Ayutla, que pedía su destitución, el nombramiento de un presidente provisional y un nuevo congreso constituyente. El 9 de agosto, Santa Anna salió de la ciudad de México, y días después, en Perote, redactó su renuncia a la presidencia. Finalmente, Juan Álvarez quedó como presidente interino el 4 de octubre de 1855, y el gobierno residió en la ciudad de Cuernavaca, donde formó su gabinete y designó a Comonfort ministro de Guerra, a Ponciano Arriaga en Fomento, Melchor Ocampo en Relaciones y Benito Juárez en Justicia y Asuntos Eclesiásticos.

⁶⁹ “Memoria del Ministerio de Justicia y Negocios Eclesiásticos leída por el Secretario del Ramo en la Cámara de Diputados el día 13 y en la de Senadores en 16 de febrero de 1852”, en Soberanes Fernández, José Luis (comp.), *Memorias de la Secretaría de Justicia*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1997, p. 227.

⁷⁰ Sobre este tema véase Cruz Barney, Oscar, “La codificación mercantil y sus personajes”, en Cruz Barney, Oscar, Héctor Fix Fierro y Elisa Speckman Guerra (coords.), *Los abogados y la formación del Estado mexicano*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas-Instituto de Investigaciones Históricas-Ilustre y Nacional Colegio de Abogados de México, 2013.

⁷¹ Sobre éste, véase Tornel y Mendivil, José J., *Manual de derecho mercantil mexicano, o sea el Código de Comercio de México puesto en forma de diccionario*, México, Imprenta de Vicente Segura Argüelles, 1854.

⁷² Véase la obra de Locrè, J. G., *Esprit du Code de Commerce, ou commentaire puisé dans les procès-verbaux du Conseil d'état, les exposés de motifs et Discours, les observations du tribunat, celles des Cours d'appel, tribunaux et chambres de commerce, etc.*, París, Garnery, t. 3, 1811.

⁷³ *Código de Comercio Decretoado, Sancionado y Promulgado en 30 de mayo de 1829*, Edición Oficial, Madrid, Oficina de D. L. Amarita, 1829. Sobre el papel de este jurista véase la obra citada de Rubio, Jesús, *Sainz de Andino y la codificación mercantil*, Madrid, Consejo Superior de Investigaciones Científicas, 1950.

⁷⁴ *Código de Comercio de México*, México, Imprenta de José Mariano Lara, 1854. Puede consultarse su texto en Manuel Dublán y José María Lozano, *Legislación mexicana...*, t. 7, pp. 94-200. Éste se mandó observar por decreto del 27 de mayo de 1854, *ibidem*, pp. 204 y 205.

Con el triunfo de la Revolución de Ayutla, los liberales desconocieron la legislación expedida durante este periodo, salvo el Código Lares, que fue puesto en vigor durante el Segundo Imperio mexicano (1863-1867), por decreto del 15 de julio de 1863, y con él los tribunales mercantiles.⁷⁵

“La expedición del Código Lares, independientemente de cualquier criterio de tipo político, fue un acierto, pues vino a poner punto final a la confusión legislativa en la materia...”⁷⁶ En la República estuvo vigente en algunos estados, como Puebla, con excepción del título primero, libro primero, que trata de los agentes de fomento; del libro quinto, que trata de la jurisdicción mercantil, y finalmente, de todo lo que se opusiera a la Constitución, tanto general como local (con envidia de los habitantes del Distrito Federal),⁷⁷ Michoacán,⁷⁸ Zacatecas⁷⁹ y México.⁸⁰ Posteriormente, el Código de Comercio de 1854 dejó de estar en vigor y se aplicaron en su lugar nuevamente las Siete Partidas y las Ordenanzas de Bilbao. Sobre el Código Lares se decía que “tomado de otros varios y especialmente del francés, dejaba mucho que desear; pero su derogación, sin haber sido sustituido oportunamente, ha perjudicado el comercio”.⁸¹

⁷⁵ Véase el número 61 del *Boletín de las Leyes del Imperio Mexicano, ó sea Código de la Restauración. Colección completa de las leyes y demás disposiciones dictadas por la intervención francesa, por el Supremo Poder Ejecutivo Provisional, y por el Imperio Mexicano, con un apéndice de los documentos oficiales mas notables y curiosos de la época, publicado por José Sebastián Segura*, México, Imprenta Literaria, 1863, t. I.

⁷⁶ Castañón R., Jesús, “Breve desarrollo histórico de la legislación mercantil y bancaria”, *Lecturas Jurídicas*, Chihuahua, Universidad de Chihuahua, Escuela de Derecho, núm. 16, julio-septiembre, 1963, p. 25.

⁷⁷ Linares, José, “Legislación de los Estados. Puebla. Durango. Conveniencia de que la legislación se uniforme”, *El Derecho, Periódico de Jurisprudencia y Legislación*, México, segunda época, 28 de enero de 1871, t. I, núm. 4, p. 50.

⁷⁸ Por decreto del 3 de diciembre de 1855, si bien para 1871 ya no estaba en vigor en dicho estado. Segura, Luis G., “Legislación de los Estados. Michoacán”, *El Derecho, Periódico de Jurisprudencia y Legislación*, México, segunda época, 15 de julio de 1871, t. I, núm. 28.

⁷⁹ Conforme al artículo 293 de la *Ley Orgánica y de Procedimientos para la Administración de Justicia del Estado Libre y Soberano de Zacatecas de 30 de noviembre de 1855*, Zacatecas, Imprenta del Gobierno á cargo de Mariano Mariscal, 1861.

⁸⁰ Fernando Arilla y Graciela Jaimes sostienen que el *Código Lares* se hallaba en vigor en el estado en 1868, y la *Ley Orgánica de los Tribunales del Estado* del 11 de julio de ese año confirmó su vigencia. Véase Arilla Baz, Fernando y Macedo Jaimes, Graciela, “Supervivencia de los tribunales de Minería y mercantiles en el derecho del estado de México entre la Constitución Federal de 1824 y la Ley sobre Administración de Justicia de 23 de noviembre de 1855”, *Memoria del II Congreso de Historia del Derecho Mexicano*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1981, p. 530.

⁸¹ Gómez Parada, Vicente, “Historia del comercio y de su legislación”, *El Foro, Periódico de Jurisprudencia y de Legislación*, México, t. V, núm. 101, 31 de octubre de 1875, p. 402.

En 1868 se nombró una comisión revisora del Código Lares, integrada por Rafael Martínez de la Torre, Cornelio Prado y Manuel Inda.⁸² En 1869 estuvo listo un proyecto de Código Mercantil para el Distrito Federal, que constaba de 1,875 artículos, en contraste con los 422 del Código Lares, de 1854. Este proyecto formulado por los señores Rodríguez y Castro fue analizado por la comisión integrada por Martínez de la Torre, Prado e Inda.⁸³ En octubre de 1874 estaba pendiente todavía la corrección de estilo del mismo,⁸⁴ y no fue concluido hasta diciembre de ese año. El gobierno dispuso que enviara el proyecto a la Cámara de Comercio de la Ciudad de México para su examen. La Cámara nombró como revisores a los señores Angles Lascuráin y Pedro Martín.⁸⁵

Otro proyecto se preparó en 1880.⁸⁶ El proyecto de 1880, formado por una comisión integrada por Manuel Inda y Alfredo Chavero, se dividía en cinco libros y 1,800 artículos. En cuanto a sus fuentes, “para formar el presente proyecto de Código de Comercio, ha tenido la Comisión á la vista todas las leyes mercantiles y Códigos extranjeros, hasta los más modernos, como son los de Alemania, Buenos Aires y Bélgica”; además, a efecto de aprovechar la experiencia como fuente del proyecto, se preocuparon de contar con “las luces de los miembros de la Cámara de Comercio de México”.⁸⁷

El 31 de marzo de 1881, el licenciado Protasio Tagle ofrecía en su informe a la Secretaría de Justicia el pronto envío al Congreso de la Unión de un proyecto de Código de Comercio, tan pronto estuviera concluido por la comisión que lo estaba elaborando.⁸⁸ El proyecto se envió al Congreso en

⁸² “Memoria que el Secretario de Estado y del Despacho de Justicia e Instrucción Pública presenta al Congreso de la Unión en Marzo de 1868”, en Soberanes Fernández, José Luis (comp.), *Memorias de la Secretaría de Justicia*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1997, p. 277.

⁸³ “Memoria que el Secretario de Estado y del Despacho de Justicia e Instrucción Pública presenta al Congreso de la Unión el 15 de noviembre de 1869”, en Soberanes Fernández, José Luis (comp.), *Memorias de la Secretaría de Justicia*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1997, p. 277.

⁸⁴ “Hechos diversos”, *El Foro, Periódico de Jurisprudencia y de Legislación*, México, t. III, núm. 100, 28 de octubre de 1874, p. 399.

⁸⁵ “Hechos diversos”, *El Foro, Periódico de Jurisprudencia y de Legislación*, México, t. III, núm. 147, 25 de diciembre de 1874, p. 596.

⁸⁶ *Proyecto de Código de Comercio del Distrito Federal y Territorio de la Baja California, Con las bases generales de la legislación mercantil que han de regir en toda la República, conforme á la fracción décima del artículo 72 De la Constitución Federal*, México, Tipografía de Gonzalo A. Esteva, 1880.

⁸⁷ *Ibidem*, p. III.

⁸⁸ “Memoria que el Secretario de Justicia e Instrucción Pública presenta al Congreso de la Unión y Comprende del 1 de enero de 1878 al 15 de septiembre de 1881”, en Soberanes Fernández, José Luis (comp.), *Memorias de la Secretaría de Justicia*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1997, p. 352.

1883 y fue revisado por una comisión integrada por Manuel Inda, Alfredo Chavero y Luis Pombo, conjuntamente con Joaquín Baranda, secretario de Justicia e Instrucción Pública.⁸⁹

El 14 de diciembre de 1883 se reformó la Constitución en el sentido de reservar a la Federación la facultad legislativa en materia de comercio,⁹⁰ y al día siguiente, el 15 de diciembre de 1883, el Congreso otorgó facultades al presidente Manuel González para expedir un nuevo Código de Comercio, que hizo el 15 de abril de 1884 y se aprobó el 31 de mayo siguiente.⁹¹ Se denominó Código de Comercio de los Estados Unidos Mexicanos, y entró en vigor el 20 de julio de ese año. Se elaboró tomando como base los dos proyectos previos de 1869 y 1880.

El Código recibió críticas en lo relativo a su definición de “comercio”, por considerarla innecesaria y en su versión del Código, incompleta.⁹²

El Código de Comercio de 1884 fue sustituido por el actual, promulgado el 15 de septiembre de 1889 y publicado en el *Diario Oficial de la Federación* entre el 7 y el 13 de octubre siguientes; entró en vigor el 1º. de enero de 1890.⁹³ La fuente fundamental de este nuevo Código fue el Código de Comercio español, de 1885, en vigor en España desde el 1º. de enero de 1886.⁹⁴

⁸⁹ “Memoria que el Secretario de Justicia e Instrucción Pública presenta al Congreso de la Unión en cumplimiento del precepto constitucional, Comprende desde el 16 de septiembre de 1881 hasta el 15 de septiembre de 1883”, en Soberanes Fernández, José Luis (comp.), *Memorias de la Secretaría de Justicia*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1997, p. 367.

⁹⁰ Artículo 72, fracc. X de la *Constitución Federal de los Estados Unidos Mexicanos, sancionada y jurada por el Congreso General Constituyente el 5 de febrero de 1857, adicionada por el 7o. Congreso Constitucional el 25 de septiembre y 4 de octubre de 1873 y el 6 de noviembre de 1874, juntamente con las Leyes Orgánicas expedidas hasta hoy*, México, Imprenta del Gobierno, en Palacio, 1883.

⁹¹ *Código de Comercio de los Estados Unidos Mexicanos*, México, Tipografía de Clarke y Macías, 1884.

⁹² “Editorial. Estudios sobre el Código de Comercio”, *El Foro, Periódico de Jurisprudencia y de Legislación*, México, t. XXII, año XII, núm. 89, 16 de mayo de 1884, p. 359, y “Editorial. Estudios sobre el Código de Comercio”, *El Foro, Periódico de Jurisprudencia y de Legislación*, México, t. XXII, año XII, núm. 117, 28 de junio de 1884.

⁹³ En el centenario del Código de Comercio de 1889 se publicaron una serie de trabajos conmemorativos contenidos en el Centenario del Código de Comercio, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1991. En la conmemoración de los 120 años de su vigencia el Ilustre y Nacional Colegio de Abogados de México, el Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal y el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM organizaron un congreso internacional, que tuvo como sede el Auditorio “Benito Juárez” del TSJDF los días 16 y 17 de junio de 2009.

⁹⁴ *Código de Comercio*, Madrid, Edición Oficial, MDCCCLXXXV.

IV. LA DESCODIFICACIÓN DEL DERECHO MERCANTIL

El derecho mercantil mexicano está inmerso en un proceso de desmembramiento y separación de fuentes, contrario al de ordenación y concentración propio de la codificación.

La descodificación debemos entenderla como un proceso por virtud del cual el código deja de ser el centro ordenador y concentrador del derecho sobre una materia determinada, para desmembrarse o atomizarse en leyes particulares relativas a tópicos específicos y limitados, de los que el propio código ya ni siquiera constituye un derecho común.

Respecto del código, las nuevas disposiciones “No aceptan ahora ya estarle vinculadas, no contemplan en él ni tan siquiera la sede de los principios generales, discuten abiertamente su primado, se consideran islas autónomas y autorreferenciales”.⁹⁵ Se ha señalado que la impugnación del derecho burgués producida a raíz del cuestionamiento del individualismo es a la vez una impugnación a los códigos.⁹⁶

En la experiencia española, la mayor parte de los casos de descodificación se atribuyen al reparto de competencias entre el Estado y las comunidades autónomas, al asumir estas últimas las competencias legislativas correspondientes, así materias como carreteras, ordenación urbana, suelo, etcétera.⁹⁷

Se considera entonces que el derecho privado en su expresión legislativa se configura “como un sistema policéntrico que desmonta poco a poco la Codificación, destruye la originaria unidad y que, precisamente por esta orientación de signo contrapuesto se nos aparece como descodificación”.⁹⁸

Se han desarrollado lo que se denomina por Natalino Irti⁹⁹ como “microsistemas legislativos”, que poco y mal se insertan en el sistema del dere-

⁹⁵ Caroni, Pío, *Lecciones catalanas sobre historia de la codificación*, trad. Aquilinio Iglesia Ferreira, Madrid, Marcial Pons, 1996, p. 103.

⁹⁶ Ramos Núñez, Carlos, *Codificación, tecnología y modernidad*, Lima, Pontificia Universidad Católica del Perú, 2005, p. 41.

⁹⁷ Menéndez Rexach, Ángel, “Perspectivas de nuevas codificaciones españolas. La codificación en el derecho administrativo”, en Centro de Estudios Registrales, *Seguridad jurídica y codificación*, Madrid, Centro de Estudios Registrales, 1999, p. 129.

⁹⁸ Caroni, Pío, *op. cit.*, p. 103.

⁹⁹ Irti, Natalino, *La edad de la descodificación*, Barcelona, José María Bosch Editor, 1992. Un análisis de la obra de Irti en Pampillo Baliño, Juan Pablo, “La descodificación del derecho mercantil en México”, en Cruz Barney, Oscar (coord.), *Codificación y descodificación del derecho mercantil mexicano*, México, Ilustre y Nacional Colegio de Abogados de México-UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas-Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal, 2009, pp. 347 y ss.

cho codificado que busca la armonía legislativa.¹⁰⁰ Señala Carlos Ramos Núñez que con la descodificación se echa de menos la perfección técnica de los códigos, al exhibir las leyes especiales una pobreza de estilo exasperante, “a contrapelo de los códigos, no presentan cánones generales y abstractos, sino respuestas a problemas específicos y acuciantes”.¹⁰¹

A nuestro Código de Comercio vigente se le han hecho múltiples modificaciones en las siguientes materias:

1. *Correduría*: libro primero, título tercero, artículos 51 a 74, derogados por la Ley Federal de Correduría Pública publicada en el *Diario Oficial de la Federación* el 29 de diciembre de 1992.
2. *Contratos de seguros*: libro segundo, título séptimo, artículos 392 a 448, derogado de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 196 de la Ley sobre el Contrato de Seguro, publicada en el *Diario Oficial de la Federación* el 31 de agosto de 1935.
3. *Prenda mercantil y de los efectos al portador y de la falsedad, robo, hurto o extravío de los mismos*: libro segundo, títulos undécimo y duodécimo, artículos 605 a 634, abrogados por lo dispuesto en el artículo tercero transitorio de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, publicada en el *Diario Oficial de la Federación* el 27 de agosto de 1932.
4. *Comercio marítimo*: libro tercero, artículos 641 a 944, derogados por lo dispuesto en el artículo segundo transitorio de la Ley de Navegación y Comercio Marítimos, publicada en el *Diario Oficial de la Federación* el 21 de noviembre de 1963. Esta ley fue derogada, con excepción de los artículos 222 al 232 y 234 el 250 por la Ley de Navegación, publicada en el *Diario Oficial de la Federación* el 4 de enero de 1994. La misma Ley de Navegación derogó del Código de Comercio los artículos 129 en lo que se opusiera a la misma; 21, fraccs. XIII y XVI a XVIII, 641 a 944, 1043, fraccs. III, V, VII y VIII, y 1044.
5. *Juicios mercantiles*: libro quinto, título primero, reformado por decreto publicado en el *Diario Oficial de la Federación* el 4 de enero de 1989.
6. *Casación*: libro quinto, título primero, capítulo XXVI, artículos 1344 y 1345, derogados por decreto publicado en el *Diario Oficial de la Federación* el 4 de enero de 1989.
7. *Procedimiento especial de quiebras*: libro quinto, título cuarto, artículos 1415 al 1500, derogados por el artículo 3o. de las Disposiciones Ge-

¹⁰⁰ Ramos Núñez, Carlos, *op. cit.*, p. 46.

¹⁰¹ *Ibidem*, p. 47.

nerales de la Ley de Quiebras y Suspensión de Pagos, publicada en el *Diario Oficial de la Federación* el 20 de abril de 1940.

8. *De las sociedades de comercio*: libro segundo, título segundo, artículos 89 al 272, derogados por el artículo 4o. transitorio de la Ley General de Sociedades Mercantiles, publicada en el *Diario Oficial de la Federación* el 4 de agosto de 1934.
9. *Reforma procesal*: artículos 1054, 1057, 1058, 1063, 1069, 1079, 1154, 1165 último párrafo, 1191, 1193, 1203, 1223, 1224, 1232, fracción I, 1235, 1247, 1250, 1253, fracciones III, IV, VI y VII, 1254, 1255, 1263, 1336, 1337 fracción III, 1338, 1339, 1340, 1342, 1344, 1345, 1348, 1378, 1396, 1414, y se adicionaron los artículos 1250 bis, 1250 bis 1, 1337 fracción IV, 1345 bis, 1345 bis 1, 1345 bis 2, 1345 bis 3, 1345 bis 4, 1345 bis 5, 1345 bis 6, 1345 bis 7, 1345 bis 8 y 1407 bis. Esta reforma se refirió en buena medida al recurso de apelación y se publicó en el *Diario Oficial de la Federación* el 17 de abril de 2008. Una modificación a la misma se hizo el 30 de diciembre de 2008 mediante el decreto por el que se reforman, adicionan y derogan diversas disposiciones del Código de Comercio respecto de los artículos 1054; 1154; 1165, último párrafo; 1253, fracción VI, segundo párrafo y la fracción VII; 1339; 1340; 1344; 1345 bis 1, párrafo segundo; 1345 bis 4, párrafo segundo; 1345 bis 7, párrafo primero; 1399; 1407 bis, primer párrafo. Se adicionaron las fracciones V, VI, VII, VIII, IX y X al artículo 1345 y se derogaron, el segundo párrafo, del artículo 1345 bis 7 y las fracciones I, II, III, IV y V del artículo 1407 bis.

Actualmente los artículos 1415 a 1463 del título cuarto tratan del arbitraje comercial, originalmente adoptando en parte la Ley Modelo elaborada por la Comisión de Naciones Unidas para el Derecho Mercantil (CNUDMI o UNCITRAL), además de algunas disposiciones del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal,¹⁰² a raíz de las reformas llevadas a cabo en 1989, que lo adaptaron al arbitraje moderno. Sin embargo, y debido a que las reformas no tuvieron los resultados esperados, el 22 de julio de 1993 se sustituyeron por una nueva reforma con la rúbrica *Arbitraje comercial*. Con ella se incorporó sustancialmente la Ley Modelo más algunas disposiciones del Reglamento de Arbitraje de CNUDMI de 1976 en lo referente a costas y otras reglas de procedimiento. “Se hicieron algunos ajustes de orden y lenguaje, pero de poca importancia, de modo que

¹⁰² Treviño, Julio, C., “La nueva legislación mexicana sobre arbitraje comercial”, *Revista de Derecho Privado*, México, año 6, núm. 17, mayo-agosto de 1995, p. 36.

puede asegurarse que se incorporaron la esencia, el espíritu y el lenguaje de la *Ley Modelo*”.¹⁰³

También se ha trabajado tempranamente en la posibilidad de un nuevo Código, sin éxito aún, caso del Proyecto para el nuevo Código de Comercio de los Estados Unidos Mexicanos, dado a la imprenta por la Secretaría de Industria, Comercio y Trabajo en 1929, elaborado por una amplia comisión integrada por los señores Manuel de la Peña, Daniel Quiroz, Eduardo Castillo, Felipe de J. Tena, José Coeto, Manuel A. Chávez, Roberto A. Esteve Ruiz, Carlos Duplan, José M. Gurría Urgell, Juan Correa Nieto, Gustavo Padrés, Joaquín Pedrero Córdova, Isidro Romero y José A. Brown.¹⁰⁴

V. CONCLUSIÓN

La codificación del derecho mercantil mexicano nació como respuesta a una necesidad clara de impulsar el desarrollo económico del país. Los esfuerzos codificadores pasaron por el proceso de objetivización del derecho mercantil y por una desafortunada eliminación de los tribunales de comercio.

A partir de entonces, el derecho mercantil mexicano en su desarrollo ha entrado en un proceso de descodificación, que merece atención, por la problemática que en el sistema jurídico representa, lo que lleva a plantearse diversas interrogantes, que adelantamos en la introducción: ¿necesitamos un nuevo código de comercio?, si es así ¿queremos un código unitario?, ¿qué vamos a hacer con toda la legislación satélite del Código vigente?

VI. BIBLIOGRAFÍA

ARILLA BAZ, Fernando y MACEDO JAIMES, Graciela, “Supervivencia de los tribunales de minería y mercantiles en el derecho del estado de México entre la Constitución Federal de 1824 y la Ley sobre Administración de Justicia de 23 de noviembre de 1855”, en *Memoria del II Congreso de Historia del Derecho Mexicano*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1981.

BERMAN, Harold, *La formación de la tradición jurídica de Occidente*, trad. Mónica Utrilla de Neira, México, Fondo de Cultura Económica, 1996.

¹⁰³ *Idem*.

¹⁰⁴ *Proyecto para el nuevo Código de Comercio de los Estados Unidos Mexicanos*, México, Secretaría de Industria, Comercio y Trabajo, Comisión de Reformas al Código de Comercio, Talleres Gráficos de la Nación, 1929.

- CABO MARTÍN, Carlos de, *Sobre el concepto de ley*, Madrid, Trotta, 2000.
- CARONI, Pío, *Lecciones catalanas sobre historia de la codificación*, trad. Aquilinio Iglesia Ferreirós, Madrid, Marcial Pons, 1996.
- COING, Helmut, *Derecho privado europeo. I: Derecho común más antiguo (1500-1800)*, trad. y apostillas de Antonio Pérez Martín, España, Fundación Cultural del Notariado, 1996, t. I.
- CORONAS GONZÁLEZ, Santos M., “La jurisdicción mercantil de los consulados del mar en el Antiguo Régimen (1494-1808)”, *Actas del V Centenario del Consulado de Burgos. (I) Simposio Internacional “El Consulado de Burgos”*, Burgos, Excmo. Diputación Provincial de Burgos, 1994.
- CORONAS GONZÁLEZ, Santos M., *Manual de historia del derecho español*, Valencia, Tirant lo Blanch, 1996.
- CRUZ BARNEY, Oscar, “La codificación mercantil y sus personajes”, en CRUZ BARNEY, Oscar *et al.* (coords.), *Los abogados y la formación del Estado mexicano*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas-Instituto de Investigaciones Históricas-Ilustre y Nacional Colegio de Abogados de México, 2013.
- CRUZ BARNEY, Oscar, “La codificación napoleónica y su influencia en México”, en GALEANA, Patricia (coord.), *El constitucionalismo mexicano. Influencias continentales y trasatlánticas*, México, Siglo XXI Editores-Senado de la República, 2010.
- CRUZ BARNEY, Oscar, *Historia de la jurisdicción mercantil en México*, México, Porrúa-UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2006.
- CRUZ BARNEY, Oscar, *La codificación en México*, México, Porrúa-UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2010.
- DALLOZ AINÉ, M. D., *Répertoire méthodique et alphabétique de législation, de doctrine et de jurisprudence, en matière de droit civil, commercial, criminel, administratif, de droit des gens et de droit public*, nouvelle édition, Paris, Au Bureau de la Jurisprudence Générale, 1847, t. 8.
- DÍAZ, Lilia, “El liberalismo militante”, *Historia general de México*, 3a. ed., México, El Colegio de México, 1981, t. 2.
- Diccionario de derecho canónico arreglado a la jurisprudencia española antigua y moderna*, Paris, Librería de Rosa y Bouret, 1854.
- DICKMANN, Renzo, “Codificazione e processo legislativo”, en Costanzo, Pasquale (coord.), *Codificazione del diritto e ordinamento costituzionale*, Nápoles, Facoltà di Giurisprudenza della Università di Camerino, 1999.
- EIZAGUIRRE, José María de, *El derecho mercantil en la codificación del siglo XIX*, Bilbao, Universidad del País Vasco, Servicio Editorial, 1987.

- FAIRÉN GUILLÉN, Víctor y SOBERANES FERNÁNDEZ, José Luis, *La administración de justicia en México en el siglo XIX*, México, Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal, 1993.
- FERRAJOLI, Luigi, *Derechos y garantías. La ley del más débil*, trad. de Perfecto Andrés Ibáñez y Andrea Greppi, Madrid, Trotta, 1999.
- FIORAVANTI, Maurizio, *Los derechos fundamentales. Apuntes de historia de las Constituciones*, trad. Manuel Martínez Neira, 3a ed., Madrid, Trotta, 2000.
- GALGANO, Francesco, *Historia del derecho mercantil*, trad. Joaquín Bisbal, Barcelona, Laia, 1981.
- GONZÁLEZ DÍEZ, Emiliano, “El Consulado de Burgos en la historia del derecho”, *Actas del V Centenario del Consulado de Burgos. (I) Simposio Internacional “El Consulado de Burgos”*, Burgos, Excma. Diputación Provincial de Burgos, 1994.
- GROSSI, Paolo, *Mitología jurídica de la modernidad*, trad. Manuel Martínez Neira, Madrid, Trotta, 2003.
- IGLESIA FERREIRÓS, Aquilino, *La creación del derecho, manual. Una historia de la formación de un derecho estatal español*, 2a. ed., Madrid, Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, 1996, t. II.
- IRTI, Natalino, *La edad de la descodificación*, Barcelona, José María Bosch Editor, 1992.
- JOUSSE, Daniel, *Nouveau commentaire sur l'Ordonnance du Commerce du mois de Mars 1673*, París, Chez Debure l'Ainé, 1761.
- LOCRÈ, J. G., *Esprit du Code de Commerce, ou commentaire puisé dans les procès-verbaux du Conseil d'état, les exposés de motifs et Discours, les observations du tribunal, celles des Cours d'appel, tribunaux et chambres de commerce, etc.*, París, Garnery, t. 3, 1811.
- MENÉNDEZ REXACH, Ángel, “Perspectivas de nuevas codificaciones españolas. La codificación en el derecho administrativo”, en CENTRO DE ESTUDIOS REGISTRALES, *Seguridad jurídica y codificación*, Madrid, Centro de Estudios Registrales, 1999.
- MERCADO, Florentino, *Libro de los Códigos, ó prenunciones sintéticas de codificación romana, canónica, española y mexicana, por...*, México, Imprenta de Vicente G. Torres, 1857.
- Nuevo Febrero Mexicano. Obra completa de jurisprudencia teórico-práctica, dividida en cuatro tomos: en el primero y segundo se trata de la parte teórica; en el tercero de las sustanciaciones de todos los juicios y de todos los tribunales establecidos en la República; y en el cuarto del derecho administrativo*, México, Publicada por Mariano Galván Rivera, Impreso por Santiago Pérez, t. II, 1851.

- OPPETIT, Bruno, *Essai sur la codification*, París, Presses Universitaires de France, 1998.
- PADOA SCHIOPPA, Antonio, *Saggi di storia del diritto commerciale*, Milano, Edizioni Universitarie di Lettere Economia Diritto, 1992.
- PALLARES, Jacinto, *Derecho mercantil mexicano*, México, Tip. y Lit. de Joaquín Guerra y Valle, 1891.
- PAMPILLO BALIÑO, Juan Pablo, “La descodificación del derecho mercantil en México”, en CRUZ BARNEY, Oscar (coord.), *Codificación y descodificación del derecho mercantil mexicano*, México, Ilustre y Nacional Colegio de Abogados de México-UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas-Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal, 2009.
- PECK, Petrus en su obra *In Tit. Dig. & Cod. Ad rem nauticam pertinentes, commentarii*, Amstelodami, apud Viduam Joannis Henrici Boom, 1668.
- PRADIER-FODÉRÉ, M. P., *Compendio de derecho mercantil*, trad. Emilio Pardo (jr.), México, Imprenta e Flores y Monsalve, 1875.
- QUINTANA ADRIANO, Elvia Arcelia, *Legislación mercantil. Evolución histórica*, México, Porrúa, 2005.
- RAMOS NÚÑEZ, Carlos, *Codificación, tecnología y modernidad*, Lima, Pontificia Universidad Católica del Perú, 2005.
- RAMOS NÚÑEZ, Carlos, *El Código napoleónico y su recepción en América Latina*, Lima, Pontificia Universidad Católica del Perú, Fondo Editorial, 1997.
- RODRÍGUEZ DE SAN MIGUEL, Juan N., *Curia Filípica Mexicana. Obra completa de práctica forense. En la que se trata de los procedimientos de todos los juicios, ya ordinarios, ya extraordinarios y sumarios, y de todos los tribunales existentes en la República, tanto comunes como privativos y privilegiados. Conteniendo ademas un tratado integral de la Jurisprudencia Mercantil*, México, obra publicada por Mariano Galván Rivera, 1850.
- RUBIO, Jesús, *Sainz de Andino y la codificación mercantil*, Madrid, Consejo Superior de Investigaciones Científicas, 1950.
- STEIN, Peter G., *El derecho romano en la historia del Europa. Historia de una cultura jurídica*, trad. César Hornero y Armando Romanos, Madrid, Siglo XXI Editores, 2001.
- SZRAMKIEWICZ, Romuald, *Histoire du droit des affaires*, Paris, Montchrestien, 1989.
- TAU ANZOÁTEGUI, Víctor, *La codificación en la Argentina, 1810-1870. Mentalidad social e ideas jurídicas*, 2a. ed., Buenos Aires, Librería-Editorial Emilio J. Perrot, 2008.

TORNEL Y MENDÍVIL, José J., *Manual de derecho mercantil mexicano, o sea el Código de Comercio de México puesto en forma de diccionario*, México, Imprenta de Vicente Segura Argüelles, 1854.

TRACKMAN, Leon E., *The Law Merchant. The evolution of Commercial Law*, Fred B. Rothman & Co., 1983.

VIVANTE, César, *Derecho mercantil*, trad. Francisco Blanco Constans, Madrid, La España Moderna, 1929; ed. facsimilar, Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal, 2002.

WESENBERG, Gerhard y WESENER, Gunter, *Historia del derecho privado moderno en Alemania y en Europa*, trad. José Javier de los Mozos Touya, Valladolid, Lex Nova, 1998.

Hemerografía

“Editorial. Estudios sobre el Código de Comercio”, *El Foro, Periódico de Jurisprudencia y de Legislación*, México, t. XXII, año XII, núm. 89, 16 de mayo de 1884.

“Editorial. Estudios sobre el Código de Comercio”, *El Foro, Periódico de Jurisprudencia y de Legislación*, México, t. XXII, año XII, núm. 117, 28 de junio de 1884.

“Hechos diversos”, *El Foro, Periódico de Jurisprudencia y de Legislación*, México, t. III, núm. 100, 28 de octubre de 1874.

“Hechos diversos”, *El Foro, Periódico de Jurisprudencia y de Legislación*, México, t. III, núm. 147, 25 de diciembre de 1874.

CASTAÑÓN R., Jesús, “Breve desarrollo histórico de la legislación mercantil y bancaria”, *Lecturas Jurídicas*, Chihuahua, Universidad de Chihuahua, Escuela de Derecho, núm. 16, julio-septiembre de 1963.

GÓMEZ PARADA, Vicente, “Historia del Comercio y de su Legislación”, *El Foro, Periódico de Jurisprudencia y de Legislación*, México, t. V, núm. 101, 31 de octubre de 1875.

LINARES, José, “Legislación de los estados. Puebla. Durango. Conveniencia de que la legislación se uniforme”, *El Derecho, Periódico de Jurisprudencia y Legislación*, México, segunda época, 28 de enero de 1871, t. I, núm. 4.

MONTERO AROCA, Juan, “Síntesis de derecho procesal civil español”, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, México, nueva serie, año XXX, núm. 89, mayo-agosto de 1997.

SEGURA, Luis. G., “Legislación de los estados. Michoacán”, *El Derecho, Periódico de Jurisprudencia y Legislación*, México, segunda época, 15 de julio de 1871, t. I, núm. 28.

TREVIÑO, Julio C., “La nueva legislación mexicana sobre arbitraje comercial”, *Revista de Derecho Privado*, México, año 6, núm. 17, mayo-agosto de 1995.

Fuentes

Boletín de las Leyes del Imperio Mexicano, ó sea Código de la Restauración. Colección completa de las leyes y demás disposiciones dictadas por la intervención francesa, por el Supremo Poder Ejecutivo Provisional, y por el Imperio Mexicano, con un apéndice de los documentos oficiales mas notables y curiosos de la época, publicado por José Sebastián Segura, México, Imprenta Literaria, 1863, t. I.

CLEMENTINIS, lib. II, tít. I, cap. II.

CLEMENTINIS, lib. V, tít. XI, cap. II.

Code de Commerce, en Codes et Lois Usuelles classées par ordre alphabétique, Neuvième Édition Contenant la législation jusqu'à 1875, Paris, Garnier Frères, Libraires-Éditeurs, 1875.

Código de Comercio de los Estados Unidos Mexicanos, México, Tipografía de Clarke y Macías, 1884.

Código de Comercio de México, México, Imprenta de José Mariano Lara, 1854.

Código de Comercio Decreto, Sancionado y Promulgado en 30 de mayo de 1829, edición oficial, Madrid, Oficina de D. L. Amarita, 1829.

Código de Comercio, Madrid, edición oficial, MDCCCLXXXV.

Constitución Federal de los Estados Unidos Mexicanos, sancionada y jurada por el Congreso General Constituyente el 5 de febrero de 1857, adicionada por el 7o. Congreso Constitucional el 25 de septiembre y 4 de octubre de 1873 y el 6 de noviembre de 1874, juntamente con las Leyes Orgánicas expedidas hasta hoy, México, Imprenta del Gobierno, en Palacio, 1883.

“Decreto de 16 de octubre de 1824 sobre Supresión de los consulados”, en Dublán, Manuel y Lozano, José María, *Legislación Mexicana ó colección completa de las disposiciones legislativas expedidas desde la independencia de la República*, México, Imprenta del Comercio a cargo de Dublán y Lozano, Hijos, 1876, t. I, núm. 429.

“Decreto de organización de las juntas de fomento y tribunales mercantiles del 15 de noviembre de 1841”, en Manuel Dublán y José María Lozano, *Legislación mexicana...*, t. 4, núm. 2221.

GREGORII Papae IX, *Decretales una cum Libro sexto, Clementinis, et Extravagantibus, ad veteres codices restitutae et notis illustratae, quibus accedunt Septimus decretalium, et IO. Pauli Lancelotti Institutiones Iuris Canonici cum indicibus necessariis, Augustae Taurinorum, Ex Typographia Regia, 1776, tomus secundus.*

Las Siete Partidas, Glosadas por Alonso Díaz de Montalvo, Lyon de Francia, en la imprenta de Mateo Bonhome, 1550, 2 ts. Estudio introductorio de Oscar Cruz Barney, México, Tribunal Superior de Justicia, Ilustre y Nacional Colegio de Abogados de México, 2010.

Ley de Administración de Justicia y Orgánica de los Tribunales de la Federación de 23 de noviembre de 1855.

Ley Orgánica y de Procedimientos para la Administración de Justicia del Estado Libre y Soberano de Zacatecas de 30 de noviembre de 1855, Zacatecas, Imprenta del Gobierno á cargo de Mariano Mariscal, 1861.

Memoria del Ministerio de Justicia y Negocios Eclesiásticos leída por el Secretario del Ramo en la Cámara de Diputados el día 13 y en la de Senadores en 16 de febrero de 1852, en SOBERANES FERNÁNDEZ, José Luis (comp.), *Memorias de la Secretaría de Justicia*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1997.

Memoria que el Secretario de Estado y del Despacho de Justicia e Instrucción Pública presenta al Congreso de la Unión en Marzo de 1868, en SOBERANES FERNÁNDEZ, José Luis (comp.), *Memorias de la Secretaría de Justicia*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1997.

Memoria que el Secretario de Estado y del Despacho de Justicia e Instrucción Pública presenta al Congreso de la Unión el 15 de Noviembre de 1869, en SOBERANES FERNÁNDEZ, José Luis (comp.), *Memorias de la Secretaría de Justicia*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1997.

Memoria que el Secretario de Justicia e Instrucción Pública presenta al Congreso de la Unión y Comprende del 1 de enero de 1878 al 15 de septiembre de 1881, en SOBERANES FERNÁNDEZ, José Luis (comp.), *Memorias de la Secretaría de Justicia*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1997.

Memoria que el Secretario de Justicia e Instrucción Pública presenta al Congreso de la Unión en cumplimiento del precepto constitucional, Comprende desde el 16 de septiembre de 1881 hasta el 15 de septiembre de 1883, en SOBERANES FERNÁNDEZ, José Luis (comp.), *Memorias de la Secretaría de Justicia*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1997.

Organización de las Juntas de Fomento y Tribunales Mercantiles, Oaxaca, reimpressa por Fernando Ortega, 1841.

Proyecto de Código de Comercio del Distrito Federal y Territorio de la Baja California, Con las bases generales de la legislación mercantil que han de regir en toda la República,

conforme á la fracción décima del artículo 72 De la Constitución Federal, México,
Tipografía de Gonzalo A. Esteva, 1880.

Proyecto para el nuevo Código de Comercio de los Estados Unidos Mexicanos, Secretaría
de Industria, Comercio y Trabajo, Comisión de Reformas al Código de
Comercio, México, Talleres Gráficos de la Nación, 1929.

LA COMPETENCIA DESLEAL

Jorge MIER Y CONCHA SEGURA*

SUMARIO: I. *Introducción a la competencia desleal.* II. *La propiedad industrial y la competencia desleal.* III. *La Ley Federal de Protección al Consumidor y la competencia desleal.*

I. INTRODUCCIÓN A LA COMPETENCIA DESLEAL

El análisis de la competencia desleal es un tema de mucha actualidad; por un lado, derivado de las agresivas campañas de mercadotecnia que existen, y, por el otro, de la imperiosa necesidad de proteger a la libre competencia, las diversas autoridades, tanto administrativas como judiciales, han puesto a prueba muchos de sus criterios.

Por la globalización de los mercados, y los diferentes acuerdos comerciales bilaterales y multilaterales que ha firmado nuestro país, la competencia es considerada el motor de la economía. Así, al hablar de competencia se hace referencia a “3. f. Situación de empresas que rivalizan en un mercado ofreciendo o demandando un mismo producto o servicio”.¹ La competencia perfecta refleja un sistema en el cual estos competidores se encuentran en igualdad de circunstancias buscando obtener un segmento del mercado utilizando sus propios medios, conocimientos y habilidades.²

* Maestría en derecho internacional con especialidad en propiedad intelectual por el Nacional Law Center de The George Washington University. Profesor de la materia propiedad intelectual en la Facultad de Derecho de la UNAM.

¹ *Diccionario de la Real Academia Española.* Disponible en: <http://lema.rae.es/drae/?val=competencia> (consultado el 30 de septiembre de 2015).

² Judicialmente, competencia se ha definido por la tesis: COMPETENCIA. ELEMENTOS QUE INTEGRAN ESE CONCEPTO Y PRESUPUESTO PARA CONSIDERARLA DESLEAL. El concepto de competencia alude al menos a cuatro elementos: los competidores, el mercado, la mercancía y la clientela. Los cuales se describen de la forma siguiente: a) competidor: persona física o moral que realiza una actividad económica independiente, frente a otra

Nuestra normatividad reconoce y consagra como derecho inherente de todo individuo la libertad de comercio, la cual, indica el artículo 5o. de nuestra carta magna, sólo podrá ser vedada, *inter alia*, cuando se ataquen derechos de terceros.³ Dada la amplitud del texto constitucional, que incluye también la libertad para el ejercicio del trabajo y de la industria, así como la posible concurrencia en el tema del artículo 28 constitucional, que se refiere a la regulación de la competencia económica, es necesario delimitar el tema de estudio.

El presente escrito versa sobre las definiciones que sobre competencia desleal han dado la Ley de la Propiedad Industrial y la Ley Federal de Protección al Consumidor, su interpretación por parte del Instituto Mexicano de la Propiedad Industrial, y de la Procuraduría Federal de Protección al Consumidor, y como estas interpretaciones ha buscado mantener el equilibrio entre los diferentes actores en el mercado, para mantener las actividades comerciales en un plano de igualdad.

Resulta evidente que los competidores en el mercado buscan que sus productos o servicios lleguen a un mayor número de consumidores. Una de las bases sobre la que se fundamenta la libre competencia es justamente permitir a los proveedores, usar estrategias para ampliar el número de personas que buscan un bien o servicio proveniente de una fuente específica,

que también la lleva a cabo, en una relación tal, que la actividad de una, desarrollada por si o por conducto de un tercero, puede beneficiar o lesionar la de la otra; b) mercado: conjunto de actividades realizadas libremente por los agentes económicos sin intervención del Estado; conjunto de operaciones comerciales que afectan a un determinado sector; conjunto de consumidores capaces de comprar un producto o servicio; o bien, el Estado y la evolución de la oferta y la demanda en un sector económico dado; c) mercancía: el bien o la actividad que los competidores ofrecen, prestan o anuncian a la clientela; y, d) clientela: se integra por consumidores potenciales de mercancías o servicios ofrecidos por los competidores. Con base en lo anterior, puede decirse que la competencia supone una relación entre sujetos, personas físicas o morales, que ejercen actividades económicas en forma independiente, por medio de la venta de mercancías o prestación de servicios en relación con una clientela, de modo que puedan resultar repercusiones entre ellos a causa del ejercicio de sus actividades. En ese sentido, la libre competencia, en principio, no puede ser restringida por el solo hecho de que el éxito de un competidor conduzca a la ruina de otro, siempre que los medios para hacerla no sean reprochables, pues de serlo, resultaría desleal (*Tesis I.8º.A.50.A (10º), Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Décima Época, libro XX, mayo de 2013, tomo 3, p. 1756).

³ “Artículo 5o. A ninguna persona podrá impedirse que se dedique a la profesión, industria, comercio o trabajo que le acomode, siendo lícitos. El ejercicio de esta libertad sólo podrá vedarse por determinación judicial, cuando se ataquen los derechos de tercero, o por resolución gubernativa, dictada en los términos que marque la ley, cuando se ofendan los derechos de la sociedad. Nadie puede ser privado del producto de su trabajo, sino por resolución judicial” (Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos).

claro, dentro del marco legal. La legislación busca como bien jurídico tutelado mantener y motivar la libre competencia, evitando cualesquiera actos que pudieran significar inclinar injustificadamente la balanza hacia alguno de los competidores.

Cuando el segmento del mercado, por ejemplo, se encuentra muy concentrado en un número determinado de participantes —y no necesariamente derivado de una conducta monopólica u oligopólica, sino porque el mercado mismo ha permitido la permanencia de sólo determinados entes—, muchas veces la única forma de que un producto nuevo compita con los ya existentes es buscando “arrebatar” un segmento del mismo. En los pasillos de los supermercados los agentes de ventas se esmeran en dar a probar al posible consumidor ese nuevo producto, que ofrece ventajas en precio, en cantidad, o algún obsequio, para que el consumidor pasajero se vuelva recurrente, y a la postre, un consumidor fiel a ese producto o servicio.

Como consumidores, podemos ser atraídos por este tipo de promociones, que signifiquen un ahorro o recompensa, o por aquellas que se encuentren patrocinadas por personajes o empresas renombrados con los que nos podamos sentir identificados. Todos estos actos pueden ser válidos para atraer clientela. Sin embargo, la guerra comercial en ocasiones se pelea desde frentes muy distintos, donde la creatividad y la estrategia ceden su lugar a la copia, al llamar la atención por artificios o artimañas, que en vez de convencer buscan engatusar a los consumidores, llevándolos a moverse en determinado sentido. Estos actos se conocen en la doctrina en general como “competencia desleal”; esto es, cualesquiera actividades que fuera del marco legal buscan alterar la igualdad.

Aunque [la competencia] se trate de una lucha a muerte no todo vale. Existen una serie de reglas, principios y valores sobreentendidos que hay que respetar, incluso en las guerras, y cuando uno se sobrepasa es juzgado por criminal de guerra; tampoco valen en el boxeo los golpes bajos...

La auténtica competencia beneficia a los consumidores y hace más eficientes a los productores, y sobre esta idea habrá de descansar todo criterio que vaya a ser utilizado para juzgar su bondad...⁴

Resulta una tarea difícil definir la competencia desleal. El artículo 60. bis del Código de Comercio, que sirve de punto de partida de este texto, establece:

⁴ Disponible en: <http://www.economia48.com/spa/d/competencia-desleal/competencia-desleal.htm> (consultado por última vez el 30 de septiembre de 2015).

Artículo 6o. bis. Los comerciantes deberán realizar su actividad de acuerdo a los usos honestos en materia industrial o comercial, por lo que se abstendrán de realizar actos de competencia desleal que:

I. Creen confusión, por cualquier medio que sea, respecto del establecimiento, los productos o la actividad industrial o comercial, de otro comerciante;

II. Desacrediten, mediante aseveraciones falsas, el establecimiento, los productos o la actividad industrial o comercial, de cualquier otro comerciante;

III. Induzcan al público a error sobre la naturaleza, el modo de fabricación, las características, la aptitud en el empleo o la cantidad de los productos, o

IV. Se encuentren previstos en otras leyes.

Las acciones civiles producto de actos de competencia desleal, solo podrán iniciarse cuando se haya obtenido un pronunciamiento firme en la vía administrativa, si esta es aplicable.

El legislador reconoció en su momento la dificultad para delimitar el concepto. En efecto, durante la discusión del artículo en cita en la Cámara de Diputados, se concluyó en la exposición de motivos:

[E]s muy importante considerar que acorde a la tendencia globalizadora del mercado y el constante avance del comercio y por lo tanto de las prácticas que pueden ser dañinas para su libre y leal concurrencia, hace falta delimitar un sinnúmero de supuestos que pudieran considerarse también como prácticas desleales.⁵

Por tal motivo, al proyecto inicial, que comprendía solamente las tres primeras fracciones, se adicionaron tanto la IV. como el último párrafo. Justo es decir que tales inclusiones se hicieron necesarias, pues el concepto de competencia desleal se había venido definiendo hasta entonces por autoridades y leyes administrativas con base en supuestos muy particulares y delimitándose a la luz de casos concretos. La ambigüedad del término, sumada a la posibilidad de equiparar los actos de la competencia desleal a la responsabilidad civil subjetiva, con todas las consecuencias judiciales que tal determinación acarrearía, llevó al legislador —tal como se estableció en el *Diario de Debates* del 2 de septiembre de 2004 de la Cámara de Diputados—, a excluir la determinación de los actos de competencia desleal de las

⁵ Iniciativa de Decreto por medio del cual al artículo 6o. del Código de Comercio, hoy derogado, se le adicionan disposiciones en materia de competencia desleal, presentada por el senador Jorge Lozano Armengol, del grupo parlamentario del Partido Acción Nacional, 13 de diciembre de 2004.

facultades de los jueces civiles y mercantiles. Esto significa que la existencia de la competencia desleal es declarada por una autoridad administrativa, y en consecuencia su acreditamiento (en la vía civil) se logra sólo con una sentencia firme que así lo establezca. Los jueces podrán, una vez determinado que existió un acto de competencia desleal, fijar la cuantía del daño correspondiente.⁶

Una definición parecida a la consagrada en el artículo 6 bis antes citado, se estableció internacionalmente en el Convenio de París para la Protección de la Propiedad Industrial,⁷ que lee en su artículo 10 bis:

Artículo 10 bis Competencia desleal

- 1) Los países de la Unión están obligados a asegurar a los nacionales de los países de la Unión una protección eficaz contra la competencia desleal.
- 2) Constituye acto de competencia desleal todo acto de competencia contrario a los usos honestos en materia industrial o comercial.
- 3) En particular deberán prohibirse:
 - i) cualquier acto capaz de crear una confusión, por cualquier medio que sea, respecto del establecimiento, los productos o la actividad industrial o comercial de un competidor; ii) las aseveraciones falsas, en el ejercicio del comercio, capaces de desacreditar el establecimiento, los productos o la actividad industrial o comercial de un competidor; iii) las indicaciones o aseveraciones cuyo empleo, en el ejercicio del comercio, pudieren inducir al público a error sobre la naturaleza, el modo de fabricación, las características, la aptitud en el empleo o la cantidad de los productos.

Siguiendo esta definición de competencia desleal, el presente texto la analiza desde el punto de vista de la propiedad industrial y de la Ley Federal de Protección al Consumidor, y en este último caso, sólo de aquellos conflictos que surgen entre proveedores, con exclusión de los conflictos con consumidores.

⁶ Lo que el legislador busca es que se evite la vía de los daños y perjuicios e invocando el artículo 1910 del Código, ello en respeto de los criterios jurisprudenciales vigentes. PROPIEDAD INDUSTRIAL. ES NECESARIA UNA PREVIA DECLARACIÓN POR PARTE DEL INSTITUTO MEXICANO DE LA PROPIEDAD INDUSTRIAL, SOBRE LA EXISTENCIA DE INFRACCIONES EN LA MATERIA PARA LA PROCEDENCIA DE LA ACCIÓN DE INDEMNIZACIÓN POR DAÑOS Y PERJUICIOS (Tesis: 1a./J. 13/2004; *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, t. XIX, mayo de 2004, p. 365) emanada de la Contradicción de tesis 31/2003-PS. Cf. con las acciones derivadas de infracciones en materia de comercio consagradas en la Ley Federal de Derechos de Autor, donde la reclamación de daños y perjuicios puede ser directa, según se establece en su artículo 213.

⁷ *Diario Oficial de la Federación*, 27 de julio de 1976.

II. LA PROPIEDAD INDUSTRIAL Y LA COMPETENCIA DESLEAL

La propiedad industrial es entendida como el conjunto de normas para usar de forma exclusiva y temporal las creaciones y los signos distintivos de productos, establecimientos y servicios.⁸ De una manera más didáctica, la propiedad industrial se ha definido enlistando las figuras que se consideran son cobijadas por las disposiciones aplicables, incluyéndose las patentes, los modelos de utilidad, los diseños industriales, las marcas, los nombres comerciales, los avisos comerciales, las denominaciones de origen, los secretos industriales y la información no divulgada y las variedades vegetales.

En la Ley de la Propiedad Industrial vigente, los actos de competencia desleal pueden ser perseguidos como infracciones administrativas, y en el caso de la falsificación marcaaria, por la vía penal.

Desde el punto de vista administrativo, las conductas infractoras se encuentran listadas —de forma no limitativa— en el artículo 213 de la Ley, que en sus treinta fracciones se ocupa de proveer hipótesis normativas particulares y específicas. Es importante precisar, sin embargo, que al definirse de manera general la competencia desleal, la fracción I establece:

Artículo 213. Son infracciones administrativas:

I. Realizar actos contrarios a los buenos usos y costumbres en la industria, comercio y servicios que impliquen competencia desleal y que se relacionen con la materia que esta Ley regula...

Desde el punto de vista de la ley en estudio, se requiere que cualquier acto, para considerarse competencia desleal, se relacione con alguno de los derechos sustantivos que dicho cuerpo regula. De ahí que la fracción I se ha ligado intrínsecamente a la actualización de otras, más sencillas de acreditar, como las fracciones IV y XVIII, que hablan del uso no autorizado de marcas semejantes en grado de confusión (fracción IV), o de marcas idénticas (fracción XVIII). El uso no autorizado de una marca de un tercero, además de ser un acto en sí ilegal, es un acto de competencia desleal, que va en contra de los buenos usos y costumbres comerciales.

Aunque en la práctica no han sido pocas las ocasiones en que se ha tratado de ampliar la definición de la fracción I para que el Instituto Mexicano de la Propiedad Industrial, o en su defecto los tribunales competentes se

⁸ Rangel Medina, David, *Derecho de la propiedad industrial e intelectual*, México, UNAM, 1992, p. 9.

pronuncien sobre conductas de competencia desleal más amplias, poco ha sido conseguido.⁹

Diversa suerte ha corrido la fracción IX del precepto en cita, que señala como actos de competencia desleal los siguientes:

Artículo 213. Son infracciones administrativas:

IX. Efectuar, en el ejercicio de actividades industriales o mercantiles, actos que causen o induzcan al público a confusión, error o engaño, por hacer creer o suponer infundadamente:

- a) La existencia de una relación o asociación entre un establecimiento y el de un tercero;
- b) Que se fabriquen productos bajo especificaciones, licencias o autorización de un tercero;
- c) Que se prestan servicios o se venden productos bajo autorización, licencias o especificaciones de un tercero;
- d) Que el producto de que se trate proviene de un territorio, región o localidad distinta al verdadero lugar de origen, de modo que induzca al público a error en cuanto al origen geográfico del producto...

En el caso de la fracción IX, la Ley de la Propiedad Industrial no parece vincular estas acciones a la existencia de un derecho particular y específico otorgado a su amparo; sin embargo, las cuatro causales cuentan con elementos muy específicos que en la especie se deben surtir para estar en presencia de un acto de competencia desleal. Actualmente se ha argumen-

⁹ INFRACCIÓN ADMINISTRATIVA PREVISTA EN LA FRACCIÓN I DEL ARTÍCULO 213 DE LA LEY DE LA PROPIEDAD INDUSTRIAL POR REALIZAR ACTOS CONTRARIOS A LOS BUENOS USOS Y COSTUMBRES COMERCIALES QUE IMPLICAN COMPETENCIA DESLEAL. SE ACTUALIZA AUNQUE NO SE REALICEN OTROS DE LOS SUPUESTOS ESPECÍFICOS CONTENIDOS EN EL PROPIO PRECEPTO. La fracción I del artículo 213 de la Ley de la Propiedad Industrial señala que constituye una infracción administrativa realizar actos contrarios a los buenos usos y costumbres en la industria, comercio y servicios que impliquen competencia desleal y se relacionen con la materia que esa ley regula. Así, esta hipótesis se erige como la norma de carácter más amplio de cuantas prevé el precepto en lo general y el régimen de ilícitos en lo particular, constituyéndose prácticamente en una válvula de seguridad que el legislador ha incluido en previsión de que, tipos especiales, pudieran no ser adecuados para una cierta conducta que, aun siendo lesiva, no sea sancionada por no corresponder con precisión a los elementos constitutivos de cada supuesto señalado en las diversas fracciones de este numeral. Por tanto, dicho supuesto resulta de tal alcance que no sólo puede colmarse concomitantemente cuando se comete cualquiera de las infracciones que integran el artículo 213 de la Ley de la Propiedad Industrial, ya que todos los actos considerados como infracción administrativa deben entenderse como contrarios a los buenos usos y costumbres comerciales que implican competencia desleal, *por lo que se actualiza aunque no se realicen otros de los supuestos específicos contenidos en el propio precepto.* (Tesis: I.8o.A.49 A (10a.), *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, libro XX, mayo de 2013, tomo 3, p. 1836).

tado mucho acerca de la actualización de estos preceptos, pues a la luz de los criterios jurisprudenciales que han determinado aplicables los principios del derecho penal al derecho administrativo sancionador,¹⁰ su aplicación es de estricto derecho.

Tomemos como ejemplo el inciso c), que requiere para su procedencia una falsedad o confusión respecto del origen de los productos o servicios. Obviamente, si los productos o servicios ostentaran una marca igual o similar en grado de confusión a otra, sin duda, y dada la función identificadora de origen de la marca, subsidiariamente también se podría pensar en una confusión respecto al origen. Sin la existencia de la marca, la procedencia de la causal se encuentra limitada a usar o buscar de forma activa o pasiva una asociación entre dos empresas.

A manera de ejemplo, en la actualidad existe una estrategia comercial denominada *ambush marketing* (mercadotecnia por emboscada), donde una empresa que no es patrocinador oficial de un evento, no obstante, se vale del mismo para sacar un provecho comercial.¹¹ Un ejemplo de esta situación que dio vuelta al mundo ocurrió en el torneo de tenis en Wimbledon en 2009, afuera del estadio en donde se realizaban los encuentros deportivos, y donde se distribuyeron gratuitamente latas de papas identificadas con la marca “PRINGLES”, y que normalmente se distribuyen en una lata alta, circular, pero que ostentaban sobre un fondo verde la leyenda “ESTAS NO SON PELOTAS DE TENIS” (“These are not tennis balls”), haciendo alusión indirecta al evento. Era evidente el oportunismo en la distribución de los productos, pero difícil de determinar que el público consumidor pensara que “PRINGLES” era un patrocinador oficial del torneo o siquiera que hubiera una competencia comercial con el evento.

En México, el Octavo Tribunal Colegiado en materia Administrativa del Primer Circuito estuvo a cargo de un asunto similar, que concluyó con la publicación de dos tesis relevantes. En este caso, desarrollado durante la

¹⁰ DERECHO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR. PARA LA CONSTRUCCIÓN DE SUS PROPIOS PRINCIPIOS CONSTITUCIONALES ES VÁLIDO ACUDIR DE MANERA PRUDENTE A LAS TÉCNICAS GARANTISTAS DEL DERECHO PENAL, EN TANTO AMBOS SON MANIFESTACIONES DE LA POTESTAD PUNITIVA DEL ESTADO”, que establece que: “la sanción administrativa guarda una similitud fundamental con las penas, toda vez que ambas tienen lugar como reacción frente a lo antijurídico; en uno y otro supuesto la conducta humana es ordenada o prohibida. En consecuencia, tanto el derecho penal como el derecho administrativo sancionador resultan ser dos inequívocas manifestaciones de la potestad punitiva del Estado, entendida como la facultad que tiene éste de imponer penas y medidas de seguridad ante la comisión de ilícitos”. (Tesis: P./J. 99/2006; *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*; tomo XXIV, agosto de 2006, p. 1565).

¹¹ Disponible en: <http://www.businessdictionary.com/definition/seller.html> (consultado por última vez el 30 de septiembre de 2015).

Copa del Mundo de Futbol realizada en Alemania, por la empresa PEPSICO en unión con HUEVOCARTOON, mediante la distribución de un álbum de estampas y comerciales asociados. El tribunal colegiado determinó que los actos de competencia desleal no necesariamente deben ocurrir entre competidores (a lo que se refiere como competencia horizontal y directa), pues, por el contrario, concluye, se puede generar en esquemas indirectos o verticales, donde los agentes económicos quieren establecer vínculos con mercados circunstanciales, no estables, como es el caso de las competiciones deportivas.¹²

En este tenor, otro tema interesante es el contenido de la fracción X, que habla del desprecio activo del competidor, de sus productos o de sus marcas:

Artículo 213. Son infracciones administrativas:

X. Intentar o lograr el propósito de desestimar los productos, los servicios, la actividad industrial o comercial o el establecimiento de otro. No estará comprendida en esta disposición, la comparación de productos o servicios que ampare la marca con el propósito de informar al público, siempre que dicha comparación no sea tendenciosa, falsa o exagerada en los términos de la Ley Federal de Protección al Consumidor.

Esta fracción, además de sancionar el dirigirse a la competencia de forma despectiva, aunque el consumidor lo considere verdad o no, regula desde el punto de vista del derecho de propiedad intelectual la publicidad comparativa.

Este tipo de publicidad es una estrategia comercial ampliamente utilizada en la actualidad, donde una empresa compara de forma directa y abierta sus productos con los de la competencia. Como se desprende del precepto en cita, la convergencia de la Ley de la Propiedad Industrial con la Ley Federal de Protección al Consumidor genera una herramienta útil para quien se siente agraviado por la comparación, pues da la posibilidad de accionar por cualquiera de las dos vías. En el caso de la Ley de la Propiedad Industrial, no obstante, el estudio se centrará exclusivamente en el análisis de si la publicidad es falsa, tendenciosa y/o exagerada.¹³

¹² COMPETENCIA DESLEAL. PUEDE DESARROLLARSE MEDIANTE ESQUEMAS INDIRECTOS O VERTICALES (Tesis: I.8o.A.52 A (10a.); *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, libro XX, mayo de 2013, tomo 3, p. 1754) e INFRACCIÓN ADMINISTRATIVA PREVISTA EN LA FRACCIÓN IX, INCISO C), DEL ARTÍCULO 213 DE LA LEY DE LA PROPIEDAD INDUSTRIAL. EN QUÉ CONSISTE ESA HIPÓTESIS QUE REGULA UN CASO ESPECÍFICO DE COMPETENCIA DESLEAL. (Tesis: I.8o.A.51 A (10a.), *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, libro XX, mayo de 2013, tomo 3, p. 1837).

¹³ PROPIEDAD INDUSTRIAL. LA INFRACCIÓN ADMINISTRATIVA PREVISTA EN EL ARTÍCULO 213, FRACCIÓN X, DE LA LEY DE LA PROPIEDAD INDUSTRIAL, SE INTEGRA CON

Aunque se platicará más de este asunto al analizar el artículo 32 de la Ley Federal de Protección al Consumidor, para efectos de este apartado baste decir que ese tipo de publicidad se encuentra permitido, aquel acto que constituye competencia desleal lo es básicamente el agredir mediante imágenes o palabras a la competencia. Ha sido interesante cómo grandes empresas han jugado con ideas para que el consumidor voltee hacia ellos. Un ejemplo de vida corta fue un comercial de televisión de la marca “BURGER KING” intitulado “Come como Rey”, que comparaba aquello que un consumidor podía comer por quince pesos en dicho establecimiento en comparación con lo que podía comer en “otro lado” (develando un calcetín de rayas blancas y rojas). El comercial tuvo vida corta, aunque un gran impacto, pues aunque era evidente que BURGER KING no mostraba marcas de la competencia, de forma indirecta hacía referencia a ésta, desestimigándola, pues equiparaba los alimentos de la competencia con un calcetín.

Un último tópico que presenta una interesante discusión en este apartado es la protección de la llamada “información no divulgada”, que se consagra como tal en la sección 7 del Acuerdo sobre los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio, Anexo 1C (ADPIC),¹⁴ y a la que la Ley de la Propiedad Industrial hace referencia en el capítulo de secretos industriales, en el artículo 86 bis.¹⁵

La protección para esta información ha sido mayormente utilizada por la industria farmacéutica para dar protección particular a los datos de prueba. Estos datos son la información “resultante de numerosas pruebas de laboratorio (preclínicas y clínicas) desarrolladas a fin de verificar la eficacia, seguridad y calidad de nuevas drogas farmacéuticas o agroquímicas y requeridas para obtener, en función de ellas, la correspondiente autorización para su comercialización”.¹⁶

Al parecer, a raíz de la interpretación del texto del ADPIC y del artículo 1711, secciones 5 a 7 del Tratado de Libre Comercio de América del Norte

SUPUESTOS NORMATIVOS PROPIOS DE LA LEY FEDERAL DE PROTECCIÓN AL CONSUMIDOR (Tesis: I.1.o.A.103 A (10a.), *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, libro 19, junio de 2015, tomo III, p. 2367).

¹⁴ *Diario Oficial de la Federación*, 30 de diciembre de 1994.

¹⁵ “Artículo 86 bis. La información requerida por las leyes especiales para determinar la seguridad y eficacia de productos farmoquímicos y agroquímicos que utilicen nuevos componentes químicos quedará protegida en los términos de los tratados internacionales de los que México sea parte”.

¹⁶ Santiago Tawil, Guido, *La protección de los datos de prueba. Su regulación en el Acuerdo TRIPS y la legislación argentina*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 2010, p. 41.

(TLCAN),¹⁷ los datos de prueba son tratados como un derecho de propiedad industrial diferente e independiente a los ya existentes, que requieren para su protección: i) que se trate de una nueva entidad química,¹⁸ y ii) que su generación hubiera implicado un esfuerzo considerable.

Aunque no hay criterios publicados respecto a lo que significa “esfuerzo considerable”, de la sentencia recaída al Amparo Directo 142/2014, tramitado ante el Tercer Tribunal Colegiado en Materia Administrativa del Primer Circuito, se puede inferir que se trata de cualquier gasto que justifique —aunque de forma indiciaria— la obtención de los datos.¹⁹

¹⁷ “Artículo 1711:

5. Si, como condición para aprobar la comercialización de productos farmoquímicos o de productos agroquímicos que utilicen nuevos componentes químicos, una de las Partes exige la presentación de datos sobre experimentos o de datos de otro tipo que no se hayan publicado y que sean necesarios para determinar la seguridad y eficacia del uso de dichos productos, esa Parte protegerá los datos que presenten las personas cuando la generación de tales datos implique un esfuerzo considerable, excepto cuando la publicación sea necesaria para proteger al público o salvo que se adopten medidas para garantizar la protección de los datos contra todo uso comercial desleal.

6. Cada una de las Partes dispondrá que, respecto a los datos señalados en el párrafo 5 que sean presentados a la Parte después de la fecha de entrada en vigor de este Tratado, ninguna persona distinta a la que los haya presentado pueda, sin autorización de esta última, contar con tales datos en apoyo a una solicitud para aprobación de un producto durante un periodo razonable después de su presentación. Para este fin, por periodo razonable se entenderá normalmente un lapso no menor de cinco años a partir de la fecha en que la Parte haya concedido a la persona que produjo los datos la aprobación para poner en el mercado su producto, tomando en cuenta la naturaleza de los datos y los esfuerzos y gastos de la persona para generarlos. Con apego a esta disposición nada impedirá que una Parte lleve a cabo procedimientos sumarios de aprobación para tales productos sobre la base de estudios de bioequivalencia o biodisponibilidad.

7. Cuando una de las Partes se apoye en una aprobación de comercialización otorgada por otra de las Partes, el periodo razonable de uso exclusivo de la información proporcionada para obtener la aprobación se iniciará a partir de la fecha de la primera aprobación de comercialización”.

¹⁸ El Reglamento de Insumos para la Salud, disposición que en su artículo 20., fracción XV, define a la nueva entidad química como: “Molécula Nueva, a la sustancia de origen natural o sintético que es el principio activo de un medicamento, no utilizada previamente en el país, cuya eficacia, seguridad y fines terapéuticos no hayan sido completamente documentados en la literatura científica”. *Diario Oficial de la Federación* del 4 de febrero de 1998.

¹⁹ El Tribunal concluyó en dicha sentencia que la quejosa demostró “que en la obtención del producto denominado ***** realizó un esfuerzo considerable en técnica, capital humano, tiempo e inversión, tanto así que obtuvo el registro sanitario correspondiente ante la autoridad competente, es claro que goza del derecho a obtener el reconocimiento de confidencialidad por haber cumplido la exigencia de la normatividad aplicable” (páginas 39 y 49). Para el tribunal, la quejosa tiene derecho a exigir el “registro de confidencialidad” tras haber “exhibido copia del oficio solicitud número 093501CT050091, de 29 de abril de 2010, en que consta el otorgamiento del registro sanitario número *****...” (página 38).

Así, estamos en presencia de un posible derecho perseguible como infracción administrativa ante el Instituto Mexicano de la Propiedad Industrial, por las fracciones I y/o XXX de la Ley de la Propiedad Industrial.

III. LA LEY FEDERAL DE PROTECCIÓN AL CONSUMIDOR Y LA COMPETENCIA DESLEAL

Si bien es cierto que la Procuraduría Federal del Consumidor (Profeco), organismo descentralizado encargado de aplicar la Ley Federal de Protección al consumidor es conocido por velar por los intereses de los consumidores, curiosamente también se encarga de evitar actos de competencia desleal.

El artículo 1o. de la Ley en comento,²⁰ en su fracción VII, establece:

ARTÍCULO 1o. La presente ley es de orden público e interés social y de observancia en toda la República. Sus disposiciones son irrenunciables y contra su observancia no podrán alegarse costumbres, usos, prácticas, convenios o estipulaciones en contrario.

El objeto de esta ley es promover y proteger los derechos y cultura del consumidor y procurar la equidad, certeza y seguridad jurídica en las relaciones entre proveedores y consumidores.

Son principios básicos en las relaciones de consumo:

VII. La protección contra la publicidad engañosa y abusiva, métodos comerciales coercitivos y desleales, así como contra prácticas y cláusulas abusivas o impuestas en el abastecimiento de productos y servicios...

En el mismo tenor, el artículo 10 establece que los proveedores no podrán aplicar prácticas comerciales coercitivas y desleales.²¹

El fundamento sustantivo de los actos de competencia desleal los encontramos en el artículo 32, que a la letra señala:

ARTÍCULO 32. La información o publicidad relativa a bienes, productos o servicios que se difundan por cualquier medio o forma, deberán ser veraces, comprobables y exentos de textos, diálogos, sonidos, imágenes, marcas, deno-

Así, con ese documento, la quejosa acreditó titular “del registro sanitario correspondiente y, por ende, que para su obtención proporcionó la información, datos y registros demostrativos de que la generación del nuevo producto farmacéutico implicó un esfuerzo considerable en técnica, capital humano, tiempo y dinero” (página 38).

²⁰ *Diario Oficial de la Federación*, 24 de diciembre de 1992.

²¹ En el mismo sentido, los artículos 20, 24, fracción XIV, y 35, *inter alia*, de la Ley Federal de Protección al Consumidor.

minaciones de origen y otras descripciones que induzcan o puedan inducir a error o confusión por engañosas o abusivas.

Para los efectos de esta ley, se entiende por información o publicidad engañosa o abusiva aquella que refiere características o información relacionadas con algún bien, producto o servicio que pudiendo o no ser verdaderas, inducen a error o confusión al consumidor por la forma inexacta, falsa, exagerada, parcial, artificiosa o tendenciosa en que se presenta.

La información o publicidad que compare productos o servicios, sean de una misma marca o de distinta, no podrá ser engañosa o abusiva en términos de lo dispuesto en el párrafo anterior...

Aunque desde la óptica de la Profeco, la obligación que tienen los proveedores de bienes y servicios de conducirse con verdad tiene como objetivo primario la protección de los consumidores, es innegable que tangencialmente cualquier revisión que se haga de la publicidad auxilia también a los competidores y evita actos de competencia desleal. De hecho, cualquier persona, física o moral, en su carácter de consumidor o competidor, puede presentar denuncias por incumplimiento a la Ley. La Profeco no califica en este tipo de solicitudes el interés jurídico del denunciante, pero sí limita su participación en el procedimiento, ya que dicha persona deja de formar parte del mismo una vez presentada la denuncia.

Ahora bien, ya refiriéndose de forma directa a las actividades entre competidores, el citado artículo 32 permite la comparación de productos o servicios (publicidad comparativa), siempre que ésta no sea engañosa o abusiva.

Con el objetivo de esclarecer el alcance e interpretación del artículo 32, la Profeco publicó en el *Diario Oficial de la Federación* el 24 de junio de 2012, el Acuerdo por el que se Establecen los Lineamientos para el Análisis y Verificación de la Información y Publicidad,²² que establece, entre otros, los siguientes supuestos:

²² Con la tesis de jurisprudencia 104/2005, aprobada por la primera sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación “PROTECCIÓN AL CONSUMIDOR. EL ARTÍCULO 32 DE LA LEY FEDERAL RELATIVA NO RESERVA A LA DISCRECIONALIDAD DE LA PROCURADURÍA FEDERAL DEL CONSUMIDOR LA DEFINICIÓN DE LOS CONCEPTOS AHÍ CONTENIDOS, NI PERMITE A LA AUTORIDAD LLEVAR DE MANERA CAPRICHOZA EL PROCEDIMIENTO DE VERIFICACIÓN RESPECTIVO”, que establece que la emisión de los lineamientos “no reserva a la discrecionalidad de dicho organismo la definición de los supuestos ahí contenidos, pues la norma precisa de manera expresa que para los efectos de esa ley, se entenderá por ‘información o publicidad engañosa o abusiva’ aquella que refiera características o información relacionadas con algún bien, producto o servicio que pudiendo o no ser verdaderas, induzcan a error o confusión por la forma inexacta, falsa, exagerada, parcial, artificiosa o tendenciosa en que se presenta”. (Tesis: 1a./J. 104/2005, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, tomo XXII, agosto de 2005, p. 141).

- Evitar utilizar términos categóricos o superlativos, como “EL MEJOR”, “EL NÚMERO 1”, “EL PREFERIDO”, “EL MÁS DURABLE”, etcétera.
- Evitar desacreditar mediante aseveraciones falsas el establecimiento, los productos, marcas o la actividad comercial de cualquier persona o empresa, sea en su contenido o en la forma de presentación o difusión.
- Evitar comparaciones entre productos o servicios que induzcan al error o confusión a los consumidores por no ser comprobable o caer en objetividad.²³

Una publicidad comparativa adecuada es aquella que compara productos de la misma especie o clase, productos que pueden ser intercambiables; por ejemplo, en el caso de llantas, que se trate de la misma medida, para los mismos fines y las mismas condiciones de terreno o clima. La comparación entre llantas para motocicleta y llantas para automóviles no es una publicidad objetiva.

Además, la Profeco tiene facultades para solicitar que se compruebe con documentos técnicos o científicos la veracidad de la información.

Por otro lado, la Profeco también emitió un Acuerdo por el que se establecen los Lineamientos de Información o Publicidad Comparativa en Materia de Precios de Bienes, Productos o Servicios,²⁴ en el cual establece los requisitos para la comparación de precios de bienes o servicios idénticos comercializados por distintos proveedores:

- Los precios deberán corresponder a productos de la misma marca, modelo, presentación y contenido.
- Los precios deben expresarse en números absolutos y no en porcentajes.
- Los precios deben estar respaldados por los comprobantes de compra o fe pública del precio, los cuales deberán ser exhibidos en piso de venta, internet, etcétera, y deberán identificar al proveedor y su domicilio.
- Podrán comprobarse precios de productos que se vendan en internet, piso de venta, por teléfono, etcétera.
- La comparación de precios deberá realizarse el mismo día de la adquisición, y la vigencia de la promoción no deberá exceder de cinco días.²⁵

²³ Artículo décimo.

²⁴ *Diario Oficial de la Federación*, 19 de octubre de 2009.

²⁵ Artículos segundo al décimo.

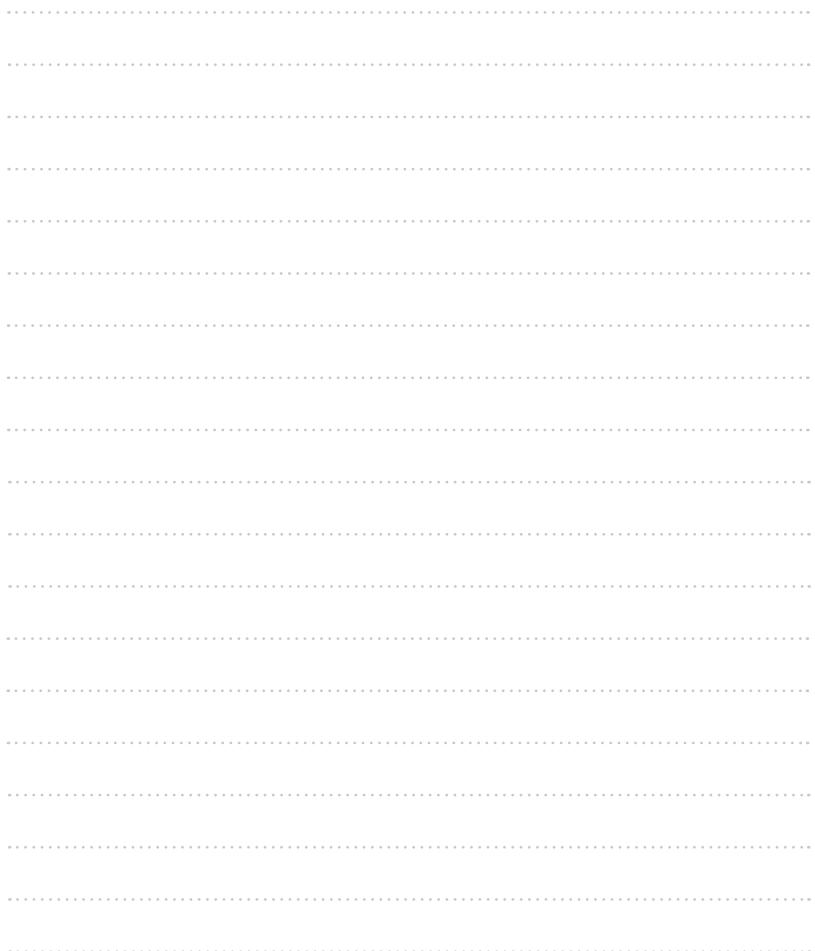
Ahora bien, cualquier violación al artículo 32 es considerada grave, por lo que la multa puede ascender hasta casi 3.5 millones de pesos. Asimismo, en caso de reincidencia, puede imponerse una multa de hasta 10% de los ingresos brutos anuales del infractor obtenidos por la comercialización de los productos o servicios publicitados, de acuerdo con el último ejercicio fiscal en que se haya cometido la infracción. Estas facultades derivaron de una reforma a la Ley Federal de Protección al Consumidor, con el objetivo de hacer de la Procuraduría un organismo fuerte en materia de publicidad, pues en el pasado muchas empresas simplemente realizaban leves cambios a la publicidad, pagando las multas que se le imponían.

La vigencia del Código de Comercio de 1890, editado por el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, se terminó de imprimir el 8 de mayo de 2018 en Editorial Cromo Editores, S. A. de C. V., Miravalle 703, colonia Portales, delegación Benito Juárez, 03570 Ciudad de México, tel. 5674 2137. Se utilizó tipo *Baskerville* en 9, 10 y 11 puntos. En esta edición se empleó papel *cream book* 70 x 95 de 60 gramos para los interiores y cartulina couché de 250 gramos para los forros. Consta de 300 ejemplares (impresión *offset*).

Fecha: / /

No olvidar... 

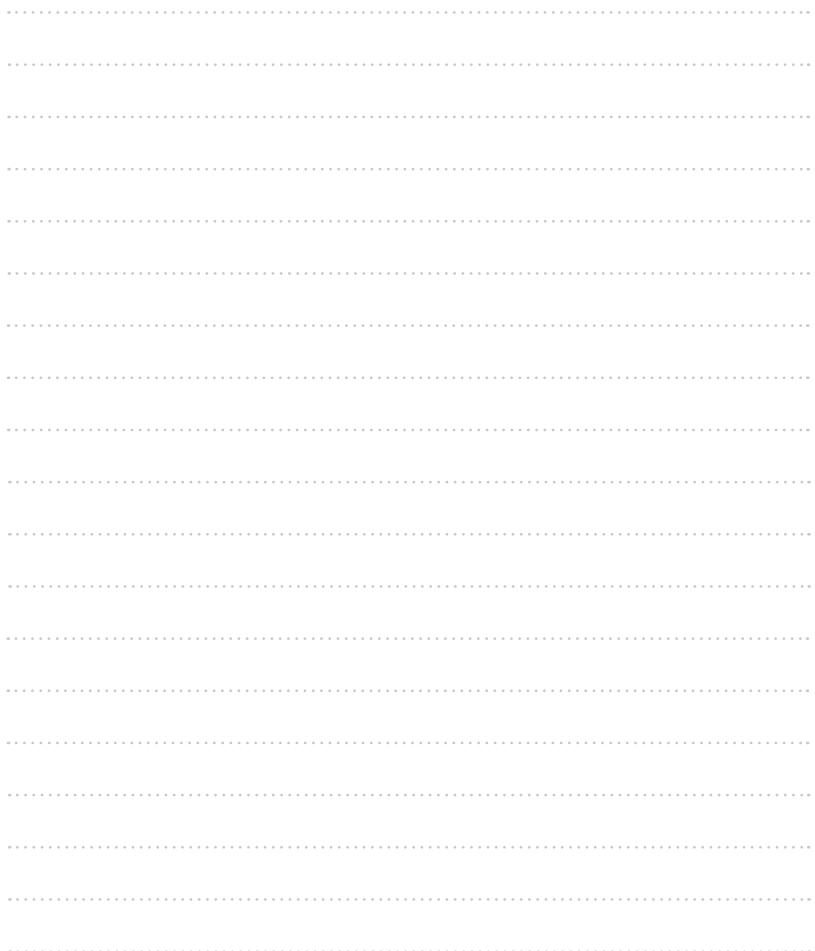




Fecha: / /

No olvidar... 





L

a vigencia del Código de Comercio de 1890 es una obra que plasma ideas fundamentales de académicos, juristas y funcionarios públicos en torno a temas esenciales a la materia comercial, indispensables para la actividad de los comerciantes y del comercio en el intercambio y flujo de bienes y servicios, sea doméstico, regional o mundial. Los estudios se presentaron en el marco de los festejos de los 75 años del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM y del Centenario de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

En la riqueza de los temas planteados por sus autores, el lector encontrará una gran diversidad en el análisis, reflexiones y propuestas en torno al contenido del Código de Comercio vigente. La modernización del derecho mercantil mexicano ha sido receptora de las reformas comerciales en materia financiera de 2014, flexible para asumir las reformas de la Constitución y las derivadas del control, en las operaciones de las empresas mercantiles, al fortalecer los sistemas electrónicos de registro, reflejo de la actividad comercial, concluyendo que los medios electrónicos y el comercio han constituido un binomio esencial y estructural en el ciclo económico del país.

www.juridicas.unam.mx

