

## PANORAMA DE LAS OBLIGACIONES Y LOS CONTRATOS MERCANTILES A CIEN AÑOS DE LA EXPEDICIÓN DEL CÓDIGO DE COMERCIO MEXICANO

Arturo DÍAZ BRAVO

Aunque bien sabido es cuáles códigos sirvieron de modelos para la elaboración del nuestro, menos conocidos son los nombres de los autores de dicho estatuto mercantil, por lo que es de justicia recordarlos aquí: fungieron como vocales de la comisión redactora Joaquín D. Casasús, José de Jesús Cuevas y José María Gamboa; se desempeñó como secretario Roberto Núñez.

También me parece de elemental justicia el agradecer, de modo personal, la presencia en este coloquio de los señores profesores Bruno O'Petit, de la Universidad de París II, Ernesto Simonetto, de la Universidad de Padua, y Ángel Rojo, de la Universidad de Alcalá de Henares, con cuya asistencia nos sentimos muy honrados.

Como tantas veces se ha dicho, nuestro derecho mercantil carece de una teoría propia de las obligaciones comerciales, para lo cual, y fuera de los escasos preceptos aplicables a las obligaciones mercantiles en general, echa mano, en forma supletoria, de las normas del derecho común, atenta la remisión consignada en el artículo 2o. del Código de comercio, tal como lo hace el mismo numeral del estatuto mercantil español. Empero, la verdadera identidad de este derecho común ha suscitado controversias en nuestro medio, que en mayor o menor grado revisten alguna trascendencia, por cuanto, si bien es cierto que los treinta códigos civiles vigentes en nuestro país muestran evidentes coincidencias, alguna que otra discrepancia puede ser de importantes consecuencias, que en otro lugar ha tenido oportunidad de mostrar. Así, por ejemplo, la circunstancia de que el Código civil de Jalisco, y tal vez alguno otro, imponga como cláusula tácita en los contratos la conocida como *rebus sic stantibus* o teoría de la imprevisión, al paso que los demás ordenamientos civiles adoptan la de *pacta sunt servanda*, lo que, obviamente, puede conducir a situaciones contradictorias.

Ahora bien, no por ello, sino por el texto del artículo 1o. del Código civil para el Distrito Federal, que preconiza su aplicación en toda la república cuando de asuntos del orden federal se trate, y también ante la clara exposición del legislador civil, que en la respectiva exposición de motivos apunta su manifiesta intención de que el propio Código sirva como medio de uniformidad nacional en la aplicación de leyes federales, como lo es el Código de comercio, ha dado lugar a que algunos tratadistas (Bauche Garciadiego, Díaz Bravo), pero también la Suprema Corte de Justicia de la Nación, concluyan en que es el referido ordenamiento civil distritofederalense el único supletoriamente aplicable en materia mercantil. Sin embargo, con atendibles argumentos otros autores (Barrera Graf, Mantilla Molina) han externado su opinión en contrario, por estimar que el texto del artículo 1o. del mencionado Código civil no permite llevar a tales extremos su aplicación supletoria, por cuanto las obligaciones y contratos no pueden configurar, a su juicio, “asuntos del orden federal”, pues tales asuntos sólo están constituidos por su carácter y no por la ley en la que están previstos.

Pero frente a tal supletoriedad, que válidamente puede calificarse de genérica para los actos y contratos regulados por el referido ordenamiento comercial, algunas de las instituciones desprendidas del mismo, por ahora reguladas en otras leyes, proclaman diversas fuentes de supletoriedad: así, los títulos y contratos de crédito, a los que, de conformidad con su regulación específica, les son aplicables, de modo supletorio, “las demás leyes especiales relativas”, en defecto de las cuales debe acudir a la legislación mercantil general, indudablemente configurada por nuestro Código de comercio, si bien aquí no cabría acudir, en caso de lagunas de este último, al derecho común, pues una siguiente categoría de supletoriedad está constituida “por los usos bancarios y mercantiles”, y sólo en última instancia podrá echarse mano del Código civil para el Distrito Federal, todo ello por disposición del artículo 2o. de la Ley general de títulos y operaciones de crédito, el que, como fácilmente podrá apreciarse, no peca precisamente de laconismo.

Aunque no sea propio de estas notas, me parece que no está de más recordar que también la materia procesal mercantil muestra un especial régimen de supletoriedad, que por otra parte ha sufrido modificaciones en el curso de los años. El espinoso problema que en materia sustantiva plantean los actos mixtos fue resuelto en materia procesal, originalmente y durante muchos años, mediante la disposición en el sentido de que la contienda se seguiría con arre-

glo al fuero del demandado, esto es, si para dicho demandado el acto tenía naturaleza mercantil, el actor debería promover un juicio de tal naturaleza; por el contrario, si para el demandado el acto tiene naturaleza civil, el procedimiento debía ser igualmente civil.

Mas como sabemos, recientes modificaciones al precepto respectivo (artículo 1050) han venido a proclamar la forzosa mercantilidad del procedimiento para los referidos actos mixtos.

Otra ley procesal mercantil, la de quiebras y de suspensión de pagos, consigna, en su artículo 6o. transitorio, una extraña remisión, siempre con carácter supletorio, al Código de procedimientos civiles del distrito y territorios federales —si bien sabemos que ante la desaparición de estos últimos la referencia debe entenderse hecha sólo a la ley procesal del Distrito Federal—; lo extraño de tal remisión reside en que, siempre con arreglo a la mencionada disposición transitoria, tal supletoriedad es excepcional y “temporal”, en tanto que no se promulgue el *Código de procedimientos mercantiles*”, por cuanto el Código de comercio ya consignaba toda una regulación de tales procedimientos, que, a mi juicio, debe aplicarse como supletoria de la ley concursal, sin necesidad de esperar a la promulgación del anunciado *Código de procedimientos mercantiles*, pues creo que no debe haber duda sobre que el libro quinto del Código de comercio configura, en verdad, la hipotética codificación procesal mercantil anhelada por el legislador concursal.

Más controvertido que los puntos anteriores resulta el relativo a los usos y costumbres como fuente de las obligaciones mercantiles. Al paso que Jorge Barrera Graf preconiza sin más el aludido carácter, Roberto L. Mantilla Molina y el autor de estas notas estimamos que dicho carácter sólo puede resultar de una mención o remisión expresa en las leyes mercantiles —como ocurre en la ya invocada Ley general de títulos y operaciones de crédito—, pues no encontramos fundamento para considerar que en todo supuesto debe entenderse la indicada supletoriedad; en lo personal me parece que el argumento de Barrera Graf en el sentido de que algunas leyes mercantiles ya invocan tales usos y costumbres como fuente de ciertas obligaciones mercantiles es, por el contrario, una palmaria demostración de que no en todo caso es válido acudir a los usos y costumbres: si así fuera, el legislador mercantil pudo o debió mencionarlo sin ambages, por lo que concluyó que, precisamente la circunstancia de que sólo respecto de ciertas leyes y en determinados preceptos de otras se mencionen tales conductas consuetudinarias, es válido sostener que

los usos y costumbres no deben erigirse en fuente general y autónoma de obligaciones mercantiles.

Otro punto que ha venido suscitando vivas discusiones es el relativo al verdadero carácter jurídico de ciertos acuerdos de voluntades que, por la forma de manifestarse, parecen mostrar algún apartamiento de los sacrosantos preceptos de la libertad contractual y de la voluntad de las partes como suprema ley en los contratos.

Ninguno de nosotros ignora que ya en la vida del derecho civil aparecieron los llamados actos colectivos y los contratos llamados de adhesión, pero tampoco nos es ajena la circunstancia de que tales actos son, en el mundo moderno, más frecuentes en la vida comercial. También sabemos que así el Código de comercio como el estatuto civil son omisos sobre este punto. Frente a las corrientes que rechazan el carácter contractual del acto constitutivo de las sociedades, en nuestro caso de las mercantiles, e igualmente las que anatematizan dicho carácter referido a los contratos de adhesión, se alza la teoría, que válidamente podemos calificar de tradicional, que conserva dentro del cajón de los contratos las referidas manifestaciones de voluntad. En efecto, si confinamos la discusión a nuestro medio, y por lo que se refiere al acto constitutivo de las sociedades mercantiles, no puede haber duda sobre que dicho acto es la expresión de un acuerdo de voluntades por virtud del cual se crean derechos y obligaciones a favor y a cargo de los socios y, de modo general, a cargo y a favor de la sociedad, pero frecuentemente también a favor y a cargo de algunos de sus órganos, sin que obste a la naturaleza contractual del referido acuerdo de voluntades la circunstancia de que dichos socios actúan, para emplear un símil, *de un solo lado*, y no tengan frente a sí una contraparte, pues la única definición legal de contrato y de convenio —según la innecesaria dicotomía empleada en el artículo 1792 del Código civil para el Distrito Federal— no exige la reciprocidad o el necesario encuentro frontal de las voluntades. Considerablemente menor es la gravedad de la objeción en el sentido de que no puede tener calidad contractual un acuerdo de voluntades cuya inmediata consecuencia es el surgimiento de una nueva personalidad, pues una vez más me parece que el ya aludido concepto legal no configura obstáculo alguno para considerar que el acuerdo de voluntades que nos ocupa es un contrato, sea o no el germen de una nueva persona.

Por lo que se refiere a los contratos de adhesión, tampoco nos parece a los tradicionalistas que la imposición del clausulado general o condiciones generales por una de las partes desnaturalice el

contractualismo de la voluntad de las partes, que conservan su libertad de contratar o no, esto es, su soberano derecho de aceptar o rechazar las cláusulas predispuestas, pues nos parece que el carácter frecuentemente imprescindible de los bienes, derechos o servicios objeto del contrato en modo alguno puede servir para modificar la naturaleza del acto, que sigue siendo el resultado de un acuerdo de voluntades.

Aunque la vida civil no es ajena a la contratación de obligaciones en moneda extranjera, no es difícil admitir que este punto ha florecido con mayor frecuencia y complejidad en el mundo de los negocios comerciales.

En su versión original, y mediante preceptos cuyo texto, a lo menos de modo expreso, no se ha modificado o derogado y sigue apareciendo en las modernas ediciones, nuestro Código de comercio proclama, como base de la moneda mercantil, el peso mexicano, y ordena que sobre dicha base se hagan las operaciones de comercio y los cambios sobre el extranjero, a lo cual añaden que la moneda extranjera sólo tendrá en nuestro país el llamado *valor de plaza*, sin que pueda obligarse a persona alguna a recibirla y, por último, que el papel, billetes de banco y títulos extranjeros de deuda no pueden ser objeto de actos mercantiles en nuestro país, sino considerados como mercancía, aunque permite que sean objeto de contratos puramente civiles.

Con referencia concreta al préstamo en dinero, la misma codificación mercantil dispone que "... si se pacta la especie de moneda, siendo extranjera, en que se ha de hacer el pago, la alteración que experimente en valor será en daño o beneficio del prestador..."

Ahora bien, ¿hasta qué punto leyes ulteriores, reglamentos, disposiciones de autoridades administrativas y aun disposiciones del Banco Central, cuyo carácter de autoridad es por demás discutible, no menos que criterios jurisprudenciales, han venido a modificar dicho esquema, y tal vez a abrogarlo o derogarlo?; la respuesta no es nada fácil, pero en cambio es válido sostener que frente al complejo esquema actual resultan punto menos que letra muerta las referidas disposiciones del referido ordenamiento mercantil.

He aquí, resumidamente expuesto, el moderno régimen de las obligaciones en moneda extranjera, que arranca del año de 1931, en el que se expidió y cobró vigencia la Ley monetaria de los Estados Unidos Mexicanos.

El artículo 80. de este último ordenamiento dispone, ciertamente, que la moneda extranjera no tiene curso legal en nuestro país,

salvo que alguna ley prescriba otra cosa, y que las obligaciones de pago en moneda extranjera que deban ser cumplidas dentro del territorio nacional se solventarán mediante entrega del equivalente en moneda nacional, al tipo de cambio que rija en el lugar y fecha del pago. Por su parte, el artículo 9o. transitorio —originalmente 4o. transitorio— establece una salvedad en cuanto al tipo de cambio: si el deudor demuestra que la suma recibida fue moneda nacional, o bien que la deuda se contrajo originalmente en moneda nacional, el tipo de cambio al que deberá hacerse el pago será el que haya regido en el momento de efectuarse la operación.

Por otra parte, la Suprema Corte de Justicia de la Nación ha venido a dar tratamiento de definitivo al indicado precepto transitorio y además, durante muchos años, mantuvo jurisprudencia en el sentido de que sólo la moneda nacional tiene el carácter de dinero en México, jurisprudencia que recientemente el propio alto tribunal modificó para sentar una nueva precisamente en sentido contrario, de tal manera que ahora sostiene que

el concepto dinero utilizado por el legislador no debe entenderse en el sentido restringido de “moneda nacional” sino en la amplia significación que comprende toda unidad monetaria en curso legal dentro del sistema pecuario de una nación, con calidades de metal, ley, peso, cuño, diámetro, etc., que le asignan a un valor definitivo, de suerte que si el dólar cumple con esas características, será una especie del género dinero.

Ante todo ello, apenas si hace falta reiterar la complejidad de nuestro sistema legal monetario, y todo ello sin hacer referencia a un insospechable cúmulo de disposiciones administrativas emanadas de la Secretaría de Hacienda y Crédito Público, de la Comisión Nacional Bancaria y de Seguros, de la Comisión Nacional de Valores, de otros organismos intersecretariales de carácter monetario, y aun del Banco de México, que de múltiples maneras han influido en el tema que nos ocupa, pues se han dirigido a entidades bancarias, bursátiles, aseguradoras, etcétera, cuyas actividades tienen tan decisivo influjo en la vida del comercio.

Pero también en punto a consensualidad y formalismos, la vida comercial ha resentido importantes modificaciones en el curso de la vigencia del Código de comercio, cuyo artículo 78 sigue proclamando la consensualidad de las convenciones mercantiles como regla general, y las formalidades como casos de excepción.

A cien años de distancia, como todos sabemos, la consensualidad ha quedado confinada a escasas operaciones, naturalmente de reducida cuantía, y que la inmensa mayoría de los actos de comercio precisa de formalidades, si bien mínimas en ocasiones, ora por exigencia de las leyes, ora por las serias dificultades con las que se tropezaría para demostrar la existencia de los derechos u obligaciones emanados de las convenciones mercantiles. Pero además, la lejanía de la proclamada consensualidad se amplía más aún si consideramos que el formalismo de algunos contratos adquiere ribetes de solemnidad cuando, por ejemplo, los contratos sobre transferencia de tecnología deben ser aprobados por la respectiva autoridad, sin cuya sanción pesa sobre ellos el pecado de la ineficacia, y con él la imposibilidad de hacerlos valer ante autoridad alguna, sin contar con otras no menos graves consecuencias de orden fiscal y hasta operativo.

No parece ocioso recordar también que el texto de los antes examinados contratos de adhesión debe ser previamente aprobado por la autoridad que corresponda, según la actividad jurídica o económica de que se trate, o bien, cuando no se determine autoridad específica, por la Procuraduría Federal del Consumidor.

En resumen: el artículo 78 del Código de comercio parece estar a punto de ocupar un lugar en el museo de antigüedades jurídicas.

Pero otras instituciones jurídico-mercantiles también han sufrido serios embates como signo de las nuevas situaciones, de cambiantes necesidades y, como se antoja con frecuencia, de diversas idiosincrasias mentales.

Así, incluso el principio *pacta sunt servanda* ha venido a sufrir un grave maltrato en el caso, por ejemplo, de las llamadas compras a domicilio, en los términos de la Ley federal de protección al consumidor, que no obstante haber quedado perfeccionadas, son posteriormente rescindibles por el consumidor, si bien dentro de un corto plazo, sin necesidad de que opere razón alguna, y a su solo arbitrio.

No menos serios son los embates que tal principio ha sufrido con motivo de las bases sobre las que se sustenta el llamado derecho económico, que en su función de protector de los intereses de la economía nacional, por una parte, y de las grandes masas consumidoras, por la otra, se ha visto en la necesidad de hacer a un lado el referido principio, de tal suerte que cuando en una relación económica entre particulares resulta afectado el interés económico del Estado, o bien una de las partes, económicamente débil, se ve obli-

gada a aceptar las condiciones impuestas por la otra parte, válida de su preponderancia económica o de la necesidad del bien o del servicio que compele a la otra parte a contratar, el *pacta sunt servanda* resulta superado por toda una serie de disposiciones que, o bien conducen a la ineficacia de la relación jurídica, o bien la modifican *ex lege*, con el propósito de nivelar la situación de ambos contratantes.

En otras palabras: no sólo el principio de la libertad contractual, sino también el de la autonomía de la voluntad, que a lo menos en teoría rigieron las relaciones comerciales durante varios siglos y todavía a mediados del presente, en la actualidad se han visto seriamente erosionados, a tal punto que aún no estamos en aptitud de ubicar este derecho económico como privado o público, sin excluir la posibilidad de que con él haya surgido una nueva categoría en medio o por encima de las tradicionales.

Casi resulta ocioso evocar aquí, como claras manifestaciones de este nuevo derecho, las leyes que regulan la contratación de tecnología, las que involucran inversiones extranjeras, las de protección al consumidor, las de cierto tipo de arrendamientos y otras más.

En todo caso, no puedo por menos que dejar constancia, por supuesto sin pretensión alguna de originalidad, que este nuevo e iconoclasta derecho ha surgido al influjo de circunstancias también nuevas: la insoslayable necesidad de proteger la economía del Estado sobre las individuales; la no menos inexorable necesidad de nivelar las fuerzas de las grandes masas consumidoras frente a las poderosas entidades comerciales, que los tradicionales derecho civil y derecho mercantil nunca alcanzaron a tutelar.

A cien años de distancia de su prístina regulación, los contratos mercantiles se nos presentan desde una cuádruple óptica: *a)* contratos que se conservan previstos y regulados en el Código de comercio; *b)* contratos que han caído en desuso; *c)* contratos cuya regulación se ha desprendido del Código de comercio y, por ahora, están previstos y regulados en estatutos autónomos; *ch)* contratos que han quedado previstos y parcialmente regulados en el Código de comercio, pues han sido objeto de regulaciones autónomas no necesariamente derogatorias de la normación codificada.

*a)* Como ejemplo de contratos que se mantienen previstos y regulados en el Código de comercio encontramos la comisión mercantil, el depósito (salvo el encomendado a los almacenes generales de depósito y el de valores bursátiles), el préstamo mercantil no bancario, la compraventa simple, la permuta y algunos otros. Conviene,

empero, dejar sentado que algunas manifestaciones de tales contratos han venido siendo objeto de regulaciones autónomas.

b) En cambio, el contrato a la gruesa o de préstamo a riesgo marítimo es, en la actualidad, desconocido por completo; el contrato que pudiera considerarse de prestación de servicio de factores y dependientes en realidad ha cambiado de atuendo, pues de hecho se ha convertido en contrato de trabajo, o bien se encubre como contrato de mandato.

c) Estatutos autónomos se han expedido respecto de los títulos de crédito, de los contratos de sociedad mercantil, de depósito en almacenes generales, de seguro, de prenda y otros.

ch) Por último, la compraventa, el transporte terrestre y ciertos contratos del comercio marítimo, previstos y parcialmente regulados en el Código de comercio, han sido objeto de regulaciones específicas: por lo que al primero se refiere, una vez más debe recordarse la Ley federal de protección al consumidor, pero también un tratado internacional, como lo es la Convención sobre los contratos de compraventa internacional de mercaderías; el transporte terrestre, de hecho, encuentra su normación en la Ley de vías generales de comunicación y, en cuanto a algunas de las manifestaciones contractuales del comercio marítimo, debe acudir a la Ley de navegación y comercio marítimos.

Pero además, nuevas figuras contractuales han venido a dilatar el ya de por sí anchuroso campo de la vida comercial; y no sólo ello, sino que los odres viejos de los ya conocidos contratos mercantiles han servido para escanciar el nuevo vino de figuras negociales que los han aprovechado.

Mucho es lo que podría lucubrase en torno a tantas y tan variadas aparentemente nuevas formas negociales, pero a medida que se las examina con cierto detenimiento, invariablemente se encuentran soportadas en los antiguos moldes contractuales, de tal manera que resulta por demás difícil sostener su absoluta novedad, por mucho que los tratadistas, en ocasiones sin necesidad, nos esforcemos en etiquetarlas con naturalezas jurídicas novedosas y aun con nombres pretendidamente originales, con frecuencia tomados de vocablos extranjeros.

Por supuesto, no son el momento y lugar apropiados para discutir con amplitud sobre lo anterior, por lo que me limitaré a efectuar un somero y superficial análisis de algunos de estos nuevos esquemas negociales de la vida mercantil.

El arrendamiento financiero, respecto de cuyo carácter jurídico mucho se viene discutiendo, en verdad sólo configura la combinación de dos viejos contratos, a saber: el arrendamiento y la promesa de venta, sin que importe para desvirtuar tal conclusión la circunstancia de que el arrendador profesional adquiera el bien por indicación del futuro arrendatario, con el exclusivo propósito de dárselo en arrendamiento y prometerle su venta. Tampoco importa la circunstancia de que el importe de las rentas configure, consideradas en conjunto, un todo que de hecho servirá, en su momento y si así lo decide el arrendatario, como precio de la venta del bien.

La tan difundida tarjeta de crédito, por muchas que sean las variantes de su operación, y como todos sabemos, involucra una serie de figuras ya conocidas: apertura de crédito, promesa de préstamo, compraventa a plazos o con pago diferido, pagaré, y tal vez algunas otras de igualmente vieja estirpe.

El factoraje, sin entrar en disquisiciones sobre lo apropiado del vocablo para distinguir el contrato respectivo, no es más que una cesión, a la empresa *factor*, de créditos de comerciantes frente a sus clientes, frecuentemente instrumentada, como es lógico, con la entrega a dicha empresa de las facturas, notas o comprobantes, así como con el endoso de los títulos de crédito. No modifica un ápice lo anterior la circunstancia de que la empresa *factor* entregue, en el momento de la cesión o con posterioridad, el precio de los créditos adquiridos, como tampoco influye, para pretender la existencia de nuevas figuras contractuales, la posibilidad de que el deudor directo no pague a la empresa de factoraje, posibilidad que acarrea los resultados previsibles: acciones judiciales en contra de dicho deudor y, si en la operación se hizo figurar la responsabilidad de la empresa cedente de los créditos, también en contra de ella.

Otro contrato de nuevo cuño, el llamado *de tiempo compartido*, configura el derecho de ocupar, por determinado lapso y periódicamente, un local amueblado, de ordinario con fines turísticos o vacacionales, de tal manera que, independientemente del clamoreo en torno a su verdadero carácter jurídico, no es difícil encontrar sus manifestaciones, que no se apartan mucho de las que caracterizan al viejo arrendamiento, tal vez con tintes de usufructo y habitación, figuras igualmente seculares. Y no creo que por acentuado que sea un prurito de novedad, alguien se negara a reconocer lo anterior arguyendo que el tal arrendamiento es usualmente de corta duración y se repite en el curso de los años de modo indefinido, a lo cual yo repondría que, en el fondo, el derecho del usuario es el mismo en una

y en otra figura, sin que baste para desvirtuarlo su determinada duración en un caso y la corta pero repetida en el otro, e igualmente sin que importe que en el primero se cubran rentas periódicas y en el segundo una suma alzada por el indeterminado tiempo de las ocupaciones temporales, pues aquí el aspecto de la variación sería sólo de orden pecuniario, como el supuesto anterior de diferencia lo es de orden cronológico.

Tales reflexiones me permiten concluir con una afirmación que no dudo sea calificada de temeraria, pero que no considero apartada de la verdad, y es que, aunque ciertamente, como afirmaba Joaquín Garrigues, los nuevos echos de la vida mercantil reclaman un nuevo derecho, por mi parte proclamo que, por lo menos hasta ahora, las nuevas relaciones comerciales siguen echando mano de las viejas figuras jurídicas, de tal manera que es válido afirmar que no existen nuevas obligaciones con pretensiones de absoluta originalidad; en otras palabras, que *nihil novum sub sole*.