

003818

122
Fij



**UNIVERSIDAD NACIONAL AUTONOMA
DE MEXICO**

ESCUELA NACIONAL DE ESTUDIOS PROFESIONALES
ACATLAN

ESTUDIOS PROFESIONALES
DE DERECHO
Y ECONOMIA

**NECESIDAD DE REGULACION DE LOS
CONTRATOS MERCANTILES ATIPICOS**

T E S I S

QUE PARA OBTENER EL TITULO DE:
LICENCIADO EN DERECHO
P R E S E N T A :

CLAUDIA VALENTINA GARDUÑO HERNANDEZ

ASESOR: LIC. GERARDO GOYENCHEA GODINEZ



ACATLAN, EDO. DE MEXICO

MARZO DE 1997

**TESIS CON
FALLA DE ORIGEN**



Universidad Nacional
Autónoma de México



UNAM – Dirección General de Bibliotecas
Tesis Digitales
Restricciones de uso

DERECHOS RESERVADOS ©
PROHIBIDA SU REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL

Todo el material contenido en esta tesis esta protegido por la Ley Federal del Derecho de Autor (LFDA) de los Estados Unidos Mexicanos (México).

El uso de imágenes, fragmentos de videos, y demás material que sea objeto de protección de los derechos de autor, será exclusivamente para fines educativos e informativos y deberá citar la fuente donde la obtuvo mencionando el autor o autores. Cualquier uso distinto como el lucro, reproducción, edición o modificación, será perseguido y sancionado por el respectivo titular de los Derechos de Autor.

**"NECESIDAD DE REGULACIÓN DE LOS CONTRATOS MERCANTILES
ATÍPICOS"**

DEDICATORIAS

A LA MEMORIA DE MI PADRE

A MI MADRE

Gracias a tu apoyo y cariño he logrado
hacer realidad una de mis grandes metas
Te quiero mucho.

A MIS HERMANAS

ADRIANA, ALMA ROSA, GABRIELA,
PATRICIA Y CELIA, quienes han estado a
mi lado siempre que las he necesitado.
Con cariño

A LETY

Deberías estar en la dedicatoria anterior,
pero se puede prestar a confusiones, por
tu amistad mil gracias.

A GERMAN

**Porque siempre he encontrado amor y
comprensión de tu parte, así como el impulso
para continuar superándome.**

TE AMO

A ADRIANA CAROLINA

**Quien con sus risas hacía de
este trabajo una tarea más ligera.
mi gran tesoro,
que gracias a ti he conocido
el milagro de la vida y el amor de madre**

TE AMO PRINCESITA

AL SR. LICENCIADO SERGIO ALDANA CONTRERAS

Porque con tu ejemplo he aprendido que las cosas se
obtienen con esfuerzo y sacrificios
Te agradezco el cariño y apoyo brindado.

AL SR. LICENCIADO GERARDO GOYENCHEA GODÍNEZ

Agradezco la confianza depositada al permitirme formar
parte de su equipo de trabajo. Con eterna gratitud, por el apoyo
incondicional y asesoría brindada para la realización de la
presente tesis.

A MIS QUERIDAS AMIGAS

**Delfina Flores, Adriana Chávez,
Carmen E. Montes, Guadalupe Juárez,
Angeles Otero, Jessica L. Juárez,
Guadalupe Suastegui, Mercedes Ucan
Norma González, a quienes tuve el gusto
de conocer en la Universidad, y aún cuento
con su apreciable amistad.
Deseo que pasemos muchos cumpleaños y
navidades juntas**

A VICTOR CALVA

**Te agradezco todo lo que has hecho por mi,
jamás imagine que al realizar un trámite de
construcción iba a encontrar un amigo
GRACIAS**

A LA UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA DE MÉXICO

**ESCUELA NACIONAL DE ESTUDIOS PROFESIONALES
ACATLAN**

ÍNDICE GENERAL

	PÁGINA
OBJETIVO GENERAL	1
INTRODUCCIÓN	3
CAPITULO PRIMERO LAS OBLIGACIONES MERCANTILES	4
1. Concepto	4
2. Fuentes de las obligaciones mercantiles	5
a) La declaración unilateral de la voluntad	5
b) El contrato	7
c) La ley	7
d) Responsabilidad Objetiva	8
e) Enriquecimiento Illegítimo	9
f) Gestión de Negocios	10
g) Hecho ilícito	11
3. Principios que rigen las obligaciones mercantiles	12
a) Solidaridad	12
b) Onerosidad	14
c) Mora	15
d) Conclusión	16
e) Moneda de pago	17
f) Intereses	18
g) Prescripción	19

	PÁGINA
h) Cláusula Penal	20
4. Supletoriedad legal en materia de obligaciones.	21
a) Sustantiva	21
b) Adjetiva	23
CAPITULO SEGUNDO CONTRATOS MERCANTILES	25
1. Importancia	25
2. Clasificación	30
3. Principios que los rigen	35
4. La representación mercantil	43
5. La factura	45
CAPITULO TERCERO LEY FEDERAL DE PROTECCIÓN AL CONSUMIDOR	48
1. Introducción	48
2. Protección al consumidor	50
3. Tendencias actuales del derecho mercantil	53
4. Ley Federal de Protección al Consumidor	54
a) Ubicación	54
b) Estructura	56
c) Regulaciones específicas	61
CAPITULO CUARTO CONTRATO ATÍPICO	71
1. Concepto	71

	PÁGINA
2. Evolución	74
3. Tipicidad Social	75
4. Problemática e Interpretación	76
5. Clasificación	81
6. El Subcontrato	82
7. Principales Contratos Mercantiles	85
Atípicos	
Contrato de Suministro	85
Contrato Estimatorio	89
Contrato de Corretaje o Mediación	92
Contrato de Agencia	95
Contrato de Distribución	97
Contrato de Joint Venture	101
8. Necesidad de Regulación	106
CONCLUSIONES	109
BIBLIOGRAFÍA GENERAL	112
LEGISLACIÓN CONSULTADA	116

OBJETIVO GENERAL

El presente trabajo tiene por objeto hacer un análisis del contrato atípico, para esto empezaremos por conceptos en materia de obligaciones mercantiles, y una vez estudiados los mismos, ubicamos en la figura de contratos mercantiles.

Analizar, el concepto, evolución, problemática e interpretación de los contratos mercantiles atípicos, resaltar su importancia en el desarrollo comercial que se vive en nuestros días, en el hecho de que satisface las necesidades económicas de los contratantes, al no ajustarse a las figuras jurídicas establecidas.

De lo anterior, plantear la necesidad de regulación de los contratos mercantiles atípicos.

INTRODUCCIÓN

INTRODUCCIÓN

Dado el tráfico comercial que impera en nuestro país, y la frecuente utilización de figuras contractuales que tengan como meta fundamental, encontrar soluciones adecuadas a las necesidades económicas y, teniendo además como ideal circunstancia que el derecho esté al día, obliga a crear dentro del ordenamiento jurídico positivo nuevas figuras de contratos que se adapten en lo posible a las necesidades económicas, dichas figuras no son otra cosa que los contratos atípicos.

Si bien es cierto, el contrato atípico reproduce las necesidades de los contratantes, por lo que en cierta forma el derecho positivo se encuentra atrasado respecto a la realidad que se plantea en la vida actual, ante esto considero que la necesidad de regulación de los contratos mercantiles atípicos se hace indispensable, para dar solución a los problemas de interpretación que ellos presentan.

C A P I T U L O I

LAS OBLIGACIONES MERCANTILES

1. CONCEPTO

El derecho mercantil se concibe como el derecho de los actos de comercio. Ahora bien, el acto de comercio tiene una doble significación por cuanto sirve para delimitar la materia mercantil y por cuanto es además fuente de obligaciones que son mercantiles por serlo antes el acto de que dimanar. Los actos mercantiles más importantes y más frecuentes son los que engendran obligaciones. Por lo cual el derecho mercantil, es predominantemente un Derecho de obligaciones.

Cabe señalar que la preponderancia de las obligaciones en el Derecho mercantil radica en la función económica de la obligación como instrumento o vehículo jurídico de la circulación de los bienes y la organización de los elementos de producción.

No hay un concepto de obligación mercantil distinto de la obligación civil, por lo tanto partiremos de los conceptos acuñados por el derecho civil, "obligación.- Es la necesidad jurídica que tiene la persona llamada deudor, de conceder a otra llamada acreedor, una prestación de dar, hacer o no hacer." ¹

¹ Borja Soriano, Manuel, "Teoría General de las Obligaciones", Décima Tercera Edición, Editorial Porrúa, México 1994, p. 22

De lo anterior podemos decir que la diferencia entre la obligación civil y mercantil radica en que esta última destaca el aspecto objetivo y modalidad económica, es decir lo que busca el acreedor y procura obtener independientemente de la conducta del deudor, es la utilidad patrimonial de la obligación.

La concepción impersonal de la obligación se adapta mejor a las exigencias del tráfico mercantil por lo mismo que el derecho mercantil que es el que rige este tráfico tiende a eliminar toda nota individual o personalista.

"Las obligaciones mercantiles no sólo dominan el ámbito del Derecho mercantil, sino también el sector entero de la contratación privada, la razón es que, en la práctica, el número de contratos puramente civiles es reducidísimo. Las sociedades, los depósitos, los préstamos, las compraventas, los transportes, los seguros de carácter civil, se conciertan en cantidades insignificantes en comparación con los mismos contratos que se califican como mercantiles."²

2. FUENTES DE LAS OBLIGACIONES MERCANTILES.

Conforme a nuestro sistema jurídico, son fuentes de la obligaciones mercantiles: la declaración unilateral de la voluntad, el contrato, la ley, la responsabilidad objetiva, enriquecimiento ilegítimo, gestión de negocios y el acto ilícito.

a) LA DECLARACIÓN UNILATERAL DE LA VOLUNTAD

² Garrigues, Joaquín, "Curso de Derecho Mercantil", Novena Edición, Editorial Porrúa, México 1992. Tomo II p. 3

Como fuente de obligaciones, la declaración unilateral de la voluntad presenta peculiares características dentro del derecho mercantil.

Gutiérrez y González la define como "la exteriorización de la voluntad que crea en su autor la necesidad jurídica de conservarse en aptitud de cumplir por sí o por otro, voluntariamente, una prestación de carácter patrimonial, pecuniaria o moral, en favor de un sujeto que eventualmente puede llegar a existir o si existe, aceptar."³

Una de las manifestaciones más generalizadas de la declaración unilateral de la voluntad es la consistente en las promociones y ofertas. "Por promoción se entiende el artículo 46 de la Ley Federal de Protección al Consumidor "... el ofrecimiento al público de bienes o servicios con el incentivo de proporcionar adicionalmente otro bien o servicio de cualquier naturaleza en forma gratuita, a precio reducido o de participar en sorteos, concursos o eventos similares..." así como "...el ofrecimiento de un contenido mayor en la presentación usual de un producto, en forma gratuita o a precio reducido, o de dos o mas productos iguales o diversos por un sólo precio, así como la inclusión en los propios productos, en las tapas o etiquetas o envases, de figuras o leyendas impresas distintas de las que obligatoriamente deban usarse o a cuyo uso se tenga derecho."⁴

"Por lo que hace a la oferta el mismo precepto legal la conceptúa como "...ofrecimiento al público de productos o servicios de la misma calidad a precios rebajados o inferiores a los que prevalezcan en el mercado o, en su caso, a los normales del establecimiento."⁵

³ Gutiérrez y González, Ernesto, "Derecho de las Obligaciones", Séptima Edición, Editorial Porrúa, México, 1990, p. 421

⁴ Díaz Bravo, Arturo, "Contratos Mercantiles", Cuarta Edición, Editorial Harla, México 1993, p. 19

⁵ Idem.

b) EL CONTRATO

El contrato es la fuente por excelencia de las obligaciones mercantiles, ya que si bien es cierto la actividad principal de los comerciantes consiste en contratar.

Definido en los artículos 1792 y 1793 del Código Civil, conforme a lo indicado en dichos preceptos, el contrato es una especie del género convenio, y que el primero de tales vocablos sólo debe emplearse para aquellos acuerdos de voluntades por virtud de los cuales se producen o transfieren obligaciones o derechos; cuando se modifiquen o extingan obligaciones, será menester el empleo de la palabra convenio.

Dentro del mundo contractual existen, en la moderna vida mercantil, acuerdos de voluntades que, por una u otra razón ofrecen dificultades para encuadrarlos como contratos, en ocasiones por una injustificable resistencia de los otorgantes a emplear el término de contrato; en otras, por razón de que una de las partes, o ambas, no disponen de libertad para convenir los términos del contrato y, en algunos casos, ni siquiera para decidir libremente si lo celebran o no.

c) LA LEY

Con frecuencia la ley no es considerada como fuente de obligaciones de derecho privado, y esta consideración tendría lugar si se tomara a la ley como fuente genérica, pero no así como fuente específica de ciertas obligaciones.

Al respecto podemos encontrar ejemplos muy claros en los siguientes casos; El derecho de exigir al remiso en el cumplimiento de obligaciones contractuales el pago de daños y perjuicios (artículo 2104 Código Civil) o

intereses (artículo 352 Código de Comercio); la obligación por parte del que acepta un pago indebido, de abonar intereses legales sobre las sumas percibidas (artículo 1884 Código Civil); el derecho que asiste al comisionista de hacer vender los efectos recibidos del comitente cuando el valor presunto de los mismo no baste para cubrir los gastos de transporte y recibo de ellos (artículo 279- I Código de Comercio).

En otros casos podemos encontrar a la ley como fuente única de acciones judiciales para obtener la modificación de obligaciones literalmente estipuladas precisamente en forma contraria y en pocos casos para beneficiarse con la nulidad.

De lo anterior podemos encontrar ejemplos en la Ley Federal de Protección al Consumidor: "artículo 61.- Los prestadores de servicios de mantenimiento o reparación deberán indemnizar al consumidor si por su deficiencia del servicio el bien se pierde o sufre tal deterioro que resulte total o parcialmente inapropiado para el uso a que esté destinado. El derecho a la indemnización no podrá ser suprimido o limitado por pacto entre las partes. En el Código Civil: es nulo el compromiso absoluto de no vender un bien que este en el comercio (artículo 2301); Ley General de Sociedades Mercantiles: es nulo todo pacto que restrinja la libertad de voto de los accionistas (artículo 198).

d) RESPONSABILIDAD OBJETIVA

Las dificultades que al estudioso y al juzgador plantea la afirmación sobre la existencia de una responsabilidad objetiva como fuente de obligaciones mercantiles y esto se debe a que pareciera que la teoría del riesgo creado esta reservada al derecho civil.

Por su parte Gutiérrez y González nos dice: "la responsabilidad objetiva es la necesidad jurídica que tiene una persona llamada obligado-deudor, de cumplir voluntariamente a favor de otra persona, llamada acreedor, que le puede exigir, la restitución de una situación jurídica al estado que tenía, y que le causa un daño originado por a) Una conducta o un hecho previsto por la ley como objetivamente dañoso, b).- El empleo de un objeto que la ley considera en si mismo peligroso, o c).- Por la realización de una conducta errónea de buena fe." *

De la definición que antecede podemos observar que esto resulta aplicable al derecho mercantil. Así pues en ejercicio de una actividad mercantil, por ejemplo una empresa de transporte de cosas, causa daños con un vehículo por error de su conductor o por fallas mecánicas, al vehículo de otra empresa del mismo género, ambas actúan en cumplimiento de los respectivos contratos mercantiles de transporte, luego la misma naturaleza debe tener la responsabilidad objetiva de la primera y el crédito surgido a favor de la damnificada; y si tal carácter tendría el juicio que, en su caso, promovería el dueño del vehículo afectado (artículo 1049 del Código Comercio). Evidentemente el nexo contractual o extracontractual no puede modificar el carácter de la responsabilidad que, debe ser igual frente a cualquier daño causado. Y por ello mercantiles habrían de ser los juicios que se promovieran en contra de la empresa responsable. (artículo 1050 del Código de Comercio).

●) ENRIQUECIMIENTO ILEGÍTIMO

En este caso no hay duda de que el enriquecimiento ilegítimo es fuente de obligaciones mercantiles.

* Gutiérrez y González, Ernesto, Op. Cit. p. 668.

Por enriquecimiento ilegítimo entendemos que "es el acrecimiento sin causa que obtiene una persona en su patrimonio, económico, o moral, en detrimento-directo en el primero e indirecto en el segundo- de otra persona."

7

El carácter mercantil de esta fuente lo podemos ver en el hecho de que ha de ser mercantil la obligación de quien, con motivo de un acto de comercio real o supuesto, debe indemnizar a otra en razón de un enriquecimiento sin causa del primero a costa del segundo.

Entre las consecuencias algunas ya son conocidas: naturaleza mercantil del eventual juicio; plazo prescriptorio de diez años y no de uno o de cinco, según diversos supuestos que contempla el artículo 1893 del Código Civil. Pero ha de considerarse también la relativa a los intereses legales (artículo 1884 Código Civil), el aceptante de mala fe, de un pago indebido debe abonar al que lo efectúo, que serán a razón del seis (artículo 362 Código de Comercio) y no del nueve por ciento anual (artículo 2395 Código Civil).

f) GESTIÓN DE NEGOCIOS

En esta fuente tampoco hay lugar a duda sobre la afirmación de que los derechos y obligaciones surgidos de una gestión oficiosa son de naturaleza mercantil, si de tal naturaleza es el asunto gestionado.

La gestión de negocios "Es un hecho jurídico estricto sensu, en virtud de la cual una persona que recibe el nombre de gestor, se encarga voluntariamente de un asunto de otra persona que recibe el nombre de

⁷ Idem. p. 443

dueño, con ánimo de obligarlo, y sin ser su representante por mandato de le dueño o por convenio." 8

"Obviamente, si la gestión se realiza en asunto procesal, no surgirán obligaciones mercantiles, pues la comparecencia en juicio o procedimiento ante autoridad de cualquier índole no es, por si sola, acto de comercio, aunque mercantil sea el negocio que se ventile." 9

"Cabe recordar, siempre dentro del terreno procesal, que en el derecho mexicano el gestor puede comparecer en interés del actor o del demandado, si se trata de juicios civiles (artículo 50 Código de Procedimientos Civiles); sólo en representación del demandado, en juicios mercantiles (artículo 1059 Código de Comercio)." 10 Por reforma del 24 de mayo de 1996, al artículo 1058 del Código de Comercio, ya se permite la gestión judicial en interés del actor o del demandado.

g) HECHO ILÍCITO

"Toda conducta humana (579) culpable, por intención o por negligencia que pugna con un deber jurídico stricto sensu, con una manifestación unilateral de voluntad o con lo acordado por las partes en un convenio." 11

Son mayores las dificultades que presenta la afirmación sobre el carácter de ciertos actos ilícitos como fuente de obligaciones mercantiles. Más, sin embargo la conducta ilícita que puede manifestarse en ocasiones en el ejercicio de una actividad comercial o en infracción de un precepto de

8 Ibid. p. 458

9 Díaz Bravo, Amuro, Op. Cit. p. 22

10 Idem.

11 Gutiérrez y González, Ernesto, Op. Cit. p. 470

naturaleza mercantil, en cualquiera de estos casos la responsabilidad del sujeto estará impregnada de mercantilidad.

Cabe señalar que en la práctica en ocasiones no es fácil encuadrar la naturaleza civil o comercial del acto, pero corresponderá al juez esta decisión (artículo 75 último párrafo Código de Comercio).

Uno de los casos muy claros en los que no cabe duda en el carácter mercantil de la reponsabilidad en los casos de las infracciones y delitos previstos por los artículos 213 y 223 de la Ley de la Propiedad Industrial, que suponen en la mayoría de los casos, el indebido uso de una marca o la violación del derecho de patente.

"Finalmente cuando las obligaciones mercantiles surjan de responsabilidad objetiva o de hechos ilícitos, la prescripción operará por el transcurso de diez años, según disposición del artículo 1047 Código de Comercio, y no de dos, según esta previsto en el artículo 1934 Código Civil; salvo, naturalmente, disposiciones específicas en otras leyes mercantiles." ¹²

3. PRINCIPIOS QUE RIGEN LAS OBLIGACIONES MERCANTILES.

a) SOLIDARIDAD

"La doctrina española reclama la ausencia de una norma mercantil general que establezca el principio de la solidaridad pasiva en las obligaciones mercantiles en que participen varios codeudores, principio que si recoge el Código Civil Italiano (artículo 1294)." ¹³

¹² Díaz Bravo, Arturo, *Op. Cit.*, p. 21

¹³ Arce Gargollo, Javier, *"Contratos Mercantiles Atípicos"*, Segunda Edición, Editorial Trillas, México, 1994, p. 22

En el derecho mercantil se presume la solidaridad en las obligaciones.

Por el contrario en el derecho civil cuando los deudores de una obligación son más de uno, quedan obligados hasta un límite y excepcionalmente de manera solidaria; por lo que si alguno de los deudores resulta insolvente, el acreedor no puede exigir la cuota respectiva a otro deudor y, por lo tanto deja de obtener el monto total de su crédito.

En tanto en el Derecho mercantil los codeudores de una obligación quedan, porque así se presume, obligados solidariamente, por lo que el acreedor puede exigir a cada deudor el pago total del crédito, salvo pacto en contrario.

"Debe señalarse, sin embargo que la solidaridad se presume cuando la obligación es mercantil para los codeudores, pues en el caso de un acto de comercio unilateral no existe tal presunción." ¹⁴

"El Código de Comercio no contiene una declaración general acerca de la solidaridad en las obligaciones mercantiles, como el Código Civil la contiene al contrario, el artículo 1988 de este ordenamiento, señala que la solidaridad no se presume, resulta de la ley o voluntad. Sin embargo, aún cuando en el Código de Comercio no hay un precepto similar, en algunas disposiciones de carácter mercantil se encuentran declaraciones que establecen solidaridad. Así por ejemplo, en la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, el artículo 4º, dice que en las operaciones que la ley reglamenta se presume la solidaridad; en el artículo 154, señala que el aceptante, girador, avalista, endosante, se presumen solidariamente

¹⁴ Vázquez del Mercado, Oscar, "Contratos Mercantiles", Tercera Edición, Editorial Porrúa, México, 1989, p. 141

obligados. por su parte, el artículo 159 menciona que todos los que aparezcan en la letra se presumen obligados solidariamente.”¹⁵

“En igual forma, la Ley General de Sociedades Mercantiles, el artículo 7º indica que las personas que realicen actos en nombre de la sociedad, antes del registro de ésta, responderán solidariamente por dichas operaciones; el artículo 21 señala la responsabilidad solidaria del administrador por no separar de las utilidades el monto debido para formar el fondo de reserva; los socios colectivos y comanditados son solidariamente responsables de las obligaciones sociales, según los artículos 25, 51 y 207, y así otras disposiciones.”¹⁶

b) ONEROSIDAD -

La actividad mercantil como actividad económica se ejercita profesionalmente, de lo que se desprende que el que la desarrolla lo hace con el fin de obtener un lucro, por lo tanto las relaciones jurídico mercantiles tienen como regla que todo acto tienda a realizar ese fin, así podemos ver que los contratos específicamente mercantiles son siempre onerosos como por ejemplo: el seguro, la fianza de empresa, contrato de crédito, etc. De lo anterior se desprende la presunción de onerosidad.

“No hay una norma general que establezca la onerosidad, sin embargo, en el Código de Comercio hay, como en el caso de la solidaridad principios que confirman este principio. Así el artículo 304, que dice que salvo pacto en contrario, el comisionista tiene derecho a exigir retribución por su trabajo, igual derecho asiste al depositario en el depósito, de acuerdo con el artículo

¹⁵ Rodríguez Rodríguez, Joaquín, Cjt. Pos. Oscar Vázquez del Mercado, Contratos Mercantiles, p. 142

¹⁶ Idem. p. 142

333 y en el artículo 591 se señala el derecho del porteador a recibir el porte convenido."¹⁷

c) MORA

En términos generales es el retardo en el cumplimiento de una obligación, esto es cuando se debe una prestación y no se efectúa oportunamente por el deudor. Hay también mora del acreedor, cuando la falta de la prestación no es imputable al deudor, si el ha ofrecido el cumplimiento, y el acreedor no ha querido aceptarlo se constituye en mora.

La morosidad queda establecida en el artículo 85 del Código de Comercio que a la letra dice:

"Los efectos de la morosidad en el cumplimiento de las obligaciones mercantiles comenzarán:

I. En los contratos que tuvieren día señalado para su cumplimiento, por voluntad de las partes o por la ley, al día siguiente de su vencimiento;

II. Y en los que no lo tengan, desde el día en que el acreedor la reclamare al deudor, judicial o extrajudicialmente ante escribano o testigos."

Esta disposición fue tomada del artículo 63 del Código Civil Español y por lo que hace al derecho común, la regla mercantil coincide con el artículo 2104 de nuestro código.

En derecho mercantil, la mora implica el pago de intereses, que obedece a la idea de que en el comercio, el comerciante no puede tener improductivo su dinero, no es compatible con las exigencias de la vida comercial.

¹⁷ Vázquez del Mercado, Oscar, Op. Cit. p. 143

"El pago de intereses responde únicamente a la idea de que el deudor de una suma de dinero, por el hecho de no entregarla a su acreedor en el momento previsto, se beneficia de los productos de un capital que no le corresponde a él, sino al acreedor y por ello debe compensar a éste abonándole el fruto del dinero. El interés representa, por lo tanto una compensación por falta de disponibilidad del capital, con independencia de la causa, por la cual se ha producido esa falta de disponibilidad (culpa, dolo, imposibilidad material, etc.)." ¹⁸

d) CONCLUSIÓN

Es muy importante determinar cuando el contrato se concluye y por lo tanto es perfecto, ya que a partir de ese momento los contratantes quedan sujetos a sus términos y no pueden desconocer su declaración. Por otra parte, es fundamental determinar la conclusión del contrato, porque hay aspectos que deben de ponderarse en razón a ese momento, como son la capacidad de las partes, la ley aplicable, tanto en el espacio como en el tiempo, la competencia de los tribunales, para decidir cual de las partes contratantes ha de soportar el riesgo de la pérdida de la cosa, etc.

El contrato atraviesa esquemáticamente tres fases o momentos, la oferta o propuesta, la aceptación y el perfeccionamiento.

"La propuesta la hace el proponente, quien es el que toma la iniciativa del contrato. La propuesta es una declaración de voluntad con la cual el proponente concede a su destinatario el poder de dar vida, al contrato mediante la aceptación." ¹⁹

¹⁸ *Ibid.* p. 146

¹⁹ Salandra, Vittorio, "Curso de Derecho Mercantil", Quinta Edición, Editorial Jus, México, 1947, p.

18 traducido por Barrera Graf.

La aceptación ha de ser igual a la oferta y puede verificarse mediante una expresa declaración o por la ejecución; debe de ser de tal manera clara, que no haya duda de que la voluntad del aceptante es la de adherirse a la oferta. La aceptación debe dirigirse precisamente al proponente u oferente, ya que dirigida a una persona distinta, no tiene fuerza de aceptación.

"El principio fundamental, es que los contratos se perfeccionan cuando las partes tienen conocimiento de la recíproca identidad de los consentimientos."²⁰

e) MONEDA DE PAGO

Las deudas mercantiles en su mayoría tienen por objeto sumas de dinero, de lo cual resulta importante determinar cuál es la moneda con la cual se debe cumplir el pago, ahora bien, dada la libertad de contratación y el principio de que el contrato es ley entre las partes, nada impide que se estipule al arbitrio de las partes la moneda de pago.

"El artículo 635 del Código de Comercio, declara que la moneda mercantil es el peso mexicano y sobre esa base, se harán todas las operaciones de comercio y los cambios sobre el extranjero; por su parte, la Ley Monetaria en el artículo 7º, dice que las obligaciones de pagar cualquier suma en moneda nacional, se solventarán entregando billetes del Banco de México o monedas metálicas de curso legal."²¹

"La moneda extranjera no tiene curso legal en la República, por lo que las obligaciones de pago en moneda extranjera contratadas dentro o fuera de la República, para ser cumplida en ésta, se solventarán entregando el

²⁰ Vázquez del Mercado, Oscar, *Op. Cit.* p. 147

²¹ *Ibid.* p. 144

equivalente en moneda nacional al tipo de cambio que rija la momento del pago; dice el artículo 8° de la Ley Monetaria y, por su parte el Código de Comercio, artículo 638 dice que nadie puede ser obligado a recibir moneda extranjera. Cuando los bancos reciben por contrato de depósito de dinero, moneda extranjera, deben restituir la suma depositada en la misma especie dice el artículo 267 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, por lo que el artículo 8° de la Ley Monetaria no es aplicable. No puede obligar al depositante a recibir moneda mexicana. En las obligaciones pecuniarias, esto es, que tienen por objeto una suma de dinero, se cumplen pagando la cantidad estipulada en el contrato respectivo en la forma y términos del mismo.²²

f) INTERESES

La determinación del interés legal se encuentra en el contrato de mutuo en el Código Civil (artículo 2395) y para las obligaciones mercantiles, en el contrato de préstamo mercantil (artículo 362) del Código de Comercio. Así vemos que en el derecho civil es del 5% anual y en el mercantil del 6%.

La ley Federal de Protección al Consumidor contiene además algunas disposiciones sobre el interés que se aplican a las obligaciones mercantiles, por lo que se establece que los intereses se calcularán conforme a una tasa de interés fija o variable. En los casos que se utilice la tasa fija se informará al consumidor el monto de los intereses a pagar en cada periodo, y cuando se utilice una tasa variable informará al consumidor sobre la regla de ajuste de la tasa, la cual no podrá depender de decisiones unilaterales del proveedor sino de las variaciones que registre una tasa de interés representativa del costo del crédito al consumidor la cual deberá ser fácilmente verificable por el consumidor. (artículo 66). Por otra parte se establece que únicamente se

²² *Idem.*

podrán capitalizar intereses cuando exista acuerdo previo de las partes, en cuyo caso el proveedor deberá proporcionar estado de cuenta mensual al consumidor, (artículo 68). Por otra parte los intereses se causarán exclusivamente sobre los saldos insolutos del crédito concedido y su pago no podrá ser exigido por adelantado, sino por periodos vencidos (artículo 69). Estas reglas sobre el interés sólo se aplican a los actos que dicha ley regula.

g) PRESCRIPCIÓN

En los contratos mercantiles la falta de acción por el titular de los derechos que de ellos surgen, dentro del término que en los propios contratos se fija, provoca que se extingan tales derechos, por esto de acuerdo al Código de Comercio, artículo 1038, cuando ha de ejercitarse una acción que derive de actos mercantiles, debe hacerse en los términos fijados para su ejercicio, puesto que el artículo 1039 del mismo Código de Comercio, establece que los términos serán fatales, Los términos o plazos se establecen a favor del deudor, según se desprende del artículo 1040, que al referirse a la prescripción negativa señala que los plazos comenzarán a contarse desde el día en que la acción pudo ser legalmente ejercitada en juicio.

La prescripción se interrumpe cuando se presenta la demanda por cualquier interpelación judicial al deudor, o por el reconocimiento de las obligaciones por el propio deudor, artículo 1041 del Código de Comercio.

Interrumpida la prescripción, dice el artículo 1042 del propio Código, empezará a contarse nuevo término después de los actos que la interrumpieron.

Los plazos de prescripción de las obligaciones mercantiles, como norma de excepción al derecho común, son más cortos que los señalados en el Código Civil.

Los artículos 1038 al 1048 del Código de Comercio, regulan la prescripción mercantil, establecen un plazo de uno, tres y cinco años para determinadas acciones. La norma general, al igual que en materia civil, es que cuando no se establezca un término más corto la prescripción mercantil es por diez años. (artículo 1047 Código de Comercio).

Las disposiciones civiles sobre prescripción se encuentran en los artículos 1159 a 1164 del Código Civil, y como regla general suplen al derecho mercantil.

"La ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, establece prescripciones especiales para las acciones derivadas de los títulos de crédito (artículos 165, 227 y 250); el Código de Comercio, establece el de cinco años para las relaciones que derivan de las sociedades mercantiles y sus socios (artículo 1045 fracción Y); y la Ley de Navegación y Comercio Marítimo, tiene también normas especiales en materia de prescripción (véanse los artículos 94, 103, 109, 110, etc., ahora Ley de Navegación)."²³

h) CLÁUSULA PENAL

En los contratos mercantiles, nos encontramos una regla propia cuando las partes quieren aplicarla, en caso de incumplimiento de una de ellas y que se ha identificado como cláusula penal.

²³ Arce Gargollo, Javier. *Op. Cit.* p. 23

"El incumplimiento de las obligaciones mercantiles encuentra su reglamentación en las disposiciones de derecho común. En el artículo 1949 del Código Civil, se establece que la facultad de resolver las obligaciones se entiende implícita en las recíprocas, para el caso de que uno de los obligados no cumpliere lo que le incumbe." ²⁴

Cabe señalar que el artículo 88 del Código de Comercio se establece que en los contratos mercantiles en que se fije una pena de indemnización a quien no cumpliere, la parte perjudicada podrá exigir el cumplimiento del contrato o la pena prescrita, pero utilizada una de estas dos acciones quedará extinguida la otra.

Hay una clara distinción entre este artículo y el artículo 1846 del Código Civil, en donde también se establece una pena, pero en este caso puede ejercitarse la acción para que se dé cumplimiento a la obligación y el pago de la pena cuando así haya quedado estipulado o la obligación no se presta de la manera convenida.

4. SUPLETORIEDAD LEGAL EN MATERIA DE OBLIGACIONES

a) SUSTANTIVA

Al adquirir el Código de Comercio el carácter de federal y estipular en su artículo 2º que: "a falta de disposición de este Código serán aplicables a los actos de comercio las del derecho común", se hace necesario determinar que debemos entender por derecho común; la conclusión será que se usa como sinónimo del derecho civil. En ese aspecto se interpretan los artículos 5º que señala: "Según las leyes comunes"; 22 que menciona, "Conforme a la ley Civil"; 285 por las disposiciones del Derecho Común" del Código de

²⁴ Vázquez del Mercado, Oscar, Op_Cit. p. 151

Comercio. Consientes de que el derecho común es el derecho civil, se hace indispensable señalar a que derecho civil se refieren los artículos anteriores, ya que el artículo 2º del Código de Comercio se concreta a indicar como supletorio al derecho común, sin determinar a cual de ellos se refiere; y siendo facultad de los Estados de la Federación legislar en materia civil, nos encontramos con la existencia de tantos códigos civiles como Entidades Federativas existen.

"Rafael de Pina Vara en su libro Derecho Mercantil Mexicano señala: "...Consideramos que el Derecho Civil o Común, aplicable supletoriamente en Materia Mercantil a falta de disposición expresa del Código de Comercio, es precisamente al contenido en cada uno de los distintos códigos civiles locales. El Código Civil para el Distrito Federal, efectivamente es aplicable en toda la República en asuntos de orden federal, pero la Materia Civil no es Federal sino Local y por tanto en este aspecto no es aplicable con aquella generalidad, ya que no puede hablarse, en modo alguno, de un Derecho Civil Federal..." Criterio que no compartimos en virtud de que, como el mismo subraya, es aplicable en toda la República en asuntos de orden federal, y así lo señala el Artículo 1º del propio código; y siendo la Legislación Mercantil de Orden Federal, es precisamente el Código Civil para el Distrito Federal el aplicable: en este sentido se manifiestan vanas Leyes Mercantiles como la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, la Ley de Navegación y Comercio Marítimos (ahora Ley de Navegación) y la Ley del Mercado de Valores. El artículo 2º de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito señala que: "Los actos y las operaciones a que se refiere el artículo anterior se rige: "...IV. Por el Derecho Común, declarándose aplicable en toda la República, para los fines de esta ley, el Código Civil del Distrito Federal...", Por su parte la Ley de Navegación y Comercio Marítimo (ahora Ley de Navegación), en su artículo 5º indica: "A falta de disposición expresa en esta ley y sus reglamentos, y en los tratados internacionales vigentes, ratificados

por el Gobierno Mexicano, se aplicarán supletoriamente: III. Código Civil para el Distrito Federal...²³

Por reforma al Código de Comercio, publicada en el diario oficial de la Federación el 24 de mayo de 1996, se termina con la controversia anterior, pues establece que se entiende por derecho común al Código Civil del Distrito Federal. (artículo 2 del Código de Comercio).

b) ADJETIVA

Por el contrario el aspecto procesal no ofrece mayores dudas; cuando el acto es absolutamente mercantil o tiene tal naturaleza por los elementos personales u objetivos que en el intervienen, el juicio tendrá que ser mercantil (artículo 1049 Código de Comercio); Así también cuando para una de las partes que intervienen en un acto, éste tenga naturaleza comercial y para otra tenga civil, la controversia se regirá por las leyes mercantiles (artículo 1050 Código de Comercio). En todo caso la ley procesal supletoria será la local. (artículo 1054 Código de Comercio).

Aquí no cabría pretender la supletoriedad del Código Federal de Procedimientos Civiles, pues el texto del precepto últimamente mencionado no deja lugar a dudas: "... se aplicará la Ley de Procedimientos Local respectiva.". Considero que dicha supletoriedad obedece, a que en el año en que se promulgó el Código de Comercio que es en 1889, aún no existía Código Federal de Procedimientos Civiles, ya que éste se promulgó el 24 de febrero de 1942.

²³ Martínez y Flores, Miguel, "Derecho Mercantil Mexicano", Primera Edición, Editorial Pax-México, México 1980, p. 13

De lo anterior, podemos observar que algunas leyes promulgadas con posterioridad al Código Federal de Procedimientos Civiles, si hacen referencia al mismo. Como ejemplos podemos citar a la Ley de Navegación, en su artículo 5º y la Ley del Mercado de Valores en su artículo 7º, establecen que se aplicará supletoriamente el Federal de Procedimientos Civiles.

Tomando en cuenta la existencia de dicho Código Federal de Procedimientos Civiles, hubiera sido deseable que en la reforma al Código de Comercio comentada, se hubiera declarado aplicable supletoriamente dicho Código y no los locales, a fin de uniformar criterios sobre el particular.

C A P I T U L O I I

CONTRATOS M E R C A N T I L E S

1. IMPORTANCIA

"La fuente más importantes de las obligaciones mercantiles está constituida por los contratos, en efecto, la actividad principal de los comerciantes consiste en contratar. En relación a la formación de tales contratos, aplican las mismas reglas o normas generales de la materia civil y que forman parte del derecho general de las obligaciones." ²⁶

"En la práctica - dice Garrigues - el número de contratos meramente civiles es reducidísimo. Algunas legislaciones, como la suiza y la italiana han concentrado en un solo ordenamiento los actos civiles y mercantiles; es decir, tienen un tratamiento unitario. En otras legislaciones se distingue entre los actos civiles y los actos mercantiles. Nuestro derecho, en este sentido, sigue la tradición jurídica marcada por el Código Napoleón, solución que también acoge el derecho español (principal fuente de inspiración del nuestro). México tiene por tanto, dos clases de legislación: la civil y la mercantil." ²⁷

No es fácil justificar desde el punto de vista legislativo la distinción entre contrato mercantil y contrato civil, ya que se complica en nuestro régimen jurídico en razón de que de acuerdo con el pacto federal establecido por nuestra constitución se asigna a la Federación la competencia para legislar

²⁶ Salandra, Vittorio, Op. Cit. p. 17

²⁷ Arce Gargollo, Javier, Op. Cit. p. 17

en materia de comercio (artículo 73 fracción X), mientras que la legislación civil se conserva como materia propia de los Estados.

"La legislación mercantil es única y aplicable en todo el territorio nacional, la civil es múltiple y la dictan las entidades federativas para su territorio local." ²⁸

Como sabemos contrato es el acuerdo de dos o más personas para producir o transferir derechos y obligaciones. Por lo que esta definición resulta aplicable a los contratos que por los sujetos, objeto, fin, naturaleza y características accesorias llamamos mercantiles.

Ahora bien, Borja Soriano nos dice que los contratos mercantiles "Son aquellos en que las partes que intervienen o son comerciantes o están realizando un acto de comercio, los actos de comercio son los enumerados en el artículo 75 del Código de Comercio." ²⁹

La importancia de establecer una distinción clara para los contratos que son mercantiles obedece entre otras a dos razones básicas:

"En primer lugar, a la aplicación de determinadas normas sustantivas especiales para las obligaciones y contratos mercantiles reglas especiales que derogan a las normas civiles de carácter general. El segundo motivo importante es la vía procesal para el caso de conflicto, que implica que las normas aplicables a cada procedimiento son también diferentes. Además el juez competente es en un caso el juez federal (mercantil) y en el otro el juez local (civil)." ³⁰

²⁸ *Ibid.*

²⁹ Borja Soriano, *Manuel, Op. Cit.* p. 457

³⁰ Arce Gargollo, *Javier, Op. Cit.* p. 18

El hecho de ser contratos mercantiles, contratos de empresa, explica muchos fines económicos de los contratos, que la técnica del Derecho mercantil ha recogido, aunque no en la medida que fuera deseable.

Por esta razón, hay que distinguir, por un lado, al problema técnico jurídico de los requisitos legales que convierten un contrato en un contrato mercantil, y del otro lado, las características que en la práctica cotidiana distinguen a los contratos mercantiles y determinan su especial regulación jurídica.

La doctrina ha considerado diversos criterios para determinar en que casos estamos frente aun contrato o acto mercantil.

Para distinguir los contratos mercantiles debemos seguir los siguientes criterios:

- a) Que son mercantiles los contratos regulados por el Código de Comercio y no por el Código Civil.
- b) Que son contratos mercantiles los que una o más partes tienen legalmente el carácter de comerciantes.
- c) Que son contratos mercantiles los que dan lugar a procedimientos judiciales, supuestamente más ágiles que los contratos civiles.
- d) Que son mercantiles los contratos en que, por su objeto, acusa más claramente su finalidad económica.

e) Que son contratos mercantiles los contratos en que las partes que intervienen realizan actos de comercio." ³¹

Para estudiar los actos de comercio que figuran en el derecho mexicano, es conveniente plantear una clasificación que sirva de guía:

"Hay actos **esencialmente civiles**, es decir, que nunca y en ninguna circunstancia son recogidos por el derecho mercantil; pueden reducirse a los relativos al derecho de familia y al derecho sucesorio." ³²

"Hay actos **absolutamente mercantiles**, es decir, siempre y necesariamente están regidos por el derecho mercantil. En ellos encontramos una primera clase de actos de comercio." ³³

Dentro de la categoría de actos absolutamente mercantiles quedan incluidos: el reporto, el descuento de créditos en libros, la apertura de crédito, la cuenta corriente, la carta de crédito, crédito confirmado, el avío o crédito de habilitación, el crédito refaccionario, el fideicomiso, los actos consignados en títulos de crédito. (Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito); El acto constitutivo de una sociedad Mercantil (Ley General de Sociedades Mercantiles); Contrato de seguro (Ley Sobre el Contrato de seguro).

"Hay buen número de actos que no son esencialmente civiles ni mercantiles, sino que pueden revestir uno u otro carácter, según las circunstancias en que se realicen, y de las cuales dependerá que sean regidos por el derecho civil o el mercantil; si este último es aplicable,

³¹ Olivera de Luna, Omar. "Contratos Mercantiles". Primera Edición, Editorial Porrúa, México 1982 p. 1 y 2

³² Mantilla Molina, Roberto. "Derecho Mercantil". Vigésima Cuarta Edición, Editorial Porrúa, México 1985, p. 59

³³ Idem, p. 60

tendremos una segunda clase de actos de comercio que denominaré **actos de mercantilidad condicionada.**"³⁴

Los actos de mercantilidad condicionada se dividen , en actos principales y actos accesorios o conexos.

La mercantilidad de los actos principales puede depender, de las personas que en ellos intervienen, bien del fin o motivo perseguido, bien del objeto sobre el que recae el acto.

"Hay actos jurídicos que no pueden existir si no es en virtud de otros a los cuales preceden, acompañan o siguen; es inconcebible una prenda sin una obligación garantizada; una promesa de venta sin un contrato de compraventa que ulteriormente se celebrará. Tales son los *actos accesorios*, que serán mercantiles siempre que lo sea el negocio con el cual están en relación." ³⁵

Se señala que la existencia de la relación de un acto dado con uno de comercio puede resultar de tres maneras:

- a) Por la prueba directa de la conexión;
- b) Porque la ley la establezca por medio de una presunción iuris tantum;
- c) Porque legalmente se cree una presunción iuris et de iure de tal conexión.

Del análisis detallado de los actos de comercio que aparecen en nuestro Código de Comercio, se desprende que, en su mayoría, se producen

³⁴ *Ibid.*

³⁵ *Ibidem.* p. 77

mediante la celebración de un contrato que debe calificarse como mercantil al menos para una de las partes contratantes.

2. CLASIFICACIÓN

Una clasificación general de los contratos, es la siguiente:³⁶

1.- Contrato Mercantil y Civil

a. Contrato Mercantil es aquel en que las partes que intervienen o son comerciantes o están realizando un acto de comercio.

b. Contrato Civil es aquel que se concierta entre particulares, o aun entre el particular y el Estado, cuando este interviene en un plano de igualdad, como si fuera un sujeto privado

2.- Contratos Preparatorios y Definitivos

a. El contrato es preparatorio cuando el objeto es la celebración de un contrato o acto futuro. Se llama también preliminar o precontrato y sólo da origen a obligaciones de hacer consistentes en la celebración del contrato futuro.

b. contrato definitivo, es aquel que contiene la voluntad presente de la partes para decidir desde luego sus recíprocos intereses en el mismo acuerdo de voluntades.

3.- Contratos Bilaterales y Unilaterales

³⁶ Rojina Villegas, Rafael. "Compendio de Derecho Civil Contratos", Tercera Edición, Editorial Porrúa, México 1973. p. 9-17

a. Son contratos bilaterales o sinalagmáticos los que generan recíprocamente obligaciones para ambos contratantes. Todos quedan obligados a conceder alguna prestación.

b. Los contratos unilaterales son aquellos que generan obligaciones a cargo de una de las partes y la otra no asume compromiso alguno.

4.- Contratos Onerosos y Gratuitos

a. El contrato oneroso es aquel en que se estipulan provechos y gravámenes recíprocos. En este contrato hay un sacrificio recíproco y equivalente.

b. El contrato gratuito es aquel en que el provecho es solamente de una de las partes. El sacrificio es sólo de una de las partes y la otra no tiene gravamen alguno, sino sólo beneficios.

5.- Contratos Aleatorios y Conmutativos

a. El contrato aleatorio es aquél en que las prestaciones que las partes se concedan o, la prestación de una de ellas dependen, en cuanto a su existencia o monto, al azar o de sucesos imprevisibles, de tal manera que es imposible determinar el resultado económico del acto en el momento de celebrarse. Las partes no conocen de antemano si les producirá ganancia o pérdida.

b. Es un contrato conmutativo cuando su resultado económico normal se conoce desde el momento en que el acto se celebra y las partes pueden apreciar de inmediato si habrá de producirles un beneficio o una pérdida.

6.- Contratos Real y Consensual

a. Es el que crea para una de las partes, la obligación de constituir a favor de la otra, un derecho real, y para constituir ese derecho real, se precisa que entregue a la otra parte, una cosa, específica y determinada.

b. Es aquel que se perfecciona y para surtir sus efectos, entre las partes y frente a terceros basta el solo acuerdo de los otorgantes, sobre un objeto cierto, sin necesidad de que se haga entrega de cosa alguna o se constituya un derecho real.

7.- Contratos Consensual y Formal

a. Aquí por oposición a formal, es el que se perfecciona y para surtir efectos plenos de Derecho entre las partes y frente a terceros basta el solo acuerdo de las voluntades, sin necesidad de que éstas revistan forma alguna hablada o escrita específica, prevista por la ley.

b. Contrato formal es aquel donde la voluntad de las partes por exigencia de la ley, debe externarse bajo cierta forma escrita que ella dispone. Si la forma no se cumple el acto existirá, pero no podrá surtir la plenitud de sus efectos jurídicos, en especial contra terceras personas.

8.- Contratos Solemnes

Los contratos solemnes son aquellos que para existir necesitan de ciertos ritos establecidos por la ley; la manera en que se exterioriza la voluntad es requisito constitutivo del acto; el ropaje con que son cubiertos es parte esencial, y su falta motiva la inexistencia del mismo negocio jurídico.

9.- Contratos Principales y Accesorios

a. El contrato principal tiene su razón de ser y su explicación en sí mismo; surge en forma independiente y no es apéndice de otro contrato, pues cumple autónomamente su función económica.

b. El contrato accesorio, en principio no tiene existencia independiente. Se explica referido a otro contrato del cual es apéndice. Sólo se justifica como parte complementaria de otro contrato.

10.- Contratos Instantáneos, de Tracto Sucesivo y de Tracto Doble.

a. Los contratos instantáneos se forman y deben cumplirse inmediatamente. Se agotan en un solo acto.

b. Los contratos de tracto sucesivo son aquellos que se cumplen escalonadamente a través del tiempo. Así, el arrendamiento, la venta en abonos.

c. Los contratos de tracto doble son aquellos que se celebran en un momento y se ejecutan en otro. ejemplo fideicomiso traslativo de dominio

11.- Contratos de Adhesión y Convencionales

a. Los contratos de adhesión son aquellos en los que una de las partes fija cláusulas y una o más partes no hacen sino aceptar dichas condiciones, adheriéndose así al contrato.

b. Los contratos convencionales son aquellos en los que las partes fijan las cláusulas del contrato.

12.- Contratos Nominado e Innominado

a. Los contratos nominados son aquellos que tienen un nombre.

b. Los contratos innominados son aquellos que no tienen nombre.

14. Contratos Típico y Atípico

a. Los contratos típicos son aquellos para los cuales existe en la ley una disciplina normativa.

b. Los contratos atípicos son aquellos cuyo contenido no tiene regulación o disciplina en la legislación.

Existe otra clasificación valiosa, sobre todo para nuestro interés basada en la finalidad económica que los contratos llevan consigo:³⁷

- 1.- Contratos de Colaboración asociativa, como el de la sociedad.
- 2.- Contratos de Colaboración Simple, como la comisión.
- 3.- Contratos de cambio, en los que se transmiten bienes o servicios, como el transporte.
- 4.- Contratos de garantía, como el contrato de prenda.
- 5.- Contratos de cobertura de riesgos, como el de seguro.
- 6.- Contratos de concesión de crédito, como lo es el de préstamo.
- 7.- Contratos mixtos o atípicos, que la doctrina y la jurisprudencia se ven forzadas a construir para resolver problemas concretos que cada día se generan, mediante la aplicación de la analogía, como el contrato de leasing, que en México se traduce como Arrendamiento financiero, o por integración como el de cajas de seguridad.

³⁷ Olvera de Luna, Omar, Op. Cit., p.p. 6-7

*Cervantes Ahumada clasifica los contratos mercantiles de acuerdo a su objetivo:

- 1.- Cambio (compraventa, permuta, transporte)
- 2.- Colaboración (comisión, representación)
- 3.- Guarda y Custodia (depósito, cajas de seguridad)
- 4.- Previsión (seguro)
- 5.- Garantía (fianza, Hipoteca)

6.- De crédito (la cuenta corriente, la apertura de crédito, las cartas de crédito, el fideicomiso, etc., y en general los contratos que están regulados por la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito y algunas otras que, genéricamente, la práctica ha optado por denominar simplemente operaciones de crédito.* ³⁸

3. PRINCIPIOS QUE LOS RIGEN

A) NORMATIVA GENERAL

El concepto de contrato y las normas generales aplicables a los contratos mercantiles están contenidas en ciertas disposiciones del derecho común. Este principio se enuncia en el artículo 81 del Código de Comercio, que expresa:

³⁸ Cervantes Ahumada, Raúl. "Títulos y Operaciones de Crédito", Cuarta Edición, Editorial Porrúa, México 1980, p. 200

"Con las modificaciones y restricciones de este Código, serán aplicables a los actos mercantiles las disposiciones del derecho civil acerca de la capacidad de los contratantes y de las excepciones y causas que rescinden o invalidan los contratos."

Debemos hacer notar que en virtud de la regla de supletoriedad general del Código de Comercio para la materia mercantil (artículo 2º), son aplicables todas las normas sobre el contrato en general, tales como las de clasificación, interpretación, nulidad, elementos y otras más, no sólo las que señala la disposición (capacidad e ineficacia).

B) PERFECCIONAMIENTO DE LOS CONTRATOS MERCANTILES ENTRE AUSENTES

La doctrina ha clasificado en cuatro sistemas de perfeccionamiento del contrato entre ausentes. Así se habla de los momentos de declaración, expedición, recepción y conocimiento.

"En materia comercial, los contratos entre ausentes- o limitativamente, que se celebren por correspondencia, se perfeccionan desde el momento en que se conteste aceptando la propuesta o las condiciones con que esta fuere modificada" (artículo 80 Código de Comercio), o sea que se sigue el sistema de la expedición."³⁹

"El Código Civil, afirma que el contrato entre ausentes "se forma en el momento en que el proponente reciba la aceptación". "El mismo Código, con toda precisión en su artículo 1807, determina que el sistema que adopta para la formación del contrato es el de la recepción.". Este ordenamiento se decide

³⁹ Arce Gargollo, Javier, Op. Cit., p. 24

excepcionalmente, por el momento de la expedición para el perfeccionamiento del contrato de donación entre ausentes (artículo 2340)”⁴⁰

“la expresión legal “...quedarán perfeccionados desde que se conteste aceptando la propuesta (artículo 80 Código de Comercio) además de ser gramaticalmente incorrecta, por el defectuoso empleo del gerundio, es de una extrema vaguedad.”⁴¹

“El artículo de nuestra ley mercantil se complementa con un segundo párrafo que hace referencia a los contratos por telégrafo o telegrama. Esta disposición esta copiada del artículo 1811 del Código Civil, e inspirada en el artículo 51 del Código de Comercio español. Pugna este precepto comenta Tena- con la costumbre universalmente observada por los comerciantes y aun por los que no lo son, quienes si atribuyen absolutamente efectos obligatorios a los contratos celebrados por medio de telegramas. Respecto a los contratos celebrados por teléfono, los autores aceptan unánimemente que deben considerarse como contratos entre ausentes. Nuestro Código Civil así lo resuelve (artículo 1805) y se aplica desde luego a los contratos mercantiles.”

⁴²

La perfección del contrato de seguro es una variante del principio general enunciado. La ley Sobre el Contrato de Seguro dispone que este acto jurídico “se perfecciona desde el momento en que el proponente tuviere conocimiento de la aceptación de la oferta.” (artículo 21), igual que el seguro marítimo (artículo 222 de la Ley de Navegación y Comercio Marítimos). El sistema adoptado es el de conocimiento.

C) CONTRATOS EN QUE INTERVIENEN CORREDORES

⁴⁰ Borja Soriano, Manuel, Cit. Pos., Javier Arce Gargollo Contratos Mercantiles Atípicos, p. 24

⁴¹ Díaz Bravo, Arturo, Op. Cit., p. 29

⁴² Arce Gargollo, Javier, Op. Cit., p. 24

Nuestra ley mercantil establece que "los contratos en que intervengan corredores quedarán perfeccionados cuando los contratantes firmen la correspondiente minuta prescrita en el título respectivo." (artículo 82 del Código de Comercio). La disposición aclara que el corredor actúa solamente como un mediador o intermediario que aproxima a las partes, y no tiene intervención directa en el acto.

La póliza que debe extender el corredor, no está llamada a servir de simple prueba del contrato, sino que constituye un elemento esencial de su existencia, una condición sin la cual el mero consentimiento de las partes no alcanza a producir los efectos jurídicos de la convención en proyecto. Nuestro legislador en conclusión ha colocado los contratos otorgados ante corredores en la categoría de contratos solemnes.

D) FORMA

"La forma es el modo de presentarse el negocio frente a los demás en la vida de relación, su forma externa. En este sentido, todo los contratos serían formales, porque todos necesitan de una cierta forma, oral o escrita, para darse a conocer en la vida de relación. La distinción entre contrato formal y no formal se funda más bien en la posición que adopta la ley respecto a la autonomía de las partes en cuanto a la elección de una forma. Cuando la ley niega esa autonomía e impone al contrato una determinada forma, se dice que el contrato es formal. Cuando, por el contrario, deja a los interesados en libertad respecto de la forma, se dice que el contrato no es formal. De aquí la distinción de que se trata se convierte en la de contratos de forma libre y contratos con forma impuesta."⁴³

⁴³ Garrigues, Joaquín, Op. Cit., p. 20

"En base a lo dicho, encontramos contratos formales y no formales; en nuestro Derecho se da la primera acepción a aquellos contratos a los que expresamente la ley impone para su validez determinada forma." ⁴⁴

El Código de Comercio especifica que existe libertad de forma, sin que se requiera "la observancia de formalidades o requisitos determinados." (artículo 78)

Por su parte, el artículo 79 de dicho Código establece la excepción, por lo que complementa a la anterior disposición.

"La excepción al principio de libertad de forma la encontramos en muchos de nuestros contratos mercantiles. De los actos de comercio "con forma impuesta" que señala nuestra legislación comercial, mencionaremos entre otros los siguientes:

I. La comisión mercantil debe constar o ratificarse por escrito (artículo 274 del Código de Comercio);

II. El contrato de transporte exige que el porteador extienda una carta de porte (artículos 581 a 587 del Código de Comercio);

III. El contrato de sociedad requiere de escritura pública (artículo 5º de la Ley General de Sociedades Mercantiles);

IV. El contrato de asociación en participación debe constar por escrito (artículo 254 de la Ley General de sociedades Mercantiles);

⁴⁴ Olvera de Luna, Omar, *Op. Cit.*, p. 3

V. la relaciones y actos jurídicos que tengan vinculación con títulos de crédito (emisión, endoso, aval, etc.) deben constar en el documento (artículo 5º Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito);

VI. Algunas operaciones de crédito que regula la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito (reporto, cartas de crédito, descuento de crédito en libros, crédito confirmado, crédito de habilitación o avío y refaccionario, prenda irregular, deben constar por escrito);

VII. La emisión de obligaciones requiere de acta notarial (artículo 213 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito);

VIII. El fideicomiso debe celebrarse por escrito (artículo 352 Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito);

IX. El contrato de seguro, para fines de prueba, debe hacerse por escrito (artículo 19 Ley Sobre el Contrato de Seguro);

X. Los contratos de fletamento y seguro deben celebrarse por escrito (artículo 95 Ley de Navegación y 222 respectivamente de la Ley de Navegación y Comercio Marítimos);

XI. La compraventa de buques, además de constar por escrito ante corredor o notario, debe inscribirse (artículo 68 Ley de navegación);

XII. Otras operaciones mercantiles exigen la entrega del bien para su perfeccionamiento, como en el caso del depósito (artículo 334 del Código de Comercio), el reporto (artículo 259 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito) y la prenda mercantil en ciertos casos (artículo 334

de la Ley General de títulos y Operaciones de Crédito). En estas situaciones estamos en presencia de los llamados contratos reales." ⁴⁵

Debemos agregar que en materia mercantil resulta interesante analizar el requisito de forma impuesta para el caso de los contratos atípicos que, al no estar regulados por la ley, en principio no se sujetan a formalidad alguna y por lo general son contratos de forma libre. Sin embargo podemos enfrentarnos a contratos atípicos que, por su asimilación o similitud con contratos típicos, pueden requerir indirectamente de la exigencia de la forma.

E) PENA CONVENCIONAL

El Código de Comercio prevé la existencia de pena convencional o cláusula penal en el caso de los contratos mercantiles (artículo 88). Dicha norma contiene la misma regla que establece la legislación civil en los artículos 1840 y 1847 del Código Civil, en el sentido de que se exige la indemnización pactada, no puede pedirse, además, el cumplimiento del contrato, debe optarse por una de las dos posibilidades. Consideramos que, en materia mercantil, resulta aplicable el límite de la cláusula penal que señala el artículo 1843 del Código Civil, es decir no puede exceder del monto de la obligación principal.

F) LESIÓN

La lesión es el vicio de la voluntad de una de las partes en un contrato bilateral, oneroso, originado en su inexperiencia, extrema necesidad o suma miseria.

⁴⁵ Arce Gargollo, Javier, Op. Cit. p. 25

Para que se produzca la lesión, se necesita que haya una desproporción manifiesta entre la prestación y la contraprestación, como pueden ser intereses excesivos, si se trata de un préstamo, precio exagerado o insignificante si se trata de una compra venta; pero además de esa desproporción objetiva, debe darse un elemento subjetivo, a saber, la explotación de la penuria, la inexperiencia o ligereza de la otra parte, o suma necesidad.

Se requiere de los dos elementos: uno objetivo representado por la desproporción de las prestaciones, y otro subjetivo representado por un aspecto interno de la voluntad. Este sistema pertenece al artículo 17 del vigente Código Civil.

"Al lado del sistema adoptado en el Código Civil, existe otro que no considera a la lesión como vicio, y la excluye definitivamente de entre las causas que pueden producir la nulidad del acto por vicios de la voluntad.

Ello sucede en materia mercantil, en donde el Código de comercio en su artículo 385 determina:

"Las ventas mercantiles no se rescindirán por causa de lesión;..."

En vista de esta norma, - que habla de rescisión pero como sinónimo de nulidad- es necesario conocer las razones que se aducen para no considerar a la lesión como vicio de la voluntad, ni como vicio objetivo del contrato.

Se dan como básicas dos razones: Primera: que los efectos alcanzados por la lesión, se pueden obtener por otros medios de los ya aceptados por la ley, como es el error fortuito o el inducido, y la violencia, pues a través del error se puede considerar el mismo efecto que la suma ignorancia y la notoria

inexperiencia, y a través de la intimidación, se dan resultados iguales a los de la extrema miseria.

Segunda razón: si en la vida civil se puede establecer la lesión sin gran peligro, contra el abuso de la mala intención -mala fe dicen ellos- en el comercio es peor el remedio que la enfermedad, toda vez que la amenaza de la insubsistencia del contrato mercantil; habría de paralizar las energías comerciales." ⁴⁶

4. LA REPRESENTACIÓN MERCANTIL

La necesidad de realizar simultáneamente negocios en lugares distintos se nota más intensamente en el campo del Derecho mercantil, cuya base es la contratación en masa. Esta necesidad satisface la institución de la representación jurídica como forma de cooperación que permite el desdoblamiento de la personalidad y la actuación múltiple simultánea.

"Borja Soriano dice que hay representación cuando una persona celebra a nombre y por cuenta de otra un contrato (o en general un acto jurídico) de manera que sus efectos se producen directa o inmediatamente en la persona y patrimonio del representado, como si el mismo hubiera celebrado el contrato (o ejecutado el acto) se produce una relación obligatoria directa entre el representado y un tercero." ⁴⁷

La esencia de la representación consiste en que la persona que realiza el negocio representativo no busca como fin del acto un interés propio, sino ajeno.

⁴⁶ Gutiérrez y González, *Op. Cij.* p. 330

⁴⁷ Borja Soriano, Manuel, *Op. Cij.* p. 244

Nuestras leyes mercantiles dedican algunas reglas especiales a la representación comercial. En todos los casos, nos encontramos con el desarrollo de las ideas que dominan a esta institución dentro del derecho mercantil: rigidez en cuanto al alcance y contenido de la representación y a la producción de la realización por hechos y circunstancias ausentes de la formalidad que imponen los principios del derecho civil.

*Para mencionar algunas normas sobre la representación mercantil; señalamos:

a) El contrato de comisión mercantil contempla que el comisionista actúa en nombre propio o en el de su comitente (artículo 283 y siguientes del Código de Comercio);

b) Los factores dependientes-auxiliares del comerciante son representantes para determinados actos de comercio, por el hecho o circunstancia de su función y sólo para esos efectos (artículos 309 a 311 del Código de Comercio);

c) En materia de sociedades mercantiles, la representación corresponde a los administradores designados, quienes podrán realizar las operaciones relacionadas con el objeto de la sociedad (artículo 10 de la Ley General de Sociedades Mercantiles), sin necesidad de que éstas se otorguen expresamente.

d) Los accionistas podrán hacerse representar en las asambleas por mandatarios y la representación se otorga por escrito (artículo 192 Ley General de Sociedades Mercantiles);

e) Respecto de los títulos de crédito, existen formalidades especiales para conceder la representación (artículo 9 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito); asimismo, existe la figura llamada representación aparente (artículo 10 de la ley General de Títulos y Operaciones de Crédito);

f) La Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, otorga a los administradores y gerentes facultades para suscribir letras de cambio, pagarés y cheques, por el hecho de su nombramiento (artículos 85, 174 y 176)

g) Los tenedores de obligaciones conceden representación al representante común de los obligacionistas, por medio de un procedimiento que la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito determina (artículo 216), y pueden hacerse representar por carta poder (artículo 221);

h) La Ley de Quiebras y Suspensión de Pagos reglamenta las funciones del síndico y de los interventores como órganos de la quiebra, que poseen facultades de representación para ciertos actos. (artículos 46 y 58).⁴⁸

5. LA FACTURA

"Por factura se entiende la lista de mercancías objeto de un contrato mercantil, con la mención de sus características (naturaleza, calidad y tipo) su precio y su cantidad. la factura se refiere siempre a un contrato mercantil que generalmente es el de compraventa."⁴⁹

No se encuentra reglamentada por el Código de Comercio ni por alguna otra disposición mercantil por lo que resulta especialmente interesante.

⁴⁸ Arce Gargallo, Javier, *Op. Cit.* p. 28
⁴⁹ Garrigues, Joaquín, *Op. Cit.* p. 27

Sobre la naturaleza jurídica de la factura, se puede afirmar que este documento no es un título de crédito, ya que la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito le niega tal característica (artículo 5º y 6º). Así se trata de un documento probatorio que en las disposiciones procesales del Código de Comercio queda clasificado como documento privado (artículo 1238) o título ejecutivo si es firmado y reconocido por el deudor (artículo 1391 fracción VII). Sin embargo la factura puede convertirse en una oferta o propuesta y, al aceptarse en un verdadero contrato.

"La factura enviada por el vendedor puede significar la aceptación de una oferta de compra y transformarse en un contrato. Cuando un vendedor o comerciante expide una factura, ésta puede ser, además una manifestación o aviso de ejecución de un contrato. Si el otro comerciante o comprador acepta y firma una factura que envía su contraparte, puede considerarse que el contrato se ha perfeccionado." ⁵⁰

Contra la esencia de la factura como documento que describe mercancías, es usual en la práctica comercial incluir en el documento las cláusulas o condiciones de un contrato. La aceptación de una factura y en algunos casos la firma de la misma puede ser presunción de consentimiento y aceptación de las condiciones de la operación mercantil. Una factura con cláusulas o condiciones deja de ser propiamente factura y se convierte en una oferta o propuesta de contrato que, una vez aceptada por la otra parte, constituye un contrato mercantil.

"La costumbre comercial ha reconocido la importancia de otros documentos, utilizados en el tráfico mercantil que se relacionan con interesantes problemas jurídicos por las operaciones y actos jurídicos que con ellos se realizan. Para destacar algunos de estos documentos

⁵⁰ Arce Gargollo, Javier, Op. Cit., p. 29

mencionaremos, entre otros, a los pedidos, los contrarecibos, los talones de embarque, las notas de cargo y crédito, los recibos, los recibos de mercancía y servicios. Estos documentos tan variados son objeto de operaciones impropias, como pagos parciales, entregas en garantía, depósitos, endosos, avales, ventas, representaciones y modificaciones en su contenido.”³¹

³¹ Idem.

C A P I T U L O I I I

LEY FEDERAL DE PROTECCIÓN AL CONSUMIDOR

1. INTRODUCCIÓN

Se ha dicho que el derecho mercantil va a la zaga de la economía. Así es y ha sido desde los orígenes de esta disciplina, nació en la época feudal y de la economía de los fisiócratas, de mercados en cieme, cerrados y primitivos, de los negocios entre comerciantes en las ciudades italianas de la segunda mitad de la Edad Media y de las transacciones en ferias y mercados.

Su evolución es lenta pero continua hasta los primeros ordenamientos marítimos y terrestres (ordenanzas de Luis XIV de 1673 y 1681); largo período durante el cual el carácter del comerciante era el que otorgaba la naturaleza mercantil al acto o convenio en que intervenía.

"Los Códigos de Napoleón, tanto el Civil de 1804 como el de Comercio de 1809, se distinguieron por reflejar también las características económicas y sociales de la época, un incipiente derecho industrial que plantea el reconocimiento y la protección de la empresa (artículos 632 y 633 del Code de Commerce); la tendencia individualista, contraria a las asociaciones (ley Chappellier), que estableció como principio la igualdad de las partes en el contrato, y en consecuencia, su igual protección por la ley." ⁵²

⁵² Barrera Graf, Jorge. "La Ley de Protección al Consumidor", Revista Jurídica, N.º 8, México 1976 p. 180

Esta tendencia, protectora de la unidad industrial, también se manifestó en Inglaterra con el nacimiento y el desarrollo del liberalismo económico y la revolución industrial.

La actitud liberal, dio lugar a irritantes abusos, tanto en las relaciones laborales, como en las de derecho civil y mercantil, respecto a los consumidores; sector económico ignorado por un sistema legal que protegía al productor y al intermediario. La libertad económica se manifestó en la obtención de ganancias en detrimento de los intereses económicos y del bienestar de los consumidores.

La protección jurídica de los consumidores data de fines del siglo pasado, a virtud de la intervención benéfica de la jurisprudencia- inglesa, norteamericana y francesa, principalmente.

La economía contemporánea de consumo ha acrecentado la necesidad de proteger a dicho sector económico contra el cual se vuelcan las ofertas de las empresas que producen en masa, y que se valen de convincentes medios publicitarios de venta y distribución, para lanzar al mercado nuevos productos.

El consumismo afecta al último eslabón de la cadena de producción - el consumidor- no sólo porque impone la adquisición de artículos superfluos o innecesarios, sino porque su gran variedad y volumen, el alto costo y los defectos o vicios ocultos que a menudo pueden presentar los artículos en el mercado y la propaganda insidiosa con la que se logra la asimilación, son factores que atentan y afectan al público consumidor.

Se trata de una nueva etapa del capitalismo, que desde que surgió y a medida que avanza va planteando nuevas formas de protección jurídica,

acompañada de un intervencionismo estatal; esto es propio y característico de los países de capitalismo avanzado: Estados Unidos de América, Inglaterra, Alemania, Francia. En cambio son ajenos a los países de economía planificada o socialista que se caracterizan por un rígido control de mercado y por el monopolio del comercio y de la industria por el Poder Público, y una estricta disciplina de los consumidores, a base de ofrecerles los satisfactorios esenciales, a precios reducidos y uniformes y de baja calidad.

En países en vías de desarrollo, como el nuestro, las grandes empresas nacionales y transnacionales, no sólo son protegidas contra la libre competencia, y la libre concurrencia de mercancías, sino inclusive, un franco abstencionismo sobre el control efectivo de calidad y precios del producto

2. PROTECCIÓN AL CONSUMIDOR

EL MOVIMIENTO MUNDIAL DE PROTECCIÓN AL CONSUMIDOR

La economía contemporánea, ha generado el fenómeno llamado "consumismo", que consiste en el consumo acelerado de bienes y servicios. Esto ha producido el movimiento y esfuerzo de los consumidores para contrarrestar los factores nocivos del consumismo. Como ya se ha comentado en el punto que antecede el consumismo como fenómeno privado se dió especialmente en países capitalistas desarrollados.

"A continuación consignamos los principales países, con los organismos que han surgido en ellos: ³³

a) Bélgica Consejo de Consumo (acuerdo en 1964, ley en 1971)

³³ Arce Gargollo, Javier. Op. Cit. p. 35

b) Canadá. Órgano a nivel ministerial, para elaborar leyes y reglamentos sobre el consumidor.

c) Estados Unidos. Hay una gran diversidad de leyes y organismos privados, así como oficinas públicas. Hay leyes sobre: alimentos, cosméticos, medicamentos, sustancias peligrosas, empaquetados y etiquetado, textiles inflamables. Existen también la Ley de la Comisión Federal de Comercio y otras.

Hay varias agencias gubernamentales que protegen al público consumidor: Interstate Commerce Commission, Federal Power Commission, Federal Trade Commission, y otras. La primera comisión se creó en 1887, y ha incrementado su poder con los años; la segunda es de 1914 y otras más se crearon posteriormente. Como organización privada, la mayor del mundo es la Unión de Consumidores de E.U., que publica su propia revista (se inicia en 1936).

d) Francia. Tuvo algunos movimientos en el siglo XIX: cooperativas de consumo, la Federación de Cooperativas de Consumo, y otras organizaciones. En 1951 surge la Unión Federal de Consumo; en 1966, el Instituto Nacional de Consumo, como organismo público dependiente del Ministerio de Economía y Finanzas. Tiene una ley de 1973.

e) Gran Bretaña. Después de la Segunda Guerra Mundial tiene una asociación de consumidores independientes. En 1957 nace la Asociación Británica de Consumidores; en 1973, el Decreto de Prácticas Comerciales Justas; en 1974 se establece el Departamento de Precios y Protección al Consumidor. Hay una legislación abrumante sobre Protección al Consumidor.

f) Suecia. Hay organizaciones de 1899, como cooperativas de consumo. En 1940 surge la Oficina de Información de Consumidores, en 1961, el Comité del Consumidor. Hay muchos organismos más, así como una ley de 1973.

g) Noruega. Hay un Ministerio de Asuntos del Consumo (acuerdo en 1971).

h) Suiza. Hay organizaciones de consumidores y una política para educar al consumidor. Hay además, dos oficinas del gobierno sobre esta materia.

i) Países en vías de desarrollo. Por ejemplo Puerto Rico, con un Departamento de Asuntos del Consumidor, una ley y un tribunal de Reclamaciones; Venezuela, con una Ley de Protección al Consumidor de 1974, y un órgano administrativo sobre la materia

j) Internacionalmente. Se han creado importantes organismos, como la Unión Internacional de Organización de Consumidores, con sede en La Haya, Holanda. Existe la Carta de Protección a los Consumidores del Mercado Común Europeo, de 1973, y preocupación de la Organización de Naciones Unidas (ONU) a través de organismos como la FAO (alimentos) y la UNESCO (educación).*

Podemos decir que los movimientos de protección al consumidor han aparecido y cobrado fuerza en países de economía capitalista y desarrollados, como un movimiento privado que después organiza el gobierno con órganos públicos, leyes y tribunales. En países en vías de desarrollo el fenómeno es inverso, nace como ley y como órgano del Estado, antes que movimiento privado de los propios consumidores. Al respecto se considera

más eficaz el movimiento que se inicia por parte de los consumidores que el que nace desde arriba creado por el Estado.

3. TENDENCIAS ACTUALES DEL DERECHO MERCANTIL

"El derecho mercantil moderno tiende a configurarse como el derecho de la economía. Internacionalmente hay una tendencia a la unificación de las normas (ejemplo: compraventas internacionales); internamente, nuevas leyes que actualizan y complementan viejos Códigos de Comercio (México, España, Francia) abarcan nuevas materias mercantiles. A las ideas liberales e individualistas que marcaron el derecho mercantil (libertad de comercio, libertad profesional y libertad de contratación) se ha sumado una mayor participación del Estado en la economía y un nuevo sentido social en muchas de sus instituciones (sociedades, bancos, contratos)."⁵⁴

En México, encontramos las manifestaciones de esta tendencia en estos fenómenos:

a) La Ley Federal del Trabajo regula áreas que antes eran privativas del derecho mercantil: los agentes son trabajadores, no comerciantes; relación de trabajo y protección a la parte débil; participación de los trabajadores en las utilidades de las empresas.

b) Hay nuevas leyes de orden público e interés social que regulan materias del derecho mercantil: La Ley de Inversiones Extranjeras (1973); La Ley sobre el Registro de Transferencia de Tecnología (1974); la Ley de Protección al Consumidor (1992) ; la Ley de Sociedades de Inversión; la Ley Sobre el Mercado de Valores.

⁵⁴ Castán Toberías, José, Cit. Pos. Javier Arce Gargollo, Contratos Mercantiles Atípicos, p. 36

c) La organización del Estado Federal (Ley Orgánica de la Administración Pública Federal y Ley de Paraestatales), contempla una serie de organismos y entidades, clasificados dentro de la administración pública paraestatal, que tienen funciones que antes desarrollaban los particulares; ejemplo: empresas de participación estatal, fideicomisos públicos, organismos descentralizados.

Estas actividades no son las propias del Gobierno.

4. LEY FEDERAL DE PROTECCIÓN AL CONSUMIDOR

A) UBICACIÓN EN NUESTRO DERECHO

La actual Ley Federal de Protección al Consumidor se publicó en el Diario Oficial de la Federación el día 24 de diciembre de 1992, y modificada mediante decreto publicado el 21 de julio de 1993. Asimismo el 24 de agosto de 1994, se publicó el Estatuto Orgánico de la Procuraduría Federal del Consumidor: conforme a las disposiciones de este estatuto se le dan atribuciones a la Dirección General de Arbitraje y Resoluciones para emitir los lineamientos para el uso de medidas de apremio y para la imposición, notificación y ejecución de sanciones, en los procedimientos de infracción a la ley, para conocer y resolver los procedimientos arbitrales y para imponer sanciones por incumplimiento a los laudos arbitrales, según lo que establece el artículo 128 de la ley.

"La Ley Federal de Protección al Consumidor es una ley de naturaleza mercantil, regula relaciones entre particulares, contiene normas de derecho privado y mercantiles, porque las relaciones son entre productores y consumidores." ³⁵ No se puede considerar como una rama autónoma del

³⁵ Barrera Graf. Jorge. Cit. Pos. Javier Arce Gargollo, Contratos Mercantiles Atípicos, p. 37

derecho, sino como parte del derecho mercantil y participa también de ciertas características que son propias del derecho administrativo.

"Sánchez Cordero Dávila, la ubica como una parte del llamado "derecho del mercado". Este comprende normas aplicables al ejercicio de la actividad comercial en el mercado a través de reglas concurrentes al establecimiento de empresas, a la comercialización, a la concurrencia y a la protección al consumidor."³⁴

Como parte del derecho mercantil, la ley de Protección al Consumidor esta dictada como ley Federal (aplicable a toda la República) con fundamento en el artículo 73, fracción X, de la Constitución. Esta norma primaria faculta al Congreso de la Unión a legislar sobre comercio; las relaciones que regulan a proveedores y consumidores son comerciales.

Las normas de la Ley Federal de Protección al Consumidor, conforme a su artículo primero son de "orden público e interés social" e "irrenunciables" por los consumidores, ésta es una característica que la hace distinta a otras leyes mercantiles.

Además de la regulación de relaciones entre particulares la Ley Federal de Protección al Consumidor, contiene normas que crea y organiza el órgano administrativo denominado **Procuraduría Federal del Consumidor**; normas que determinan la situación jurídica del personal de dicho órgano, es decir relaciones de trabajo, disposiciones sobre inspección y vigilancia y recursos administrativos, para relaciones entre los particulares y los organismos públicos competentes en materia de protección al consumidor. Toda esta normativa son disposiciones propias del derecho administrativo, por la naturaleza de las relaciones jurídicas a que se refieren.

³⁴ Sánchez-Cordero Dávila. Cit. Pog. Javier Arce Gargollo, Contratos Mercantiles Atípicos p. 38

Ahora bien, la **Procuraduría Federal del Consumidor**, es un organismo descentralizado de servicio social con personalidad jurídica y patrimonio propio, tiene funciones de autoridad administrativa y está encargada de promover y proteger los derechos e intereses del consumidor y procurar la equidad y seguridad jurídica en las relaciones entre proveedores y consumidores (artículo 20 de la Ley Federal de Protección al Consumidor). Esto es, participa de la administración paraestatal de acuerdo con la Ley, Orgánica de la Administración Pública Federal y tiene personalidad propia distinta del Estado. Se le otorgan a la Procuraduría facultades de "autoridad administrativa", característica que no es propia de los organismos descentralizados.

Su principal función de la Procuraduría, se resume en la protección de los derechos del consumidor; Aquí es órgano de defensa del consumidor, y por lo cual practicara un procedimiento conciliatorio o bien un procedimiento arbitral, según sea determinado por las partes.

B) ESTRUCTURA DE LA LEY FEDERAL DE PROTECCIÓN AL CONSUMIDOR

La Ley Federal de Protección al Consumidor comprende 143 artículos, divididos en 15 capítulos como a continuación se señalan:

- | | |
|---------------|---------------------------------|
| Capítulo I | Disposiciones Generales. |
| Capítulo II. | De las autoridades. |
| Capítulo III. | De la información y publicidad. |
| Capítulo IV. | De las promociones y ofertas. |
| Capítulo V | De las ventas a domicilio. |
| Capítulo VI | De los servicios. |

- Capítulo VII. De las operaciones a crédito.
- Capítulo VIII. De las operaciones con inmuebles.
- Capítulo IX. De las garantías.
- Capítulo X. De los contratos de adhesión.
- Capítulo XI. Del incumplimiento.
- Capítulo XII. De la vigilancia y verificación.
- Capítulo XIII. Procedimientos.
 - Sección primera. Disposiciones comunes
 - Sección segunda. Procedimiento conciliatorio
 - Sección tercera. Procedimiento Arbitral.
 - Sección Cuarta. Procedimiento por infracciones a la ley.
- Capítulo XIV. Sanciones.
- Capítulo XV. Recursos administrativos.

Con lo anterior, podemos explicarnos que el objeto de crear una nueva Ley Federal de Protección al Consumidor, esta enfocada a corregir los serios defectos de carácter jurídico o de omisiones que se presentaban, por lo que considero que la actual ley se encuentra más acorde con las relaciones comerciales que de dan en nuestros días.

Ahora bien, otro punto importante es que mediante decreto publicado en el Diario Oficial de la Federación, el 21 de julio de 1993 se modificaron y derogaron diversas disposiciones del Código de Procedimientos Civiles, del Código Civil para el Distrito Federal y de la Ley Federal de Protección al Consumidor, en materia de arrendamiento de fincas urbanas destinadas a casa habitación.

Con dichas reformas, el arrendatario y el arrendador, dejaron de ser considerados por la Ley Federal de Protección al Consumidor como consumidor y proveedor, respectivamente, por lo que la Procuraduría Federal

del Consumidor dejó de tener competencia para intervenir en las controversias que se suscitaban en dicha materia.

Sin embargo, el día 23 de septiembre de 1993, se publicó en el Diario Oficial de la Federación, un decreto que modificaba los artículos transitorios del 21 de julio de 1993, el cual es del tenor siguiente:

"...PRIMERO.- Las disposiciones contenidas en el presente decreto entrarán en vigor el 19 de octubre de 1993, salvo lo dispuesto por los transitorios siguientes:

SEGUNDO.- Las disposiciones del presente decreto se aplicarán a partir del 19 de octubre de 1993, únicamente cuando se trate de inmuebles que:

I.- No se encuentren arrendados al 19 de octubre de 1993.

II.- Se encuentren arrendados al 19 de octubre de 1993, siempre que sean para uso distinto del habitacional, o

III.- Su construcción sea nueva, siempre que el aviso de terminación sea posterior al 19 de octubre de 1993.

TERCERO.- Los juicios y procedimientos judiciales y administrativos actualmente en trámite, así como los que se inicien antes del 19 de octubre de 1993, derivados de contratos de arrendamiento de inmuebles para habitación y sus prórrogas que no se encuentren en los supuestos establecidos en el transitorio anterior, se regirán hasta su conclusión por las disposiciones del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal y de la Ley Federal de Protección al Consumidor vigentes con anterioridad al 19 de octubre de 1993..."

Estas disposiciones tienen vigencia desde el 19 de octubre de 1993.

De lo anterior se desprende que el régimen legal vigente para los contratos de arrendamiento de inmuebles destinados a casa habitación presenta dos diferentes modalidades:

1.- Los inmuebles de construcción nueva o que no estuvieren arrendados para casa habitación al 19 de octubre de 1993 se sujetan a las nuevas disposiciones y por lo mismo escapan del ámbito competencial de la Procuraduría Federal del Consumidor.

2.- Tratándose de inmuebles que al 19 de octubre de 1993, se encontraban arrendados, la legislación aplicable continúa siendo la vigente con anterioridad a esa fecha, por lo que las controversias respecto de dichos inmuebles se regirán por los antiguos procedimientos que establecían el Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal y la Ley federal de Protección al Consumidor hasta el 19 de octubre de 1998, es decir, respecto a estos inmuebles se prórroga por cinco años la vigencia de las anteriores disposiciones.

Esto significa que la Procuraduría Federal del consumidor aún tiene facultades para intervenir en las controversias en materia de arrendamiento de fincas urbanas destinadas a casa habitación en el Distrito Federal que se encuentran en el último de los supuestos señalados.

Por lo que hace al Instituto Nacional del Consumidor, en la actual ley desaparece, por lo tanto su patrimonio así como sus atribuciones pasan a formar parte de la Procuraduría Federal del Consumidor.

Los puntos que he señalado con anterioridad, eran el blanco de críticas de la antigua ley de 1975, y por lo tanto se daban incongruencias y contradicciones con otras normas del sistema civil y mercantil existente.

Hay como particularidad en esta ley, una clara distinción entre dos órdenes de normas: las que regulan las relaciones mercantiles entre proveedores y consumidores, y las que establecen como excepción al derecho mercantil, que la aplicación de esta ley se encomienda a un órgano administrativo, dependiente del Poder Ejecutivo y no a órganos judiciales, como tradicionalmente se aplica el derecho mercantil.

La Ley Federal de Protección al Consumidor, señala claramente las dos partes y la relación jurídica que regula entre los consumidores y proveedores con en la Ley Federal del Trabajo, la parte débil es el trabajador, aquí lo es el consumidor; la parte fuerte es el patrón y aquí lo es el proveedor. Es como su nombre lo indica una ley protectora de la población consumidora.

En su artículo segundo se establece que se entiende por consumidor y proveedor:

I. **Consumidor:** La persona física o moral que adquiere, realiza o disfruta como destinatario final bienes, productos o servicios. No es consumidor quien adquiere, almacene, utilice o consuma bienes o servicios con objeto de integrarlos en procesos de producción, transformación, comercialización o prestación de servicios a terceros.

II.- **Proveedor:** La persona física o moral que habitual o periódicamente ofrece, distribuye, vende, arrenda o concede el uso o disfrute de bienes, productos y servicios.

Como podemos distinguir en esta ley la definición de consumidor, sólo hace referencia al consumidor final, ya que en la anterior ley se incluían a los intermediarios por lo que era objeto de críticas por parte de diversos autores como Sánchez-Cordero Dávila, en donde el refiere "que lo que se intenta proteger es la persona privada que se procura un bien o servicio para su uso personal."⁵⁷

Por su parte Barrera Graf, la criticaba porque "era una fórmula tan amplia y general que abarcaba muchas operaciones, no determina el carácter de las personas y era omisa respecto del destino de los bienes."⁵⁸

C) REGULACIONES ESPECIFICAS

De las materias que regula la Ley Federal de Protección al Consumidor destacaremos como las más importantes las siguientes:

a) RELACIONADAS CON LA INFORMACIÓN Y PUBLICIDAD.

I. La información o publicidad relativa a bienes o servicios que se difundan por cualquier medio de forma, deberán ser veraces, comprobables y exentos de textos, diálogos, sonidos, imágenes y otras descripciones que induzcan o puedan inducir a error o confusión, por su inexactitud.

II. Se establecen normas específicas sobre lo que debe contener la publicidad (artículo 33), la forma de expresión ejemplo: idioma español (artículo 34).

⁵⁷ *Idem*, p. 39

⁵⁸ Barrera Graf, Jorge, *Op. Cit.* p. 198

III. Se establece la suspensión de publicidad que viole la ley (artículo 35), el pago de daños y perjuicios (artículo 37).

IV. Advertir si el producto es usado o reconstruido (artículo 39). Sobre las leyendas "garantizado", "Garantía", solo podrán emplearse cuando se indiquen en que consisten y las formas en que el consumidor puede hacerlas valer (artículo 40).

V. En productos peligrosos se requiere anexar instructivo y se establece responsabilidad al proveedor (artículo 41).

b) DE LAS PROMOCIONES Y OFERTAS.

I. Se regulan también las promociones y ofertas y se definen dichos términos (artículo 46).

II. No se necesitará autorización para llevar a cabo promociones, excepto cuando así lo dispongan las normas oficiales mexicanas (artículo 47).

III. En los anuncios respectivos deberán indicarse los plazos de duración, todo consumidor que reúna los requisitos tendrá derecho a la adquisición (artículo 48).

c) DE LAS VENTAS A DOMICILIO, MEDIATAS O INDIRECTAS

I. Por venta a domicilio mediata o indirecta se entiende la que se proponga o lleve a cabo fuera del local o establecimiento del proveedor, incluidos el arrendamiento de bienes muebles y la prestación de servicios. Lo dispuesto en este capítulo no es aplicable a la compraventa de bienes perecederos recibidos por el consumidor y pagados de contado.

II. Como particularidades ofrece que los proveedores realicen las ventas por medios en los cuales sea imposible la entrega de los documentos al celebrarse la transacción, tales como teléfono, televisión, servicios de correo o mensajería u otros (artículo 53), el contrato se perfecciona a los cinco días hábiles contados a partir de la entrega del bien o de la firma del contrato, hay derecho de revocar su consentimiento (artículo 56).

d) DE LOS SERVICIOS

I. En todo establecimiento de prestación de servicios deberá exhibirse a la vista del público la tarifa (artículo 57); los proveedores de bienes y servicios no podrán establecer preferencias o discriminación.

II. Se establece la prestación del servicio de tiempo compartido, que consiste en poner a disposición de una persona o grupo de personas el uso, goce y demás derechos que se convengan sobre un bien o parte del mismo, en una unidad variable dentro de una clase determinada, por periodos previamente convenidos, mediante el pago de alguna cantidad, en el caso de inmuebles se transmite el dominio de estos (artículo 64), la venta o preventa deberá notificarse a la Secretaría de Comercio y Fomento Industrial (artículo 65).

e) DE LAS OPERACIONES A CRÉDITO. Este capítulo reglamenta únicamente el interés y las compraventas a plazos, las reglas principales son:

I. Debe informarse sobre el precio de contado del bien o servicio, el monto y detalle de cualquier cargo si lo hubiere, el número de pagos a realizar, el derecho que tiene a liquidar anticipadamente. Los intereses, incluidos los moratorios, se calcularán conforme a una tasa de interés fija o variable (artículo 66).

II. Los intereses se calcularán sobre el precio de contado menos el enganche que se hubiere pagado (artículo 67). Únicamente se podrán capitalizar intereses cuando exista acuerdo previo de las partes (artículo 68), los intereses se causarán sobre saldos insolutos del crédito (artículo 69).

III. En caso de compraventa a plazo en muebles o inmuebles, si se rescinden, el vendedor que hubiere entregado la cosa podrá cobrar renta por el uso, y el comprador interés por parte del precio que se haya pagado (artículo 70).

f) DE LAS OPERACIONES CON INMUEBLES

I. Los actos relacionados con inmuebles sólo estarán sujetos a esta ley, cuando los proveedores sean fraccionadores o constructores de viviendas destinadas a casa habitación para venta al público o cuando otorguen al consumidor el derecho de usar inmuebles mediante el sistema de tiempo compartido (artículo 73)*

II. La entrega física o real del bien debe efectuarse en el plazo pactado con el consumidor (artículo 74).

III. Los proveedores no podrán recibir pago alguno hasta que conste por escrito la relación contractual, excepto el relativo a gastos de investigación (artículo 75).

IV. La Procuraduría podrá promover ante la autoridad judicial, cuando vea amenazado el interés jurídico de los consumidores, el aseguramiento de los bienes a que se refiere este capítulo, en aquellas operaciones que considere de difícil o imposible cumplimiento, mientras subsista la causa de la acción (artículo 76).

G) DE LAS GARANTÍAS

I. La póliza de garantía deberá expedirse por el proveedor por escrito de manera clara y precisa se debe determinar su alcance, duración, condiciones para hacerlos valer, domicilio para reclamaciones y establecimientos o talleres de servicio (artículo 78).

II. El cumplimiento de las garantías es exigible indistintamente al productor y al importador del bien o servicio, así como al distribuidor (artículo 79).

III. Cuando el producto haya sido reparado o sometido a mantenimiento y presente deficiencias, dentro de los treinta días naturales posteriores a la entrega del producto al consumidor, este tendrá derecho a que sea reparado sin costo alguno (artículo 81).

IV. El consumidor puede optar por la rescisión o la reducción del precio, cuando el producto presente defectos o vicios ocultos, cuando opte el consumidor por la rescisión el proveedor tiene la obligación de reintegrar el precio pagado (artículo 82).

V. Cuando el consumidor acuda a la Procuraduría para hacer valer sus derechos fuera del plazo establecido por la garantía deberá acreditar que compareció ante el proveedor dentro de dicho plazo (artículo 84).

h) DE LOS CONTRATOS DE ADHESIÓN

I. Se entiende por contrato de adhesión el documento elaborado unilateralmente por el proveedor, para establecer en formatos uniformes los términos y condiciones aplicables a la adquisición de un producto o la

prestación de un servicio aún cuando dicho documento no contenga todas las cláusulas ordinarias de un contrato. Todo contrato de adhesión celebrado en territorio nacional, para su validez deberá estar escrito en idioma español y sus caracteres tendrán que ser legibles a simple vista (artículo 85).

II. La Secretaría de Comercio y Fomento Industrial podrá sujetar contratos de adhesión a registro previo ante la Procuraduría Federal del Consumidor cuando impliquen o puedan implicar prestaciones desproporcionadas a cargo de los consumidores (artículo 86).

III. Cuando el contrato de adhesión requiera de registro la Procuraduría emitirá su resolución dentro de los treinta días siguientes de presentada la solicitud de registro, transcurrido el plazo no se emite resolución se entenderán aprobados y será obligación de la procuraduría registrarlos (artículo 87).

IV. No serán válidas y se tendrán por no puestas las siguientes cláusulas:

- Permitan al proveedor modificar unilateralmente el contenido del contrato.
- Liberen al proveedor de su responsabilidad civil.
- Trasladen al consumidor o aun tercero que no sea parte del contrato la responsabilidad civil del proveedor.
- Prevengan términos de prescripción inferiores a los legales.
- Obligen al consumidor a renunciar a la protección de la Ley Federal de Protección al Consumidor o lo sometan a la competencia de tribunales extranjeros.

1) DEL INCUMPLIMIENTO

I. La regulación comprende: devolución de precio por pago en exceso, sino es devuelta la cantidad en el término de 5 días hábiles siguientes a la reclamación además de la sanción que corresponda se pagarán intereses. la acción prescribe en un año a partir de la fecha en que tuvo lugar el pago (artículo 91).

II. Derecho a reposición, bonificación o devolución de precio por falta de calidad, cantidad o cuando el bien reparado no queda en estado adecuado (artículo 92). El proveedor deberá satisfacer la reclamación en un plazo que no excederá de 15 días contados a partir de dicha reclamación (artículo 93).

J) DE LA VIGILANCIA Y VERIFICACIÓN

I. La Procuraduría Federal del Consumidor, cuando no corresponda a otra dependencia practicará la vigilancia y verificación necesaria en los lugares donde se administren, almacenen, transporten, distribuyan o expendan productos o mercancías o en los que presten servicios (artículo 96).

II. La Procuraduría actuará de oficio o a petición de parte (artículo 97).

Las reclamaciones presentadas ante la Procuraduría Federal del Consumidor se sustanciarán a través de dos procedimientos: *Conciliatorio* y *Arbitral*.

PROCEDIMIENTO CONCILIATORIO

La Procuraduría Federal del Consumidor señalará día y hora para la celebración de una audiencia de conciliación en la que se procurará avenir a

las partes. la conciliación podrá celebrarse vía telefónica o por otro medio idóneo, pero se confirmarán por escrito los compromisos adquiridos.

En caso de que el proveedor no se presente a la audiencia o no rinda informe relacionado con los hechos se le impondrá medida de apremio y se citará a una segunda audiencia, en un plazo no mayor de 10 días, en caso de no asistir a ésta se le impondrá una nueva medida de apremio y se tendrá por presuntamente cierto lo manifestado por el reclamante.

Si por el contrario el reclamante no asiste a la audiencia de conciliación y no se presenta dentro de los siguientes 10 días sin justificación fehaciente, se le tendrá por desistido de la reclamación y no podrá presentar otra ante la Procuraduría por los mismos hechos.

El conciliador expondrá en resumen los elementos comunes y los puntos controvertidos y los exhortará para llegar a un arreglo por lo que les presentará una o varias opciones de solución

El conciliador podrá en todo momento requerir a las partes los elementos de convicción, las partes podrán aportar pruebas que estimen necesarias.

El conciliador podrá suspender cuando lo estime pertinente o a instancia de ambas partes, la audiencia de conciliación hasta en dos ocasiones. El conciliador señalará día y hora para su reanudación dentro de los quince días siguientes. De toda audiencia se levantará el acta respectiva.

Los acuerdos de trámite que emita el conciliador no admitirán recurso alguno.

Los convenios celebrados por las partes serán aprobados por la Procuraduría cuando no vayan en contra de la ley, el acuerdo que los apruebe no admitirá recurso alguno.

En caso de no haber conciliación el conciliador exhortará a las partes para que designen como arbitro a la Procuraduría, o algún arbitro oficialmente reconocido o designado por las partes para solucionar el conflicto.

Si no se acepta el arbitraje se dejarán a salvo los derechos de ambas partes.

PROCEDIMIENTO ARBITRAL

La Procuraduría Federal de Consumidor podrá actuar como árbitro cuando los interesados así la designen y sin necesidad de reclamación o procedimiento conciliatorio previo.

La designación del árbitro se hará constar mediante acta ante la Procuraduría, en la que se señalarán claramente los puntos esenciales de la controversia y si el arbitraje es en estricto derecho o en amigable composición.

En la amigable composición se fijarán las cuestiones que deberán ser objeto del arbitraje y el arbitro tendrá libertad para resolver en conciencia y a buena fe guardada, sin sujeción a las reglas legales, pero observando las formalidades esenciales del procedimiento. No habrá términos ni incidentes.

El juicio arbitral de estricto derecho las partes formularán compromiso en el que fijarán las del procedimiento que convencionalmente establezcan, aplicando supletoriamente el Código de Comercio y a falta de disposición, el ordenamiento procesal civil aplicable.

El laudo arbitral emitido por la Procuraduría o por el árbitro designado por las partes deberá cumplimentarse o, en su caso, iniciar su cumplimentación dentro de los quince días siguientes a la fecha de su notificación salvo pacto en contrario.

La Secretaría de Comercio y Fomento Industrial llevará una lista de árbitros independientes, oficialmente reconocidos para actuar como tales. Dichos árbitros podrán actuar por designación de las partes o designación de la Procuraduría, a petición del proveedor y del consumidor.

Las resoluciones que se dicten durante el procedimiento arbitral admitirán como único recurso el de revocación, que deberá resolverse por el árbitro designado en un plazo no mayor de 48 horas. El laudo arbitral sólo estará sujeto a aclaración dentro de los dos días siguientes a la fecha de su notificación.

C A P I T U L O I V

CONTRATOS ATÍPICOS

1. CONCEPTO.

Este contrato ha sido designado de muy diversos modos por la doctrina; Hay quien habla de "contratos innominados" o de "contrato sui generis". Pero el término que parece prevalecer es el de "contratos atípicos".

Pareciera que la cuestión terminológica no es de trascendencia, pero en realidad envuelve una cuestión de fondo.

Dejando a un lado la nomenclatura de contratos sui generis por su inexpressividad y poco rigor científico, sólo quedan como hábiles las otras dos.

Contrato innominado equivale a contrato que no tiene un nombre en el sistema legal, lo cual depende a su vez por regla general, del hecho de no tener una particular disciplina. Ahora bien esto último es lo esencial del concepto. Porque tener un nombre no basta por sí sólo para convertir en legalmente típico a un determinado negocio.

Por otro lado es posible que contratos sin nombre tengan una particular disciplina y que, por tanto, a pesar de ser innominados, sean típicos. Tal sucedía con los contratos innominados del Derecho romano. Estos suponían cierta normatividad -estaban regulados por el ordenamiento jurídico- y sólo podrían realizarse dentro de ciertos moldes, todos ellos reales, es decir,

dependientes del hecho de que una de las partes se adelantara y cumpliera su prestación.

Concluyendo, el tener un nombre no basta por sí sólo y no tenerlo es insuficiente para saber si estamos o no ante una de las figuras que nos ocupan, es mejor hablar de contrato típico y atípicos, pues lo decisivo es tener o no una disciplina particular.

En nuestra legislación se reconoce la libertad contractual que supone la posibilidad de celebrar contratos, ya sea que estén estructurados y regulados por el ordenamiento legal, o que sean contratos en los que las partes determinan libremente su contenido. Por lo tanto podemos hablar de contratos típicos y atípicos.

"Son contratos típicos aquellos para los cuales existe en la ley una disciplina normativa" ⁵⁹, la regulación del contrato típico supone a nuestro entender, la reglamentación en cuanto a sus características y contenido obligacional, la regulación del contenido del contrato hace referencia a la existencia de normas respecto a los efectos del contrato entre las partes contratantes.

Los contratos atípicos como concepto negativo de los típicos "Son aquellos cuyo contenido no tiene regulación o disciplina en la legislación." ⁶⁰

Sin embargo algunos de estos contratos, sin dejar de ser atípicos, pueden tener una denominación otorgada por la ley (nominados) o por la doctrina. Sobre estos contratos pueden aparecer también algunos usos o

⁵⁹ Díez Picazo, Luis, "Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial", tomo I, Tecnos Madrid, 1979, p. 252

⁶⁰ Messineo Francesco, Cit. Pos. Javier Arce Gargollo, Contratos Mercantiles Atípicos, p. 46-47

normas de la costumbre y criterios de la jurisprudencia que los caractericen o reconozcan (tipicidad social).

Como se ha dicho con anterioridad, al aplicar la distinción entre nominados y típicos, podemos encontrar contratos que son atípicos, por no estar regulados por la ley positiva y que sin embargo, están nombrados por alguna ley. Por tanto de acuerdo con estas ideas dichos contratos son atípicos y nominados.

En nuestro derecho tenemos como ejemplos el contrato estimatorio (Ley de Quiebras y Suspensión de Pagos artículo 159 fracción VI); los contratos de agencia, corretaje o mediación y distribución (Ley de Impuesto Sobre la Renta artículo 115 B-III y Ley del Impuesto al Valor Agregado artículo 14 fracción IV); y el de tiempo compartido (ley Federal de Protección al Consumidor artículo 73).

Un caso extraño de un contrato típico sin nombre -innominado- encontramos el previsto en el artículo 2538 del Código Civil, se califica el mismo como depósito necesario, en el que corresponde el carácter de depositarios forzosos a los hospederos, hoteleros, etcétera.

"En su legislación positiva, el derecho comparado nos muestra también ejemplos de la relatividad del concepto de tipicidad contractual. En nuestro derecho está regulado con escasas normas - el contrato de hospedaje que no lo está en otras legislaciones; por ejemplo, en la española. El código civil italiano reglamenta los contratos estimatorio (artículos 1556 a 1558), de suministro (artículos 1559 a 1570); agencia (artículos 1742 a 1753) y mediación (artículos 1764 a 1765), que en nuestro derecho tienen el carácter de atípicos." ⁶¹

⁶¹ Arce Gargollo, Javier. Op. Cit. p. 47

2. EVOLUCIÓN

El fundamento económico y pragmático del nacimiento de los contratos atípicos, sustentado en la libertad contractual, coincide con la necesidad de adaptar los contratos a fines empíricos y a las necesidades reales de las partes contratantes. En el derecho romano (donde ya se plantea la existencia de los contratos llamados innominados) gran parte de la instituciones jurídicas se producen por deformación o adaptación de algunas figuras jurídicas a las soluciones prácticas que reclamaban las necesidades socioeconómicas. "Los romanos utilizaban un negocio jurídico para fines distintos de los que habían inspirado la institución" .⁶² La prenda y la hipoteca nacieron de la venta ficticia con pacto de retroventa - fidacia cum creditore-, por lo que el acreedor se obligaba a vender nuevamente al deudor el objeto con que se garantizaba el adeudo que constituía el precio de la compraventa.

En la etapa clásica existían contratos que se designaban con un vocablo específico y a los cuales correspondía una acción procesal que generalmente recibía el mismo nombre del contrato: estos contratos con nombre son los nominados.

En su evolución, los *contractus incerti* o *negotia nova* llegaron a tener efectos reconocidos, por medio de una acción procesal única, a pesar de que no tuvieron un nombre específico; de ahí su categoría de innominados, por oposición a los nominados. Estos contratos romanos que aparecieron hasta el período postclásico, eran siempre bilaterales y su causa era una obligación de dar o hacer, origen de la conocida clasificación: *do ut des*, *do ut facias*, *facio ut des* y *facio ut facias*.

⁶² Floris Margadant, Guillermo. Cit. Pos. Javier Arce Gargollo, Contratos Mercantiles Atípicos p. 48

Las costumbres mercantiles de la Edad Media en Europa tuvieron una intervención importante en la aceptación y reconocimiento de las convenciones y contratos mercantiles que, como actos jurídicos, no tenían la exigencia formal de los contratos civiles, más sujetos a moldes y tipos establecidos.

En el derecho actual, los contratos atípicos están plenamente aceptados; no cabe duda de que a medida que la civilización avanza son más importantes, hoy se presentan a cada paso nuevos tipos de contratos que, si no tienen reglamentación específica, son de frecuente aplicación.

"Hoy día, los conceptos de atipicidad y tipicidad amplían notablemente su campo de aplicación; así se habla de negocios típicos y atípicos y, por extensión, de cláusulas típicas y atípicas de los negocios jurídicos, según que ellas estén recogidas expresamente dentro del esquema legal del contrato respectivo, o bien, que las partes establezcan su contenido en ausencia de disposiciones legales."⁶³

3. TIPICIDAD SOCIAL

El concepto de tipicidad social frente al de tipicidad legislativa, se debe a Betti y ha sido recogido y adoptado por gran parte de la doctrina que aborda esta temática. En palabras de este autor, "la tipicidad legislativa es la característica de los negocio y contratos que gozan de una peculiar disciplina legal. La tipicidad social tiene como nota característica que cumple, como siempre, la función de limitar y dirigir la autonomía privada pero que actúa mediante una remisión a las valoraciones de la conciencia social relativa a las manifestaciones de la autonomía privada que, en la medida en que el

⁶³ Barrera Graf, Jorge. "Las sociedades en derecho mexicano", UNAM, México 1983. p. 123

ordenamiento jurídico estima que responden a una función socialmente útil, son acogidas y tuteladas por él." ⁴⁴

"Existen contratos que pueden ser legislativamente atípicos pero que atienden a nuevas necesidades ya socialmente tipificadas y, por lo tanto participan de la llamada tipicidad social. Su continuada celebración en la vida diaria, el reconocimiento de estos contratos en los tribunales y en la jurisprudencia y, finalmente, el estudio de la doctrina, han logrado plasmar las características básicas de estos contratos atípicos que adquieren la "tipicidad social". Estas figuras contractuales, ya definidas en algunos de sus elementos y aspectos más sobresalientes (denominación, partes que intervienen, contenido obligacional, modalidades), pueden ofrecer soluciones prácticas al problema de la interpretación y, sobre todo, sirven para complementar aquellos aspectos en que las partes pudieron ser omisas." ⁴⁵

La tipicidad social, como conformación de figuras contractuales legislativamente atípicas, ofrece al intérprete de esta clase de negocios la posibilidad de acudir a otras fuentes de interpretación (usos, jurisprudencia, doctrina, derecho comparado) para buscar normas complementarias y criterios de solución. Este concepto de tipicidad social también puede aplicarse a las cláusulas negociales atípicas; es decir hay cláusulas atípicas, legislativamente consideradas, pero con tipicidad social. Señalamos como ejemplos a la comisión de garantía, la exclusividad en los contratos de comisión y la rescisión por devaluaciones monetarias.

4. PROBLEMÁTICA E INTERPRETACIÓN

⁴⁴ Betti, Emilio, Cit. Pos., Javier Arce Gargollo, Contratos Mercantiles Atípicos, p. 49

⁴⁵ Arce Gargollo, Javier, Op. Cit., p. 49

PROBLEMÁTICA

"Los contratos atípicos plantean dos problemas fundamentales. El primero consiste en dilucidar los límites dentro de los cuales el contrato es admisible y debe considerarse válido y eficaz, y dispone de la protección del ordenamiento jurídico (problema de admisibilidad y de validez). El segundo consiste en determinar, a falta de una normativa legal, cual es la disciplina a que tales contratos deben estar sometidos y, por consiguiente, puntualizar la manera como deben ser interpretados y como deben ser integrados sus lagunas o sus deficiencias (problemas de disciplina normativa)." ⁶⁶

La celebración de los contratos atípicos está plenamente reconocida en nuestro derecho, que admite la libertad contractual (artículo 1796, 1832, 1839 y 1850 del Código Civil). Sin embargo esta libertad contractual "...está subordinada a la exigencia de estar dirigidos a realizar intereses merecedores de tutela según el ordenamiento jurídico... están circunscritos a la observancia de la ley imperativa." ⁶⁷

El problema de admisibilidad y validez se debe plantear respecto a cada caso concreto de contrato atípico; y aplicar las normas generales sobre el contrato que contiene nuestra ley civil acerca de los elementos de existencia y validez (por ejemplo en el campo de la licitud del objeto). Este primer criterio de análisis coincide con la jerarquía de reglas aplicables a los atípicos que establece el artículo 1858 de nuestro Código Civil.

En el campo de la validez del contrato atípico debe pensarse también en la posibilidad de encontrar un contrato atípico válido que sin embargo, contenga una o varias disposiciones inválidas o que la ley considere como no

⁶⁶ Díez Picazo, Luis, *Cit. Pog. Javier Arce Gargollo, Contratos Mercantiles Atípicos*, p. 50

⁶⁷ Messineo, Francesco, *Cit. Pog. Javier Arce Gargollo, Contratos mercantiles Atípicos* p. 50

puestas para lo cual debe acudirse a las normas generales, leyes prohibitivas, de orden público, derechos irrenunciables, cláusula penal excesiva.

INTERPRETACIÓN

"La cuestión principal que plantean los contratos atípicos es determinar como deben interpretarse e integrarse en sus lagunas, los puntos en los que las partes fueron omisas. Al respecto la doctrina ha formulado tres teorías básicas acerca del criterio a seguir para determinar-especialmente en los atípicos mixtos- las normas que les resultan aplicables." ⁶⁶

"Existen diversas teorías de interpretación que a continuación se indican: ⁶⁶

a) **Teoría de la Absorción o de la Observación (Lotmar).** En los contratos atípicos debe determinarse cuál es la prestación o elemento preponderante, y aplicarles las normas del contrato típico al que pertenezca tal prestación o elemento preponderante. El negocio viene a ser absorbido en la figura del contrato típico que responde a dicha prestación. Para esta tesis no existen contratos atípicos.

Esta teoría no resuelve satisfactoriamente el problema de interpretación de los contratos atípicos, pues generalmente no es posible determinar con claridad cual es la prestación o elemento preponderante. Muchos actos jurídicos atípicos tienen como prestación más importante la que corresponde a dos o más contratos típicos o varias prestaciones importante.

⁶⁶ Arce Gargallo, Javier, *Op. Cit.* p. 50

⁶⁶ *Ibid.* p. 51

b) **Teoría de la Combinación (De Gennaro, Díez Picazo).** De acuerdo con esta tesis, cuando un contrato atípico se conforma de prestaciones y elementos que pertenecen a distintos contratos típicos, las normas aplicables serán las que resulten de la mezcla o combinación de dichas normas. El contrato atípico, en particular, debe desmenuzarse en sus prestaciones y encuadrar cada una dentro del contrato típico que corresponda. Las normas supletorias serán las de todos los contratos típicos a los que pertenezcan los elementos o prestaciones que componen a la figura atípica.

La crítica a esta teoría se ha formulado en el sentido de que el contrato atípico no es una mezcla o agregado de diversos elementos, sino que tiene una unidad: se trata de un contrato único que tiene una finalidad empírica propia y también única.

c) **Teoría de la Analogía (Messineo).** Las reglas que deben aplicarse para interpretar el contrato atípico son las del contrato típico con el que tenga mayor analogía. Esta es la tesis que recoge nuestro Código Civil (artículo 1858). La teoría no está exenta de críticas por parte de los autores: se dice que los contratos atípicos se caracterizan por ser distintos de los típicos y no análogos o afines. Por otro lado, el sentido en el que una figura atípica debe ser análogo o semejante a una típica no es fácilmente determinable, pues la afinidad puede aparecer en elementos que no son esenciales para un contrato atípico concreto. Al parecer, Messineo considera que **está es el único método seguro: volver al viejo principio de la analogía (analogía legal, analogía jurídica) y debe tomarse en cuenta la causa del contrato atípico.**

Enneccerus ha sostenido que el interprete debe atenerse, en cada caso, a los intereses de las partes del contrato atípico si el fin que persiguen las partes no puede ser alcanzado por un contrato típico, no debe insistirse

en aplicar las reglas del mismo como supletorias del atípico, sino que en todo caso, es necesario acudir a las normas generales de las obligaciones y contratos.

“Como comentario general a estas ingeniosas teorías, creemos que debe tomarse en cuenta el contrato atípico concreto que será materia de interpretación e integración, y así aprovechar en cada tesis lo que puede ser de utilidad. De esto podemos deducir:

a) En contratos atípicos en los que puede descubrirse una sola prestación preponderante propia de un contrato típico, resulta aplicable la teoría de la absorción.

b) En los contratos mixtos o complejos que resultan de la combinación de varias prestaciones típicas de diversos contratos regulados, la tesis aplicable es la de la combinación.

c) En contratos absolutamente atípicos debe determinarse si éstos poseen tipicidad social para interpretarse con ayuda de criterios judiciales, usos y doctrina.”⁷⁰

En nuestra opinión, las teorías y criterios enunciados pretenden identificar a las prestaciones de los contratos atípicos con las de los típicos, ello se presta a confusión, pues una prestación atípica puede corresponder a la prestación típica de diversos contratos. Por ejemplo, a la transmisión de propiedad la encontramos en la compraventa, la donación y el mutuo; al pago del precio, en la compraventa, arrendamiento y otros; a la entrega, en la compraventa, el comodato y el arrendamiento.

⁷⁰ Díez Picazo, Luis, Cit. Pgs. Javier Arce Gargollo, Contratos Mercantiles Atípicos, p. 52

La aplicación de normas supletorias al contrato atípico debe buscarse en los principios y normas generales que regulan las obligaciones, más que en los contratos típicos específicos. Esto supone, en una evolución del derecho de las obligaciones, una reducción de las normas especiales de cada contrato típico y una ampliación de la regulación de los principios de las obligaciones y de la teoría general del contrato. Así en un contrato atípico concreto debemos descomponer sus prestaciones y obligaciones para interpretarlas de acuerdo con la normativa general de cada tipo de obligación. Abstracción hecha de a qué contrato típico corresponde, debemos ubicar a cada obligación como transferencia de propiedad, pago de precio, transmisión temporal de uso, rendición de cuentas, etc., y agregar las características propias del contrato en que se ubica: unilateral, bilateral, gratuito, oneroso, de ejecución instantánea, etcétera.

5. CLASIFICACIÓN

Los contratos atípicos han sido objeto de varios intentos de clasificación muy variados y a veces confusos, pues en ellos en ocasiones se incluyen los que corresponden a los contratos múltiples o unión de contratos que en nuestro concepto constituyen una figura distinta de la del contrato atípico (aunque es usual que se den contratos múltiples que incluyen negocios atípicos).

En una primera distinción se habla de contratos atípicos en sentido estricto (atípicos puros) y contratos mixtos o complejos:

a) **Los contratos atípicos puros** son aquellos que tienen un contenido completamente extraño a los moldes legales o tipos establecidos.

b) **Los contratos mixtos o complejos** (en sentido amplio) resultan de la combinación o mezcla de elementos y prestaciones que corresponden a

contratos típicos. Se les llama también contratos atípicos impropios. Existen, en relación con sus prestaciones, tres clases de atípicos impropios:

I. **Combinados o gemelos:** Cuando la prestación de una de las partes pertenece a varios contratos típicos y la contraprestación de la otra parte es propia de un solo contrato típico.

II. **Mixtos (en sentido estricto):** Son aquellos en los que a determinado contrato típico le añaden las partes un elemento o prestación de otro contrato típico.

III. **De doble tipo:** En los que el total del contrato puede encuadrarse dentro de dos contratos típicos.⁷¹

La clasificación de los contratos atípicos es útil –especialmente la de los mixtos, en sentido amplio– para la interpretación de éstos, pues a los contratos atípicos pueden aplicarse supletoriamente las normas de los contratos típicos que conforman sus elementos y prestaciones, así como integrar las lagunas en lo que las partes no previeron. Para estos casos, resulta aplicable el criterio de interpretación que propone la teoría de la combinación, que han aceptado autores como Díez Picazo y, en cierto modo, por Betti. Consideramos que esta tesis de la combinación, con la variante para aplicar las normas sobre obligaciones, más que la de los contratos, es la que más nos acerca a la solución de esta problemática.

6. EL SUBCONTRATO

“El subcontrato es aquel contrato derivado y dependiente de otro anterior, de su misma naturaleza, que surge a la vida como consecuencia de

⁷¹ Arce Gargollo, Javier, Op. Cit., p. 53

la actitud de uno de los contratantes, el cual, en vez de efectuar personalmente las obligaciones asumidas en el contrato originario, se decide a realizar con un tercero la ejecución de aquellos en base al contrato anterior del cual es parte." ⁷²

El subcontrato supone la existencia de tres partes el primer contratante, el contratante intermediario y el subcontratante. El primer contratante permanece ajeno a la relación del subcontrato, que sólo se produce entre el contratante intermediario y el subcontratante, aunque puede expresar su voluntad para la celebración. En muchos casos, este consentimiento es condición necesaria para la validez del subcontrato.

Las características del subcontrato son:

- a) Se trata de un nuevo contrato distinto del contrato básico en el cual se funda;
- b) debe tener la misma naturaleza del contrato base que le dio origen;
- c) está restringido en su extensión y contenido por los límites del contrato anterior o principal;
- d) el subcontrato coexiste con el contrato básico.

La posibilidad de desdoblar un contrato mediante la celebración de un subcontrato o contrato derivado o filial, exige que el contrato originario cubra determinados supuestos o condiciones:

⁷² López Vilas Ramón, Cit. Pos. Javier Arce Gargollo, Contratos Mercantiles Atípicos, p. 56

a) en cuanto a su ejecución, el contrato originario debe ser de cierta duración; no procede en contratos de ejecución instantánea;

b) el contrato base no debe ser intuitu personae, en donde el acreedor no permita que otro ejecute el contrato. Por tanto, el obligado debe tener la posibilidad de cumplir el contrato por sí mismo o por otro. Puede ejecutarse parcialmente por uno o varios subcontratantes y el obligado principal ejecutar por sí mismo tan sólo una parte, que no sea objeto del o los subcontratos;

c) la subcontratación no debe estar prohibida por el contrato base a menos que el primer contratante preste su consentimiento o autorice o por la ley;

d) el contrato originario no debe ser de transmisión de dominio (o de tracto único);

"En relación con la naturaleza jurídica del subcontrato, esta figura puede encajarse dentro de la unión de contratos. Sin embargo, el subcontrato no debe confundirse con la cesión de contrato, con la estipulación en favor de terceros, o con contrato con persona a nombrar. Como contrato múltiple o unión de contratos, el contrato filial o subcontrato puede definirse, respecto al contrato originario, como una unión objetiva, unilateral y funcional." ⁷³

"Debido a la necesidad de que los contratos se desdoblen para una más eficiente ejecución, la importancia práctica del subcontrato se acrecienta cada día más en los campos del derecho privado y del público. En nuestro derecho el subcontrato se encuentra reconocido en algunos contratos típicos del Código Civil, como el subarrendamiento (artículos 2480 a 2482), el submandato (artículos 2574 a 2576), el de obra a precio alzado (artículo

⁷³ *Idem.* p. 57

2633) y subtransporte (artículo 2646). También puede celebrarse respecto al comodato y al depósito. en materia mercantil tenemos la subcomisión (artículo 280 del Código de Comercio), el subtransporte (artículo 577) y el subdepósito. Para algunos contratos atípicos, el subcontrato se plantea en los contratos de mediación, agencia y distribución entre otros." ⁷⁴

7. PRINCIPALES CONTRATOS MERCANTILES ATÍPICOS

CONTRATO DE SUMINISTRO O SUSCRIPCIÓN

CONCEPTO Y CARACTERÍSTICAS

Sánchez Calero lo define como: "contrato por el que una parte (suministrador) se obliga mediante un precio, a ejecutar a favor de otra (suministrado) prestaciones periódicas o continuadas de cosas." ⁷⁵

En la doctrina, Garigues y Broseta agregan en sus conceptos que el suministrador es una empresa y que la cosa suministrada son muebles genéricos. Emilio Novoa señala algunas características de este contrato:

- a) tiene unidad de vínculo, unidad externa en un solo contrato;
- b) tiene tracto sucesivo en la ejecución y cumplimiento de ambas partes.

Esta es la característica principal: es un contrato de duración;

- c) fracciona al objeto total de la prestación en partes o cuotas autónomas.

⁷⁴ Arce Gargollo, Javier, *Op. Cit.* p. 57

⁷⁵ Sánchez Calero, Fernando, *Cit. Pos.* Javier Arce Gargollo, *Contratos Mercantiles Atípicos*, p. 62

Cuando el objeto del suministro son cosas o servicios prestados en régimen de monopolio o servicios públicos, los formularios y las tarifas del suministro suelen ser aprobados por la administración pública. En los contratos de suministro en que una de las partes suministrador o suministrado es el Estado, estamos en presencia de un contrato administrativo.

ELEMENTOS

a) Personales

Los elementos personales se refieren a las partes y a su capacidad para celebrar el contrato.

I. Nombre. Las partes se designan suministrador y suministrado, también se les denomina suministrante, proveedor o vendedor, y consumidor o comprador, respectivamente.

II. Capacidad. Las partes no requieren de capacidad especial para contratar, como sujetos son comerciantes en la generalidad de los casos. En algunos contratos especialmente en los administrativos de suministro, y también dependiendo del objeto por suministrar, el suministrador puede tener ciertas exigencias o capacidades especiales. Por ejemplo, para el suministro de ciertos servicios públicos se requiere de concesión, así como para venderle al gobierno se necesita estar inscrito en el Padrón de Proveedores.

b) Reales

I. La cosa objeto del contrato de suministro debe ser un bien mueble y generalmente es un bien genérico; normalmente se suele indicar la calidad de la cosa, el término cosas ha sido asignado por algunos autores a los bienes

tangibles o corpóreos, como especie del género bien. Las cosas futuras pueden ser objeto de este contrato y, en la mayoría de los casos, estamos frente a este supuesto. "Las ventas comerciales son frecuentemente ventas de cosas futuras: así sucede sobre todo tratándose de pedidos hechos a fabricantes que, en el momento en que los aceptan, no tienen, en general, los productos que se obligan a entregar en un plazo dado, y a menudo no tienen ni las materias primas para fabricarlos." ⁷⁶

Por su parte Díaz Bravo expresa: "enunciar sólo a las cosas como objeto de tal contrato plantea serias dificultades para encuadrar como suministros cotidianos contratos sobre energía eléctrica, programas exclusivos de televisión, télex y otros, en los cuales el aspecto más importante del contrato es, sin duda el servicio que, mediante sus instalaciones generadoras o emisoras, equipos de conducción y aparatos de recepción, se obligan a prestar las empresas suministrantes." ⁷⁷

II. La cantidad a suministrar puede fijarse de varios modos:

- por las necesidades del suministrado;
- por la capacidad de producción del suministrador
- para impedir las exigencias arbitrarias del suministrado, suele fijarse un mínimo y un máximo.

III. El tiempo en las prestaciones es un elemento muy importante en el contrato de suministro. Respecto al plazo, las prestaciones pueden ser periódicas o continuadas, como lo marca la definición del contrato. Las prestaciones periódicas se repiten en el tiempo con individualidad propia y a cada una puede identificarse de forma independiente (por ejemplo, la entrega de determinadas toneladas de acero la primera semana de cada

⁷⁶ Borja Soriano, Manuel. *Op. Cit.* p. 142

⁷⁷ Díaz Bravo, Arturo. *Op. Cit.* p. 84-85

mes). La prestación continuada supone que no existen periodos que interrumpan el cumplimiento del contrato; es decir que este se cumple permanentemente durante su vigencia (por ejemplo, el suministro de gas, agua).

IV. El precio del suministro es un elemento esencial, como en el contrato de compraventa. En los casos de suministro con carácter periódico, el precio puede fijarse para cada prestación aislada o independiente, o fijarse un precio con referencia a todas las prestaciones. El precio puede ser determinable, y es aplicable también supletoriamente la disposición del contrato de compraventa que permite que el precio sea "el que corre en el día o lugar determinados o el que fije un tercero" (artículo 255 del Código Civil). En prestaciones continuadas, el precio suele pagarse periódicamente, según cantidades suministradas en el periodo.

Por tratarse de un contrato de duración, en el suministro suele pactarse un precio variable en el tiempo. En la práctica se emplea la expresión "cláusula de escalación de precios" y se utiliza para determinar y variar el precio. Como elementos para fijar variaciones se utilizan, entre otros, el índice de precios en cifras oficiales, el cambio en la paridad de la moneda o la variación de los salarios mínimos.

c) Formales

El contrato de suministro es consensual, o sea que se perfecciona por el simple consentimiento de las partes, y para su validez no requiere de formalidad alguna. En términos de Garrigues, no tiene forma impuesta. Generalmente este contrato se celebra por escrito, ya que se trata de un contrato de duración y conviene fijar claramente los aspectos de calidad de las cosas, incrementos en el precio, lugar y tiempo de entregas.

CONTRATO ESTIMATORIO

CONCEPTO Y CARACTERÍSTICAS

Sánchez Calero lo define de la siguiente manera:

"En virtud de este contrato una persona (tradens) entrega a otro (consignatario o accipiens) una cosa con el encargo de venderla y, en la época pactada el consignatario tiene la obligación de entregar el precio señalado o de restituir la cosa." ⁷⁸

Al respecto Díaz Bravo nos dice: "el enajenante, eventual vendedor o tradens - según expresión tan cara a los tratadistas- entrega un bien mueble al adquirente, eventual revendedor o accipiens, quien adquiere la libre disposición del bien, con total exclusión del tradens, y se obliga a pagar a éste el precio estipulado o devolverle dicho bien, dentro del plazo convenido. La libre disposición incluye, por supuesto la facultad de vender a un tercero la cosa, en el precio y condiciones que libremente convengan el accipiens y el tercer adquirente; por último, tales actos de disposición los realiza el accipiens en nombre y por cuenta propios." ⁷⁹

Como podemos ver, se trata de un contrato propio de comerciantes **detallistas**, particularmente de los vendedores de automóviles, piezas **artísticas**, joyas, libros usados y en otras muchas mercaderías de no fácil **venta directa** por parte de su propietario.

⁷⁸ Sánchez Calero, Fernando, Cit. Pos.: Javier Arce Gargollo, Contratos Mercantiles Atípicos, p. 78

⁷⁹ Díaz Bravo, Arturo, Op. Cit. p. 90

En el concepto de este contrato se destacan las siguientes características:

- a) Da origen a una relación compleja, que resulta de la unión de un contrato de depósito, de una autorización y de una venta;
- b) se trata de un contrato real que se perfecciona con la entrega de la cosa;
- c) el objeto del contrato son bienes muebles;
- d) la obligación principal del accipiens, pagar el precio o devolver la cosa, es facultativa (o alternativa, en términos de nuestra legislación);
- e) generalmente tiene un plazo; y
- f) el consignatario asume el riesgo de pérdida de la cosa mientras está en su poder.

ELEMENTOS

a) Personales

La parte que entrega o consigna el bien objeto de este contrato se llama tradens, tradente, consignante o propietario.

El tradens debe ser propietario del bien que consigna y, si es representante, tener facultades de disposición -dominio-, debido a que la celebración de este contrato supone disponer de la cosa. Si se trata del representante de una persona moral, son suficientes las facultades de administración si los bienes objeto del contrato forman parte del activo circulante. En este orden de ideas, los gerentes, factores y dependientes que tienen facultades de disposición sobre la mercancía de la negociación pueden celebrar este contrato como consignantes.

La otra parte se llama accipiens o consignatario y no requiere de capacidad especial alguna para contratar.

b) Reales

Los elementos reales más importantes de este contrato son la cosa y el precio, pues predominan elementos de compraventa. A estos dos se añade el plazo.

I. La cosa del contrato estimatorio puede ser uno o varios bienes muebles, que en terminología de derecho comercial se llaman mercancías o mercaderías. Por lo tanto los bienes deben ser tangibles -cosas-.

II. El precio de este contrato, que se conoce como estimación o simplemente precio estimado, puede ser en dinero o en especie. El precio sirve de base para el beneficio o retribución que, directa o indirectamente, recibe el consignatario, el precio puede ser determinado o determinable; por ejemplo, por el mercado o por un tercero.

III. El plazo debe convenirse por las partes contratantes, aunque en ocasiones no se precisa porque no es un elemento de validez de este contrato. El término señala el momento en el cual el accipiens debe pagar el precio o devolver la cosa, el plazo puede modificarse durante la vigencia del contrato o a su vencimiento. La falta de plazo no invalida la relación contractual.

c) Formales

El contrato que para su perfección requiere de la entrega de la cosa es un contrato real. La entrega de lugar al nacimiento de las obligaciones contractuales. El consentimiento no exige otra forma de manifestación, de

modo que el contrato resulta consensual por oposición a formal o a contrato con "forma impuesta". En la práctica comercial existen documentos sobre la entrega de la cosa; cuando se trata de varios bienes (inventario), se acostumbra listar estos objetos y el accipiens se da por recibido de los mismos mediante la firma de tal documento, que no es formalidad del contrato sino prueba de la entrega y recepción de los bienes objeto del contrato.

CONTRATO DE CORRETAJE O MEDIACIÓN

CONCEPTO Y CARACTERÍSTICAS

"El contrato de mediación es aquel por el que una persona se obliga a abonar a otra, llamada mediador o corredor, una remuneración por indicarle la oportunidad de concluir un negocio con un tercero o por servirle de intermediario en esa conclusión."⁸⁰

Encontramos esta otra definición. "Es aquel contrato por cuya virtud una de las partes (corredor) se compromete a indicar a otra (comitente) la oportunidad de concluir un negocio jurídico o a servirle de intermediario en esta conclusión a cambio de una retribución, llamada comisión o premio."⁸¹

Las características de este contrato son:

a) el corredor se compromete a facilitar la conclusión de un contrato o negocio pero sin intervenir en él y sin comprometerse a lograr determinado resultado;

b) el corredor o mediador actúa con independencia de las partes contratantes, o sea como colaborador independiente;

⁸⁰ Sánchez Calero, Fernando, Cit. Pos., Javier Arce Gargollo, Contratos Mercantiles Atípicos, p. 146

⁸¹ Puig Peña, Federico, Cit. Pos., Javier Arce Gargollo, Contratos Mercantiles Atípicos, p. 146

c) el mediador no es un colaborador estable, es ocasional, esporádico. Se contrata con él para operaciones o actos concretos, no generales;

d) la remuneración o premio del corredor pertenece a la naturaleza misma del contrato;

e) el corredor puede ser contratado por una o las dos partes interesadas, sin que exista prohibición alguna-como en la comisión (artículo 299 del Código de Comercio)- pues no actúa por cuenta de las partes;

ELEMENTOS

a) Personales

Las partes en este contrato reciben los nombres de comitente, mandante u oferente, por un lado; y de corredor, mediador, intermediario o mandatario, por otro. Ambas requieren la capacidad general para contratar, aunque en el corredor debemos distinguir cuando se trata de uno público (con otras funciones adicionales además de la de mediar) o de uno privado.

Conforme al artículo 6 de la Ley Federal de la Correduría Pública, corresponde al corredor actuar como agente mediador, para transmitir e intercambiar propuestas entre dos o más partes en la celebración o ajuste de cualquier contrato o convenio de naturaleza mercantil.

Resulta importante distinguir entre corredores públicos, cuya actividad regulan disposiciones legales, de lo que llamaremos - en terminología aceptada por la doctrina -corredores privados , no titulados, llamados también ocasionales. Sobre su calidad de comerciantes o auxiliares con prohibición para ejercer el comercio.

Por otro lado, la función de mediación o correduría puede ser desempeñada por cualquier persona -física o moral- con capacidad general. Debido a la actividad de mediación que realizan personas físicas y morales, como parte del contrato que analizamos, estas son para nosotros comerciantes, aunque Mantilla prefiere llamarles "intermediarios libres", pues se les prohíbe ostentar la denominación de "corredor" aunque pueden llegar a adquirir el carácter de comerciante.

b) Reales

Los elementos reales del contrato son los servicios de mediación y la remuneración.

I. Los servicios de mediación, en términos de la definición de esta figura, pueden consistir en indicar la oportunidad de celebrar un contrato; en intervenir para poner en relación a dos o más partes, con el fin de concluir un acto jurídico.

II. La remuneración se conoce también bajo los nombres de premio, comisión, corretaje, retribución y en el caso de los corredores públicos se les llamará honorarios.

La retribución puede pactarse en dinero o en especie o en ambos; puede ser una cantidad fija o un porcentaje de la operación -contrato conmutativo o aleatorio-. Cuando no se fija el monto, puede acudir a un arancel, si existe; a los usos comerciales del lugar o a la equidad. Existe el anticipo o reembolso de gastos al corredor o al mediador, que procede como obligación del mandante en determinadas circunstancias.

c) Formales

El contrato de corretaje no requiere formalidad alguna para su perfeccionamiento y, en este sentido, estamos frente a un contrato consensual.

CONTRATO DE AGENCIA

CONCEPTO Y CARACTERÍSTICAS

Sánchez Calero lo define así: "contrato de agencia es aquel por el cual un empresario de manera permanente, mediante una remuneración y con una cierta independencia, asume el encargo de preparar o realizar contratos mercantiles por cuenta de otro empresario." ⁸²

Las características del contrato de agencia son:

- a) es un contrato de duración, por lo que generalmente se celebra para plazos largos o por término indefinido. Se busca que exista una relación permanente y estable, pues el agente no es un colaborador ocasional;
- b) el agente es un comerciante independiente, no es un trabajador del empresario;
- c) el objeto del contrato es promover y concluir negocios y contratos en interés del empresario y del propio agente. El contrato no se agota en actos concretos concretos, como los contratos de comisión o corretaje;
- d) el agente obra por cuenta del empresario y puede o no ser su representante. Podemos decir que hay dos clases de agencia: representativa y sin;
- e) la remuneración del agente depende, en prácticamente todos los casos de los;

⁸² Sánchez Calero, Fernando, Cii, Pos, Javier Arce Gargollo, Contratos Mercantiles Atípicos p. 160

f) suele pactarse la exclusiva para determinada zona o territorio, en beneficio del agente, del empresario o de ambos.

ELEMENTOS

a) Personales

Las partes que intervienen en el contrato de agencia se llaman empresario, mandante o representado, y agente o representante. Se considera que el agente no debe estar necesariamente organizado como empresa, pues puede ser una sola persona física que desarrolle de manera individual todas las funciones propias de la agencia.

El mandante, que prácticamente en todos los casos es empresa, debe tener capacidad general para contratar, al igual que el agente. Es necesario agregar que, en ciertos casos, el empresario puede estar impedido por alguna legislación o disposición para ejercer determinada clase de actividad comercial en una zona o país y, sin embargo, el agente estar facultado para representarlo y promover negocios.

b) Reales

Los elementos reales de este contrato son la actividad del agente y la retribución.

1. La actividad del agente, cuyo deber principal en la ejecución del contrato es promover o fomentar negocios y concluir contratos por cuenta del empresario. Esto supone la realización de actos jurídicos (de comercio casi siempre) y actos materiales.

II. La retribución, comisión, premio o compensación del agente puede ser en dinero o en especie (ejemplo, pago con los mismos productos que promueve); suele fijarse mediante porcentaje de los contratos concluidos o los pedidos u ordenes de compra logrados para su mandante. En la práctica es importante fijar sobre qué base debe calcularse el porcentaje; por ejemplo, el precio neto de venta que excluye los fletes, el empaque, derechos aduanales y otros que deben señalarse -o al menos así se recomienda- de forma expresa. Cuando no se acuerda el monto o la base de la retribución, debe acudirse a los usos de la plaza del agente o del lugar donde se concluye el negocio, por aplicación analógica del contrato de comisión.

c) Formales

. Como contrato atípico, no regulado por ley alguna en nuestro derecho no hay disposición que obligue a que el contrato revista formalidad para su validez. Se aplica por lo tanto, la regla general de la consensualidad contractual (artículo 78 del Código de Comercio). Sin embargo, cuando el agente se le otorga representación, y el contrato resulta en es aspecto una comisión representativa (artículo 285 del Código de Comercio), la agencia debe celebrarse en escritura pública.

CONTRATO DE DISTRIBUCIÓN

CONCEPTO Y CARACTERÍSTICAS

*El contrato de distribución es aquel por el que el distribuidor (concesionario) se obliga a adquirir, comercializar y revender, a nombre y por cuenta propia, los productos del fabricante o productor (concedente) en los términos y condiciones de reventa que éste señale. El productor tendrá la facultad de imponer al distribuidor, además determinadas obligaciones sobre

la organización del negocio para la comercialización y reventa de los productos." ⁴³

Siempre que las partes lo acuerden, el contrato de distribución podrá contener el pacto de exclusividad limitado a cierto territorio y a cierto plazo.

Las características de este contrato son:

- a) el distribuidor es un comerciante independiente y entidad distinta del productor;
- b) el distribuidor adquiere los productos del fabricante y los comercializa y revende por cuenta y en nombre propios;
- c) el concedente o fabricante impone al distribuidor los términos y condiciones para la comercialización y reventa de los productos;
- d) el fabricante tiene generalmente algunas facultades para marcar directrices y supervisar la labor del distribuidor;
- e) usualmente, es un contrato de duración y de colaboración entre fabricante y distribuidor;
- f) el contrato de distribución puede contener el pacto de exclusividad en favor del distribuidor, del fabricante o de ambos, para una zona o producto determinado, pero éste es un elemento accesorio.

ELEMENTOS

a) Personales

Las partes reciben el nombre de fabricante, productor, empresario o concedente, por un lado; y de distribuidor o concesionario, por el otro.

⁴³ Arce Gargollo, Javier. Op. Cit. p. 177

I. El empresario o fabricante es por lo general un comerciante que fabrica los productos objeto del contrato, aunque no necesariamente es el productor quien debe celebrar el contrato, ya que el empresario puede ser un comerciante importador de los productos para determinada plaza o un distribuidor que celebra nuevos contratos de distribución.

El concedente no requiere de capacidad especial alguna para contratar, pero si debe tener la facultad de vender o disponer de los productos y de fijar las condiciones de reventa al distribuidor. En algunos casos nos encontramos con productos que tienen precio controlado y ciertas condiciones de venta al público impuestas por el Estado, las cuales no pueden ser modificadas o establecidas libremente por el concedente. Cuando se celebra por medio de un representante, éste requiere, por lo general, facultades para actos de administración pues los bienes son parte del activo circulante (mercancía) del productor.

II. El distribuidor tiene la calidad de comerciante, pues adquiere para revender. Es un comerciante independiente -persona física o moral- que no requiere de capacidad especial para celebrar este contrato.

En algunos ramos industriales, el fabricante impone a los distribuidores determinados requisitos para que puedan ser sus concesionarios. Las características que debe poseer el distribuidor respecto a solvencia, capital, inversiones, capacidad económica y administrativa o de organización, las establecen los productores y no derivan de norma legal alguna. Si el distribuidor no cumple con alguno de estos requisitos durante la vigencia del contrato, el concedente tiene derecho a darlo por terminado. Estas limitaciones referida al distribuidor se acuerdan contractualmente.

b) Reales

Los elementos reales del contrato son el objeto, el precio y las condiciones de reventa impuestas al distribuidor.

I. El objeto del contrato de distribución es cualquier clase de bienes, aunque suelen ser: aquellos productos estandarizados, fabricados en serie, con posibilidad de grandes mercados. La finalidad económica de este contrato se cumple precisamente en la venta de aquellos productos que viene protegidos por una marca.

Las características que deben tener los bienes para ser objeto del contrato son: ser bienes muebles, tangibles (cosas), generalmente fungibles (estándar). Los bienes inmuebles no son objeto de este contrato. Los derechos podrían ser materia de este contrato, pero de forma excepcional (por ejemplo participar en un evento, boletos de rifa de lotería).

II. El precio es el segundo elemento real del contrato, y en la práctica suele imponerlo el cedente o fabricante, como la más importante de las condiciones de reventa.

En lo que concierne al precio, debemos distinguir entre el que el fabricante señala para la reventa o para el consumidor final (precio de catálogo), y el precio al que el distribuidor adquiere. Lo usual es que el precio final sirva de base al precio entre el productor y distribuidor, que se fija como un descuento y en ocasiones una bonificación.

III. Las condiciones de reventa. el distribuidor se obliga a revender el producto objeto del contrato sujetándose a los términos y condiciones que para estos efectos señala el productor.

Estas condiciones de reventa, "imposiciones o cargas", pueden ser muy variadas y dependen de la naturaleza del producto y del acuerdo entre fabricante y distribuidor. No se incluyen en este concepto las facultades de dirección y supervisión que el empresario pueda llegar a tener respecto al distribuidor.

c) Formales

La celebración de este contrato no requiere formalidad alguna, pues estamos en presencia de un contrato consensual. Como figura no regulada, no existe norma legal que le imponga la necesidad de forma. En la práctica los contratos pueden pactarse y se pactan verbalmente. En otras ocasiones el contrato de concesión mercantil suele aparecer formulado por escrito, y en los casos de redes de concesionarios suele ser un contrato de adhesión.

CONTRATO DE JOINT VENTURE

CONCEPTO Y CARACTERÍSTICAS

La definición del contrato de joint venture es muy general, como lo es el amplio contenido que puede abarcar este negocio. Sus elementos incluyen a los del contrato de promesa, del que es una especie.

"El contrato de joint venture es aquel por el que dos o más partes se obligan dentro de un plazo a constituir una o varias sociedades, a participar conjuntamente en una sociedad, negocio o empresa existente, y a celebrar otros actos jurídicos relacionados, y en el cual se determinan los elementos

esenciales de la sociedad o negociación y contratos relacionados, y las aportaciones a que cada parte se obliga." 64

Características de este contrato son:

- a) pueden participar dos o más partes;
- b) el objeto del contrato puede ser crear una nueva entidad jurídica (sociedad), participar en una ya existente o en una empresa o negociación, y celebrar los actos jurídicos relacionados con la sociedad a constituir o el negocio existente;
- c) las partes que intervienen en el contrato, generalmente futuros socios de la sociedad o las sociedades, se denominan padres (parents), y son entidades distintas de la sociedad joint venture en que participan;
- d) en el contrato deben determinarse los elementos esenciales de la sociedad o negocio existente, y los de los actos jurídicos relacionados a celebrar;
- e) se determinan las aportaciones obligatorias de cada parte, para los futuros actos jurídicos;
- f) debe contener uno o varios plazos para el cumplimiento de los actos jurídicos materia del contrato. La obligación de las partes debe sujetarse a un término.

ELEMENTOS

a) Personales

Las partes que intervienen en este contrato pueden ser dos o más y reciben el nombre de promitentes. Cuando se llega a constituir la sociedad reciben el nombre de padres (parents). Las partes requieren de la capacidad

⁶⁴ *Idem*, p. 206

general para contratar, aun cuando para la celebración del contrato definitivo el socio extranjero tenga limitaciones legales para ser socio o accionista por una inversión mayor al máximo permitido por la Ley de Inversiones Extranjeras, salvo especial autorización para el caso. Generalmente las partes se obligan dentro del campo de lo permitido para el acto definitivo. se debe distinguir entre la capacidad para celebrar el contrato de joint venture - preparatorio- y la capacidad requerida para los actos jurídicos definitivos.

Dentro del problema de la capacidad existe una cuestión jurídica de interés respecto a los actos jurídicos relacionados que los padres (socios) celebran con la sociedad joint venture, una vez que esta se constituya. Al momento de celebrarse el contrato de joint venture, la sociedad joint venture - futura parte de algunos contratos- no existe todavía y, por lo tanto, no puede obligarse ¿Quién resulta el obligado a celebrar estos futuros contratos?. Veamos un ejemplo: Las sociedades A y B celebran un contrato de joint venture en el que se obligan a constituir una sociedad C; a su vez, en este contrato de joint venture se acuerda que la sociedad C, una vez creada, celebre con la sociedad A un contrato de representación de ventas y otro de transferencia de tecnología. La obligación de celebrar los actos jurídicos relacionados (agencia y transferencia de tecnología) sólo la contraen las partes del contrato de joint venture A y B, pero no se obliga a la sociedad C, pues dicha sociedad no existe en ese momento.

El contrato de joint venture puede sujetar la obligación de celebrar contratos relacionados con la sociedad de joint venture, a la condición suspensiva (quizá con término) de que la sociedad joint venture se constituya y exista. Si esta parte contratante no llega a existir, la obligación de contratar no nace, pues las partes contratantes del joint venture no tienen interés en ser los titulares y partes contratantes de los actos jurídicos relacionados, propios de la sociedad que iba a crearse.

b) Reales

Los elementos reales del contrato de joint venture son dos: los actos jurídicos futuros y el plazo.

1. Los actos jurídicos futuros que las partes se obligan a celebrar pueden ser muy variados, y casi siempre se incluyen varios actos relacionados entre sí (contratos múltiples). de este modo el contrato de joint venture debe incluir los elementos esenciales que configuran a cada acto jurídico futuro, materia del contrato, estimamos esencial que el negocio de joint venture menciones los socios, el objeto o fin social (considerado en términos generales) y la aportación de cada socio. Otros elementos del contrato de sociedad que se consideran como esenciales son la denominación, el domicilio, la cuantía del capital social, y la duración, pero pueden acordarse posteriormente a la celebración del contrato de joint venture, al constituir la sociedad. Basamos esta opinión en dos razones: el contrato de joint venture es un contrato de promesa, en el que no se requiere detallar cada uno de los elementos que hemos destacado; y una vez que está constituida una sociedad estos elementos pueden suplirse después. Los otros elementos de suma importancia son la administración de la sociedad y otros detalles de su operación, los cuales no son esenciales para el contrato de sociedad, sino naturales, pues la ley suple la ausencia de pacto.

Si el acto futuro previsto es la participación en un negocio, empresa o sociedad existentes, deben señalarse las características del negocio y el modo en que participarán una o varias partes: ejemplo venta de acciones o partes sociales, nuevas aportaciones etcétera..

Si para alguno de los actos jurídicos futuros no se señalan las características esenciales, pensamos que la obligación de celebrar el futuro acto o contrato carece de materia y por tanto no es válido, pero sólo respecto a dicho acto.

consideramos que durante la vigencia del contrato de joint venture, y antes de la celebración de los definitivos, las partes pueden completar o modificar su voluntad, esta es una regla general, aplicable a todos los contratos, que puede ser frecuentemente utilizada en estos negocios jurídicos.

II. El otro elemento real es el plazo, que el Código Civil señala como elemento de validez en el contrato de promesa (artículo 2246). Desde luego, pueden determinarse distintos plazos para la celebración de cada uno de los actos jurídicos definitivos previstos en el contrato, o colocarse un plazo general máximo para concluirlos todos. El término está pactado en beneficio de todos los contratantes, salvo que se establezca otra cosa, pues todas las partes tienen, en cierto sentido, la calidad de deudores obligados a realizar los actos jurídicos futuros.

En la práctica, esta clase de contratos de joint venture no siempre contienen plazo y su cumplimiento se deja al arbitrio de los contratantes.

El tipo de nulidad que supone la ausencia de término es una nulidad relativa, según la opinión más autorizada de la doctrina mexicana

c) Formales

Para que sea válido el contrato de joint venture debe constar por escrito. Así lo prescribe el artículo 2246 del código Civil, referente a la promesa de

contrato, del que éste es una especie. por lo tanto, el joint venture resulta un contrato formal o de forma impuesta. No requiere de registro o de algún medio para exteriorizarse ante terceros, o de publicidad externa a las partes, pues este contrato no crea una sociedad o ente moral sino que sólo produce el efecto de obligar a los contratantes a celebrar uno o varios contratos futuros

8. NECESIDAD DE REGULACIÓN DE LOS CONTRATOS MERCANTILES ATÍPICOS

Vistos los puntos que anteceden nos podemos dar cuenta que a menudo el interprete se enfrenta con figuras contractuales que la ley ignora o que por lo menos no disciplina, testimoniándose de este modo que todo el Derecho no esta encerrado en la norma escrita.

Surge así el problema del contrato atípico y dado que son una realidad viva que nadie puede desconocer, hay que preguntarse como se obtiene su disciplina jurídica, ya que la ley no la suministra. Problema de orden práctico y siempre actual.

Una de las causas de utilidad que presenta este tipo de contratos, es la que se refiere, que ante la imposibilidad jurídica y humana por parte del legislador de prever las situaciones que pueden presentarse en el comercio jurídico al cabo de determinado tiempo, sino aún las que al momento de promulgarse la ley se verifican, obligan a los contratantes y al amparo de los principios consagrados por la ley, la jurisprudencia y la doctrina, es decir, los que se refieren a "la autonomía de la voluntad y la libertad de contratar" y teniendo como meta fundamental encontrar soluciones adecuadas a sus necesidades económicas, y teniendo además como ideal la circunstancia de

que el derecho esté al día, los obliga decíamos a límites y requisitos que en el se mencionan, nuevas figuras de contrato que se adapten en lo posible a sus necesidades económicas, dichas figuras no son otra cosa que los contratos atípicos.

Y es que el contrato atípico reproduce en particular la situación más general, por lo cual **el derecho positivo** se encuentra en cierta forma atrasado respecto de la realidad que se vive, debido a esa imposibilidad de que hablamos por parte del legislador. Propiamente las instituciones jurídicas nacen no por los juristas o el legislador en una forma directa sino debido a las nuevas necesidades y situaciones jurídicas y económicas que se plantean en la vida actual y a las **cuales necesariamente hay que darles una solución reglamentando en lo posible las lagunas que en ellos se presentan.**

El contrato atípico, por otra parte, es el índice más seguro de que el derecho objetivo no se estaciona en normas inmutables sino por el contrato, y debido a que **el derecho debe estar al día, estar en una constante evolución adaptándose a las situaciones que la vida plantea;** cuanto más rico es el desarrollo de la vida económica tanto más crece el número de las nuevas figuras contractuales.

Mi inquietud al plantear la necesidad de regulación de los contratos mercantiles atípicos, obedece a que constantemente estos contratos son celebrados y por lo tanto satisfacen las necesidades de las partes que los utilizan y de momento queda resuelto el problema de encuadrar dichas necesidades en una figura jurídica, pero si bien es cierto en cuanto surge una controversia y se pretende dilucidar la misma se presenta el problema de interpretación, buscar el contrato típico con el que tenga mayor similitud y emplear la norma supletoria adecuada.

Yo considero que como ya se ha mencionado el derecho positivo debe recoger estos nuevos contratos que hasta entonces no existían y que por el fin económico que persiguen no concuerdan con otros ya conocidos, y de esta manera actualizar el derecho escrito.

Con la reglamentación de los contratos atípicos, se obtendría la disciplina mediante la cual se cubrirían las lagunas que presentan las pretensiones de los demandantes, y por lo tanto el juez se le facilitaría su trabajo de emitir su resolución, el cual debe de interpretar que pretendieron las partes al celebrar dicho contrato.

Es obvio que dado el desarrollo comercial que impera en nuestros días, continuarán apareciendo nuevas figuras por lo que es difícil que se agote la figura de contratos atípicos, pero considero que en la medida que estas se vayan recogiendo por el derecho positivo se evitarán mucho errores de interpretación y por lo tanto al plantearse controversias entre las partes obtener resoluciones apegadas a derecho.

CONCLUSIONES

1.- Contrato es el acuerdo de dos o más voluntades para crear y transmitir derechos y obligaciones. Por consiguiente no debemos entender el contrato como el documento que contiene las cláusulas que lo integran, ya que puede no existir éste y sí el contrato.

2.- La libertad contractual entendida como la facultad conferida a las partes para fijar libremente el contenido del contrato no es un principio absoluto. Sus límites se encontrarán en el bien común de las personas que forman parte del conglomerado social. No debe confundirse esta libertad con la de contratar, que consiste en la libertad que tienen las partes de estipular o no.

3.- De entre todos los elementos que auxilian al juez en la interpretación ocuparán un primer lugar el ordenamiento jurídico positivo que regule el contrato, así como la intención común de las partes que en él intervienen.

4.- Interpretar un contrato consistirá: en determinar los efectos jurídicos que va a producir teniendo en cuenta todos los elementos que influyen en dichos efectos y que serán fundamentalmente, el ordenamiento jurídico que las rija, así como la intención común de las partes y los demás elementos que actúan a su alrededor.

5.- Uno de los resultados a que debe llegar el juez con la interpretación, es hacer justicia, entendiéndola como aquel principio inmutable que encierra una igualdad, una proporcionalidad y una armonía.

6.- El principal resultado a que se debe llegar con la interpretación, es la determinación de la intención común de las partes de modo que el contrato celebrado produzca los efectos jurídicos perseguidos con su celebración

7.- Contrato atípico es aquel que carece de una disciplina o regulación en la legislación, de donde se debe desechar la idea de que es aquel que no tiene nombre.

8.- El fundamento de los contratos atípicos se encuentra en el principio de la libertad contractual sostenida por el postulado de que las convenciones libremente contraídas tienen fuerza de ley entre las partes.

9.- Así pues, el contrato atípico es el indicio más seguro de que la vida jurídica no se fosiliza en formas inmutables, antes bien esta en constante movimiento y evolución.

10.- La utilidad práctica y la actualidad de los contratos atípicos, hace necesaria la regulación de los mismos, por lo que deben ser recogidos por el derecho positivo y de esta manera poner al día el derecho escrito, que debe evolucionar y por consiguiente adaptarse a las nuevas necesidades que impongan en el comercio jurídico la voluntad de las partes.

11.- Su regulación redundaría en una mayor seguridad jurídica de las partes que los celebran, al evitar diversas interpretaciones de los mismos.

12.- Los contratos atípicos deben regularse una vez que su utilización, interpretación o ejecución se realiza reiteradamente y son aceptados por la colectividad.

BIBLIOGRAFÍA GENERAL

BIBLIOGRAFÍA GENERAL

1.- Arce Gargollo, Javier, "Contratos Mercantiles Atípicos", Segunda Edición, Editorial Trillas, México, 1991.

2.- Barrera Graf, Jorge, "La Ley Federal de Protección al Consumidor", Revista Jurídica, número 8, México 1976.

3.- Barrera Graf, Jorge, "Las Sociedades en Derecho Mexicano", UNAM, México 1983.

4.- Borja Soriano Manuel, "Teoría General de las Obligaciones", Décima Edición, Editorial Porrúa, México 1982.

5.- Cervantes Ahumada, Raúl, "Títulos y Operaciones de Crédito", Cuarta Edición, Editorial Porrúa, México 1980.

6.- De Pina Vara, Rafael, "Elementos de Derecho Mercantil", Decimosegunda Edición, Editorial Porrúa, México 1980.

7.- Díaz Bravo, Arturo, "Contratos Mercantiles", Segunda Edición, Editorial Haría, México 1987.

8.- Díez Picazo, Luis, "Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial", Tomo I, Tecnos Madrid, México 1979.

9.- Garrigues, Joaquín, "Tratado de Derecho Mercantil", Novena Edición, Editorial Porrúa, Tomo II, México 1992.

10.- Gutiérrez y González, Ernesto, "Derecho de las obligaciones", Séptima Edición, Editorial Porrúa México 1990.

11.- Mantilla Molina, Roberto, "Derecho Mercantil", Cuarta Edición, Editorial Porrúa, México 1980.

12.- Martínez y Flores, Miguel, "Derecho Mercantil Mexicano", Editorial Porrúa, México 1980.

13.- Olvera de Luna, Omar, "Contratos Mercantiles", Primera Edición, Editorial Porrúa, México 1982.

14.- Rodríguez Rodríguez, Joaquín, "Curso de Derecho Mercantil", Decimocuarta Edición, Editorial Porrúa, México 1979.

15.- Salandra Vittorio, "Curso de Derecho Mercantil", Quinta Edición, Editorial Jus, México 1949, Traducido por Jorge Barrera Graf.

16.- Sánchez Medal, Ramón, "De los Contratos Civiles", Tercera Edición, Editorial Porrúa, México 1976.

17.- Tena Ramírez, Felipe, "Derecho Mercantil Mexicano", Decimotercera Edición, Editorial Porrúa, México 1990.

18. Vázquez del Mercado, Oscar, "Contratos Mercantiles", Primera Edición, Editorial Porrúa, México 1982.

19.- Zamora Valencia, Miguel Angel, "Contratos Civiles", Editorial Porrúa, México 1981.

LEGISLACIÓN CONSULTADA

LEGISLACIÓN CONSULTADA

- 1.- Código de Comercio
 - 2.- Código Civil para el Distrito Federal
 - 3.- Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito
 - 4.- Ley General de Sociedades Mercantiles
 - 5.- Ley de Quiebras y Suspensión de Pagos
 - 6.- Ley de Navegación y Comercio Marítimos
 - 7.- Ley de Navegación
 - 8.- Ley Federal de Protección al Consumidor
 - 9.- Ley Sobre el Contrato de Seguro
-