

UNIVERSIDAD LATINA, S.C.



CAMPUS CENTRO

“LUX VIA SAPIENTIAS”

ESCUELA DE DERECHO

CON ESTUDIOS INCORPORADOS OFICIALMENTE POR LA
UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA DE MÉXICO

**LA EVALUACIÓN DEL EJERCICIO DEL COMERCIO
FORMAL E INFORMAL A LA LEY DE LA TEORÍA DEL
INTERÉS PREPONDERANTE**

T E S I S

QUE PARA OBTENER EL TÍTULO DE:

LICENCIADO EN DERECHO

P R E S E N T A:

CHRISTIAN CARLO PICO GUTIÉRREZ

ASESOR: LIC. ANTONIO MANUEL VEGA ROJAS



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.

ESTA TESIS NO SALE
DE LA BIBLIOTECA

Antonio M. Vega R.

ABOGADO

LIC. BEATRIZ LECHUGA MARTÍNEZ
DIRECTORA DE LA LICENCIATURA DE DERECHO.
UNIVERSIDAD LATINA, S.C.
CAMPUS CENTRO.

El alumno CHRISTIAN CARLO PICO GUTIÉRREZ, con número de cuenta 92616117-3, ha concluido bajo la asesoría del suscrito la investigación de Tesis Profesional intitulada "LA EVALUACIÓN DEL EJERCICIO DEL COMERCIO FORMAL E INFORMAL A LA LEY DE LA TEORÍA DEL INTERÉS PREPONDERANTE", que ha elaborado para ser admitida al examen Profesional de la Licenciatura de Derecho.

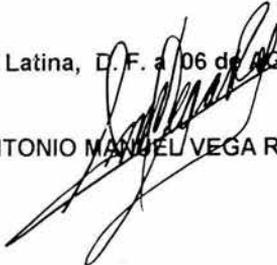
El trabajo de tesis se ha realizado bajo la dirección del suscrito, el alumno cumplió con las normas académicas de investigación sobre su tema, él cual es de considerarse de actualidad en lo referente a los derechos que predominan en el comercio informal y formal, los que tienen una gran influencia en la relación jurídica de nuestro país, por lo que el trabajo desarrollado es de análisis profesional.

Quedo a sus órdenes para cualquier aclaración y comentario al respecto, protestando a usted las seguridades de mi más atenta y distinguida consideración.

ATENTAMENTE.
"LUX VÍA SAPIENTIAS"

Universidad Latina, D. F. a 06 de AGOSTO del 2003.

LIC. ANTONIO MANUEL VEGA ROJAS.



AGRADECIMIENTOS

AGRADEZCO A DIOS POR TODO LO QUE ME HA DADO Y POR SEGUIR GUIÁNDOME EN ESTE CAMINO.

AGRADEZCO A MI PADRE Y A MI MADRE TODO EL AMOR, DEDICACIÓN, ESFUERZO, ENSEÑANZA, ADMIRACIÓN, CONFIANZA, APOYO Y LA INFLUENCIA QUE ME HAN DADO, PUES SIN ESOS ELEMENTOS MI VIDA SERÍA MUY DIFERENTE, GRACIAS, LOS AMO Y SIEMPRE LOS AMARE.

AGRADEZCO A MI HERMANO MARCO ANTONIO SU CARÍÑO, EXPERIENCIAS Y SU LIDERAZGO QUE AYUDO A MI FORMACIÓN YA QUE ERES Y SEGUIRÁS SIENDO UN EJEMPLO PARA MI.

AGRADEZCO A MIS HERMANOS IVÁN Y ALDO SU COMPAÑERISMO, CARÍÑO, AMISTAD Y MILES DE RISAS QUE ME HAN BRINDADO A LO LARGO DEL TIEMPO, EL CUAL ME HAN HECHO MUY FELIZ

UNA ESPECIAL DEDICACIÓN DE MI TRABAJO Y DE MI VIDA ES PARA MI HERMANO HAUDY ARMANDO, QUE AUNQUE TU CUERPO NO ESTE CONMIGO, SE QUE PRESENTE LO ESTAS.

PARA MI NANE, QUE EN MI MENTE SIEMPRE TE TENGO, Y QUE LOS RECUERDOS Y VIVENCIAS QUE NOS UNIERON JAMÁS SERÁN OLVIDADOS, ESPERO QUE DISFRUTES MI TRABAJO Y ESFUERZO.

PARA MI MAMÁ BECA CON TODO EL CARIÑO Y AMOR QUE ME BRINDÓ Y EL APOYO QUE ME DIO ESTANDO CON ELLA, PUES SIN SU AYUDA ESTO SERÍA MUY DIFERENTE, TE QUIERO MUCHO BECA.

PARA LA FAMILIA CHORRO GUTIÉRREZ, TÍA ELSA, TÍO RAMÓN Y MIS PRIMOS IAN Y YELA, CON MUCHO CARIÑO Y MUCHAS GRACIAS POR SU APOYO Y CARIÑO QUE ME HAN BRINDADO, LOS QUIERO MUCHO.

PARA MI NOVIA MONTSERRAT BECERRIL, GRACIAS POR TODO TU AMOR QUE HAS BRINDADO HACIA MÍ, Y SOBRE TODO TU APOYO, CONFIANZA Y AMISTAD, "TE QUIERO MUCHO CHUIQUIS".

PARA LA FAMILIA BECERRIL Y PEÑA, LIC. ENRIQUE BECERRIL Y LIC. MARCELA PEÑA, RENE, MARIO Y ANDREA, POR SU AMISTAD, APOYO, ENSEÑANZA Y SOBRE TODO SU CARIÑO INCONDICIONAL QUE ME HAN DADO, LOS QUIERO MUCHO.

PARA LAS FAMILIAS CATO PICO, GUTIÉRREZ CHÁVEZ,
PICO VELA, PICO LABORÍN, Y POR SUPUESTO A MI TÍO
ARTURO GUTIÉRREZ, GRACIAS POR SU CARIÑO.

AGRADEZCO INFINITAMENTE AL LIC. ANTONIO MANUEL
VEGA ROJAS SU GRAN APOYO Y ENSEÑANZA PARA LA
REALIZACIÓN DE MI TRABAJO, YA QUE SIN SU AYUDA Y
EXPERIENCIA ESTO SERÍA DIFERENTE, ASIMISMO LE
AGRADEZCO MAESTRO SU AMISTAD QUE ME BRINDO
DURANTE LA CARRERA Y HASTA ESTE MOMENTO, Y ESO
LO SABRÉ CORRESPONDER.

PARA MIS AMIGOS INCONDICIONALES PAOLA LEPE,
RICARDO ROSETTE, GULLERMO MENDOZA, VANESA
GUZMÁN, JESÚS HERNÁNDEZ, FRANCISCO ORDÓÑEZ,
BLANCA TORRES Y FRANCISCO PEÑA.

PARA MIS AÑEJOS Y MUY ESTIMADOS AMIGOS ROBERTO
OVIEDO, GERARDO JURADO, RUBEN PEREA, IGNACIO
MONTAÑÉZ, ENRIQUE AGUILAR, YESIKA NAVARRO, Y MI
VECINO MAURICIO.

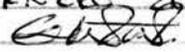
PARA CERVANTES CAZARES, S.C., GRACIAS POR SU
AMISTAD Y ENSEÑANZA, LIC. JAIR CERVANTES, LIC.
LOURDES CAZARES, JULIO, TONY, CHUCHO, MONTSE, Y
TANIA.

Autorizo a la Dirección General de Bibliotecas de la UNAM **INDICE** en formato electrónico e impreso el contenido de mi trabajo receptivo.

NOMBRE: CHRISTIAN CARLO

PICO GOTIERREZ

FECHA: 27 ENERO 2004.

FIRMA: 

PRÓLOGO

I-II

INTRODUCCIÓN

III-IV

CAPÍTULO 1.- EL COMERCIO COMO DERECHO MÍNIMO FUNDAMENTAL. 1

1.1.- Desarrollo Histórico del Derecho Mercantil. 2

1.2.- El Concepto de Comercio y el Acto de Comercio en el Código de Comercio. 9

1.3.- La Libertad Constitucional del Comercio (Artículo. 5º Constitucional). 23

1.4.- El Comercio como Derecho Humano. 29

1.5.- Obligaciones Gubernamentales de Fomentar el Comercio. 33

CAPÍTULO 2.- LA LIBRE CONCURRENCIA. 36

2.1.- Definición. 36

2.2.- La Libre Concurrencia en el Artículo 28 Constitucional. 41

2.3.- La Competencia Leal. 44

2.4.- Reglas de Competencia en la Ley de Competencia Económica. 49

2.5.- Los Delitos Federales Contra el Consumo. 54

CAPÍTULO 3.- DEL COMERCIO.	65
3.1.- El Comercio Formal.	66
3.2.- El Informal o Ambulante.	75
3.3.- El Mercado Negro.	78
3.4.- La Piratería.	89
3.5.- La Competencia Desleal.	96

CAPÍTULO 4.- LA TEORÍA DEL INTERÉS PREPONDERANTE EN EL COMERCIO FORMAL E INFORMAL.	99
---	----

4.1.- Presentación de la Teoría.	100
4.2.-El Bien Jurídico Tutelado en los Casos de Comercio Formal e Informal.	101
4.3.- La Competencia Competitiva entre el Comercio Formal e Informal.	103
4.3.1.- En Gastos de Operación.	106
4.3.2.- En Infraestructura Operativa.	108
4.3.3.- En Acreditamiento al Público.	109
4.3.4.- En Limpieza y Ecología.	110
4.3.5.- En la Producción de Bienes y Servicios.	114

4.3.6.- En Contribución.	115
4.3.7.- En Tránsito.	117
4.3.8.- En su Mercancía.	121
4.4.- El Comercio Informal y el Derecho Social.	123
4.5.- Propuestas de Solución, (Artículo 5º Constitucional).	125
CONCLUSIONES.	129
BIBLIOGRAFÍA.	132

PRÓLOGO

El objetivo general que se persigue con este trabajo de tesis, es el hecho de demostrar que partiendo de ese derecho mínimo fundamental del hombre, y la igualdad jurídica de todos los individuos frente a la ley, el gobierno debe de establecer medidas específicas, a través de las cuales respete cada uno de estos derechos y pondere su situación para que este en aptitud de resolverla de una buena vez.

Se han dictado y aprobado algunos bandos, programas y reglamentos del comercio ambulante, pero eso definitivamente no responden a las necesidades de la sociedad, que día a día exige mayores posibilidades a través de las cuales, pueda subsistir en este controvertido planeta.

Y esto, corre en relación a la necesidad de fijar un parámetro que permita definir la situación entre lo que sería los comerciantes formales, frente a los informales, hemos escogido la Teoría del Interés Preponderante, debido a que esta teoría la aplica el juez en su función jurisdiccional, y se basa en preponderar cuales son los elementos que se tienen en el caso, para decidir cual es el bien jurídico tutelado que necesita mayor protección en caso de que ambos sean útiles a la sociedad.

Sin duda existe la necesidad de preponderar los bienes a tutelar para poder definir una circunstancia concreta.

Lo anterior, nos permitirá considerar si realmente la competencia desleal que evidentemente provoca el comercio ambulante debe ser reprimida por el gobierno, o bien se debe de encausar esta necesidad social de los ambulantes para llevar a cabo un proceso a través del cual, puedan llevar a cabo su ambulante en una forma por demás reglamentada, en sitios en donde no estorben, en donde definitivamente no hagan la competencia desleal a comerciantes, esto es que no se les tapen la visibilidad, la cortina, la entrada, etc, y que de alguna manera, preponderando el bien jurídico que consiste en la libertad de comercio, se

pueda fijar dentro de nuestra legislación, reglas a través de las cuales se logre dar efectividad a los bienes jurídicos que la propia legislación trata de proteger.

Por eso, hemos establecido en términos generales la idea de evaluación del ejercicio del comercio tanto en formal como en informal, para que en un momento determinado podamos establecer los elementos que rodean a uno frente a los elementos del otro, ponderarlos, y declinar la balanza al final del estudio beneficiando a unos o a otros.

INTRODUCCIÓN

Realmente, el problema del ambulante en México, no deberá de significar problema alguno.

El derecho al desarrollo, la garantía de libre comercio, establecida en el artículo 5º constitucional, el derecho fundamental ha poderse desarrollar, tanto individual como colectivamente, ha dado pie para que en todo el mundo, a través de la venta ambulante, estas personas puedan lograr una cierta vía idónea a través de la cual, puedan estar en aptitud de formalizar sus negocios.

Sin duda, todos los grandes negociantes que ahora reclaman su espacio y que reclaman una competencia desleal, empezaron con pequeños negocios, e incluso pudieron haber sido hasta vendedores ambulantes, a través de sus agentes de ventas, que salen a la calle a vender casa por casa, comercio por comercio o industria por industria.

El hecho es que ahora en los centros de mayor concentración poblacional, aquellas personas a las cuales realmente les costo trabajo en conseguir un local, pagar exorbitantes precios en renta, aguantar las diversas inspecciones gubernamentales, liquidar a su contador respectivo, etc., ha hecho que de alguna manera se produzca la deslealtad en la manera de comerciar.

Realmente no es proporcional el hecho de que la persona instala su comercio y a los dos o tres días llega otra persona que instala su comercio ambulante.

En principio, el ambulante tiene que sufrir, con el hecho de traer y llevar sus mercancías, puesto que no va tener un lugar para dejarlas.

Por otro lado, resulta evidente que vamos a encontrar la necesidad de que en ambas partes, pueden necesariamente pensar en poder vender sus mercancías para poder subsistir.

La lucha del comercio formal tan solo es que esa competencia pueda ser leal.

El tema se justifica, en virtud de que la libertad de comercio como hemos dicho es un derecho mínimo fundamental del hombre; y es el caso de que este derecho mínimo fundamental esta instituido como una garantía individual fijada en el artículo 5º constitucional, y frente a este va existir todo un cúmulo de convenios internacionales que lo han hecho una garantía de derecho humano fundamental.

En la declaración de los derechos humanos, en los pactos de derechos públicos y civiles de las personas, en la convención interamericana de derechos humanos, e incluso existe la declaración al derecho al desarrollo, que ha sido auspiciada en el seno de la Organización de las Naciones Unidas, para llevar a cabo una protección de tipo mínima fundamental hacia los intereses de las personas, para que estas tengan opciones de desarrollo.

Sin lograr a dudas, puesto que se trata de una garantía individual, y puesto que se trata de un derecho humano fundamental, pues es trascendental el hecho de generar una norma del más alto rango como es la constitucional, para que se pueda equilibrar dicha garantía, en base a la preponderación jurídica que podamos hacer, para darle la posibilidad al ejercicio del comercio ambulante, respetando siempre el comercio leal y hacer la competencia de una forma proporcional.

De ahí, que nuestra propuesta, podría ir al artículo 5º constitucional, adicionándole un párrafo que establecería suficientemente las posibilidades a través de las cuales, se podría generar una mayor protección a esa garantía individual y al derecho humano fundamental como es la libertad del comercio, profesión, industria y trabajo.

CAPÍTULO I

EL COMERCIO COMO DERECHO MÍNIMO FUNDAMENTAL.

Un grave problema esta sucediendo con la población mexicana, y éste radica en el sentido de que los comerciantes formales y organizados, no quieren dejar que otras personas que se inician en el comercio, puedan hacer su desarrollo iniciándose como comerciantes ambulantes, alegando comercio ilegal y deslealtad en el mismo.

Es importante hacer la aclaración, de que muchos de los comerciantes establecidos, alguna vez fueron ambulantes o alguna vez fueron agentes de ventas, o de alguna manera han tenido que hacer tratos casa por casa, o bien teléfono por teléfono, o que han realizado sus operaciones mercantiles de compra y venta de mercancías de una manera no reguladas y sin la formalidad que establece nuestra legislación.

Son varias las situaciones que alega el comercio formal y por otro lado, son varias las situaciones que alegan los ambulantes o comerciantes informales.

En este trabajo de tesis, la vamos a agrupar, la vamos a observar desde el punto de vista del derecho, partiendo desde el derecho humano fundamental y la garantía constitucional, para poderlos comparar, analizar y ponderar.

Dicho de otra manera, que una vez que sepamos cuales son las razones de uno y otro bando, vamos a establecer la teoría del interés preponderante, que nos dice que si hay un conflicto entre dos derechos, el que se debe elegir es el que pueda satisfacer con mayor amplitud las necesidades de la sociedad sin causar algún daño o perjuicio a esta.

Por esta razón, en este primer capítulo vamos a observar al derecho de comercio como un derecho mínimo fundamental, de tal manera, que sin tener intenciones de parcialidad hacia uno y otro lado, es necesario observar los derechos en pugna de ambos casos.

1.1.- DESARROLLO HISTORICO DEL DERECHO MERCANTIL

Antes que nada daremos una definición de lo que es el Derecho Mercantil;

“ Es una rama del derecho privado que regula los actos de comercio, el estado (status) de los comerciantes, las cosas mercantiles y la organización y explotación de la empresa comercial.

El concepto de cada uno de estos elementos y el ámbito mismo de aplicación de la disciplina, se establecen en la legislación de la materia (Código de Comercio y leyes mercantiles), por lo que debe admitirse que la del Derecho Comercial, más que definición es una enumeración o descripción de sus componentes, y que se trata de un criterio variable de Derecho Positivo: pertenecen al Derecho Mercantil aquellas materias que las leyes comerciales le atribuyen.

Sin embargo, dicho contenido y tal descripción no es caprichosa, ni arbitraria, ni depende solamente de la voluntad del legislador. La mayor parte de la materia comercial ha venido a formar parte de tal derecho porque éste tiende a comprender instituciones y negocios económicos (la empresa, el transporte), que él va recogiendo y regulando; es un derecho que históricamente se ha desarrollado con los sistemas económicos mismos. Empero, ciertas relaciones, también de Derecho Privado, siempre han quedado excluidas y han sido atribuidas al Derecho Civil, al Derecho Agrario, y al Derecho Laboral.

Al desarrollarse, se independiza del tradicional Derecho Civil, y se afirma como una rama autónoma en virtud de notas propias que lo caracterizan y que lo distinguen de aquél: su

carácter uniforme, su tendencia cosmopolita, la ausencia de formalidades y la nota de especulación propia de los negocios comerciales.

Por otra parte, el bien en lo sustancial el derecho mercantil sigue siendo una parte del tradicional derecho privado, que fundamentalmente protege derechos individuales y subjetivos, tiende cada vez más a comprender derechos patrimoniales del Estado, derechos de categorías económicas (empresarios, personal de las empresas), e inclusive, los llamados derechos difusos, aplicables a toda la población, como en los casos del derecho al consumo, o al abasto. Estos nuevos campos de aplicación del derecho mercantil, tienden a separarse de éste y ampararse en una nueva disciplina que está en evolución, pero que aún no cobra autonomía: el derecho económico.

Otras leyes mercantiles más se han promulgado para regular instituciones y materias no comprendidas en el código de 1889; como son, principalmente, las de instituciones de crédito, de seguros y de fianzas la llamada Ley Federal de Competencia Económica, antes Ley de Monopolios; la de Invencciones y Marcas. Y recientemente, leyes con finalidad de protección de intereses públicos: como la de inversiones extranjeras; la de transferencia de tecnología, la de protección al consumidor.

Frente a tal fenómeno de disgregación legislativa y multiplicidad de leyes especiales, no se ha perdido la idea de reunificar las materias comerciales en un nuevo código; y al efecto, a partir de 1929 hasta el año de 1982, se han formulado diversos proyectos para un nuevo Código de Comercio, todos los cuales han sido abandonados, no tanto por sus defectos y omisiones (como el último de 1982, que inclusive llegó a la Cámara de Diputados, la que lo ha difundido en busca de comentarios y observaciones). Juzgo inconveniente esa unificación total, dado el gran número de leyes, reglamentos, decretos sobre la materia: la variedad, complejidad y diversidad de negocios, de instituciones, de títulos y documentos mercantiles la injerencia creciente del Estado en la vida económica, y la existencia de relaciones de intereses y de textos internacionales, al lado de las de carácter interno.”¹

¹ “Diccionario Jurídico 2000”. Desarrollo Jurídico Copyright 2000. Todos los Derechos Reservados. DJ2K – 870

El comercio desde sus inicios, ha tenido una larga trayectoria.

El hombre cuando se convierte en sedentario y empieza a producir, va a encontrar excedentes en su producción que necesariamente tiene que intercambiar con otros productos para su vida cotidiana.

Luego, se empiezan a producir en serie y con esto, se empiezan a tener los diversos problemas que atañan a el desarrollo de los actos de comercio.

Así podemos decir que los marchantes inicialmente fueron mercaderes, y que sus mercados, para poderlos satisfacer, tenían que llevar sus mercancías de un lugar a otro y en muchas de las ocasiones hacían una caravana de mercaderes, que llevaban a cabo un tianguis o un mercado de tipo ambulante.

Roberto Mantilla Molina, al comentarnos la situación del comercio en el mar mediterráneo, hace alusión a la reglamentación a las leyes de Rodias, diciendo lo siguiente: “mención especial merecen el derecho de la isla de Rodas, habitada por un pueblo heleno, cuya legislación referente al comercio marítimo alcanzó tal perfección que un emperador romano, Antonio, hubo de declarar que así como a él le correspondía el imperio de la tierra, a la ley rodia incumbía el del mar.

A través de su incorporación en el Derecho Romano, las leyes rodias han ejercido un influjo que perdura en nuestros días; la Echazón que es el reparto proporcional, entre todos los interesados en la suerte de un buque, del valor de los objetos que se hechan al mar para salvarlo, esta incluida en la regulación que casi todas las leyes mercantiles nacen de las averías comunes, y se conserva los caracteres con que la establecieron las Leyes Rodias. La palabra desapareció de la legislación mexicana en 1963, al entrar en vigor la ley de navegación y comercio marítimo.”²

² MANTILLA MOLINA, Roberto. “Derecho Mercantil”. Editorial Porrúa, S.A. Vigésima Novena Edición. México. 1998. Pág. 4.

A la luz de lo dicho por el autor citado, vamos a encontrar que se inicia una serie de reglamentaciones, a través de las cuales, se intenta normatizar el comercio.

De hecho cuando se desarrolla con mayor incidencia, los comerciantes no solamente necesitan reglas y leyes que rigieran sus conductas, sino también necesitaron financiamiento, para colocarlo ha producir.

Esto provoco también, la necesidad de la invención de los títulos de crédito como garantía cambiaria.

José Gómez Gordo, cuando nos explica sobre el particular dice: “ el suministro o provisión de fondos y la distancia eran los dos conceptos de los documentos que se emplearon en las ciudades italianas durante la edad media, en la que hubo un gran movimiento mercantil.

Ya en la Edad Media comienza la evolución de la letra de cambio original.

Hacia el siglo VIII surge la teoría del contrato literal que, sin embargo, no se había planteado formalmente sino hasta el año 1734 en Holanda, en donde se señalaba que la letra de cambio ya no era simplemente el documento comprobatorio del suministro de fondos que el suscriptor o girador hacia al girado o canpsor para que la entregara al beneficiario en otra plaza; y que por tanto, era necesario que fuera considerada de ahí en adelante como un documento que contiene en si mismo una promesa de pago.”³

Se va estilizando la transacción de tipo mercantil, y se va dando a este tipo de actos, una posibilidad concreta de tener una organización y una cierta seguridad jurídica que pueda asegurar la redituabilidad que espera el comerciante, en el momento en que lleva a cabo su acto comercial.

³ GÓMEZ GORDOÀ, José. “Los títulos de Crédito”. Editorial Porrúa, S.A. Cuarta Edición. México. 2000. Pág. 86.

Sin lugar a dudas, estas son circunstancias por demás trascendentales, que definitivamente harán que en todo el mundo, el comercio necesariamente deba de estar reglamentado.

Ahora bien, la forma en que se desarrollaba el comercio, era de las dos maneras, una de tipo formal con lo que son los locales fijos, y otra que eran las caravanas de comerciantes que iban de un lugar a otro llevando a cabo su acto de comercio.

Definitivamente, se empezaron a generar nuevas circunstancias que van exigiendo para todos y cada uno de los ciudadanos, su derecho a poder desarrollarse a través del comercio.

Claro esta, que los derechos del consumidor, esto es, la persona que esta del otro lado, no se van a desarrollar sino hasta el siglo XX.

De ahí, que se inician estableciéndose en un marco jurídico a través del cual, el hombre va a tener garantizada la posibilidad de llevar a cabo sus actos de comercio.

Ahora bien, después de la Edad Media y terminando la Época Feudal, vamos a encontrar un documento de gran importancia como lo es la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789, documento con el cual termina la revolución francesa.

En este documento, vamos a encontrar en el artículo 4º lo siguiente: "La libertad consiste en poder hacer todo lo que no perjudica a otros; así, el ejercicio de los derechos naturales de cada hombre no tiene otros limites que los que garantizan a los demás miembros de la sociedad el goce de esos mismos derechos, estos limites pueden ser determinados por la ley."⁴

Se empieza ya ha generar un Derecho Mínimo Fundamental, a través del cual, el acto de comercio deberá estar regido por un principio básico que consiste en el hecho de respetar

⁴ "Bicentenario de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano". Secretaría de Gobernación. Tercera Edición. México. 2000. Pág. 13.

los derechos del otro, y de poder tener un libre comercio siempre y cuando no se perjudique a otro.

Sin duda, se empieza ya a dar la idea generalizada en el sentido de que nuestro derecho termina en el momento en el que empieza el derecho de nuestro vecino.

Así, se empieza ya a tecnificar también el comercio, y ahora se va a encontrar como se empieza a clasificar la forma del comercio, si este es interno, terrestre, marítimo, si es al menudeo, o al mayoreo, si es por cuenta propia o se ejerce condición etc.

La cosa es que se empieza a dar ya al comercio un marco legal a través del cual se a de poder desarrollar de manera ordenada y reglamentada.

Aparejado con esto, pues es evidente que también la administración de justicia comercial se va erigiendo, esto es, se va instituyendo y desarrollando a la par en que el comercio día tras día crece de una manera exagerada.

Así tenemos como también surgen los diversos consulados y ordenanzas españolas, que también van a regir en nuestro país.

De tal manera, que para México, la idea del comercio como una garantía, va a empezar a establecerse a partir de 1857.

Santiago Barajas Montes de Oca al hablarnos sobre el particular, hace alusión a lo siguiente: "respecto del artículo 5 que se comenta, cuando fue presentado un proyecto de relación que seguía en lo general las ideas de la constitución de 1857, un grupo de diputados, entre quienes destacaron Heriberto Hara, Victoriano Góngora, Héctor Victoria y Esteban Vaca Calderón, todos ellos ligados a la diputación representativa del sector obrero, propusieron incluir en el texto presentado algunos aspectos relacionados con el salario y con la jornada de los trabajadores. La reacción en contra no se hizo esperar, pues un numeroso grupo de constituyentes se opuso a tal pretensión por considerar que la inclusión propuesta pugnaba con

el sistema constitucional tradicional, tendiente solo a garantizar la libertad y la acción del individuo, pero no ha reglamentar actividades propias de un determinado sector público y mucho menos relaciones internas de trabajo.”⁵

Como consecuencia de lo dicho por el autor citado, hemos de encontrar que en nuestro país, siguiendo las usanzas europeas principalmente, se va a gestar esa noción de considerar el comercio totalmente separado de lo que sería la relación laboral y por supuesto otorgándole la libertad como un derecho que solamente tendría que tener la limitante en el sentido de que dicho derecho llega hasta el momento en que no perjudique al derecho de terceros.

Se va conformando con esto en nuestro país, no nada mas una idea del derecho de comercio sino también se va conformando, un Derecho Mercantil, que en la actualidad se esta expandiendo día tras día, y que el derecho debe y está obligado a regir todas y cada una de las operaciones que el público en general realiza, y así prever de alguna manera actividades comerciales o cuestiones que en un momento dado se puedan dar en un futuro; logrando que todos los actos de comercio estén regidos en una ley o reglamento, que los mismos se encuentren regulados en todas y cada una de sus características, y en un momento dado, sancionados por el mismo derecho aplicándose por igual entre todos los individuos que se encuentran en el mismo supuesto.

Así, vamos a encontrar no solamente un Código de Comercio, sino también una Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, Ley General de Sociedades Mercantiles, una Ley Sobre Competencia Económica, y no se diga sobre cuestiones bursátiles, en donde todavía en donde el derecho ha quedado mucho muy rezagado en relación a los usos y formas que se llevan a cabo en el Derecho Bursátil, por las constantes fluctuaciones de lo que son acciones, papel comercial, y todas esas obligaciones que se comercian no solamente en la casa de bolsa, sino en los actos comerciales que se llevan a cabo alrededor del mundo.

⁵ BARAJAS MONTES DE OCA, Santiago. “Comentarios al Artículo V Constitucional”. Editorial Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas. Décimo Cuarta Edición. México. 1995. Pág. 15.

1.2.- EL CONCEPTO DE COMERCIO Y EL ACTO DE COMERCIO EN EL CÓDIGO DE COMERCIO.

Al parecer hay problemas bastantes serios en lo que es nuestra legislación, para poder determinar un cierto concepto valedero, que haga posible el tener los elementos de una definición de lo que sería el acto de comercio.

De tal manera, desde el punto de vista teórico, podemos ocupar las palabras de los autores Octavio Calvo y Arturo Puentes, quienes sobre la palabra comercio nos dice: “ la palabra comercio trae a nuestra mente la idea de una relación entre personas que dan y reciben recíprocamente, que compran y venden, pero, en realidad, el vocablo tiene una significación mas amplia que la de cambio, la de aproximación, la de poner al alcance a alguien una cosa o producto o lo que es lo mismo, que significa cambio por un lado y aproximación por el otro lado de quien adquiere o produce, hacia el que consume, es decir, una función de intermediación o intercambio. Ahora bien, esa intermediación, se realiza con el propósito o finalidad de obtener una ganancia, un lucro. Queda así integrada la noción de comercio: cambio o intermediación con propósito de lucro. Este es el concepto económico del comercio; pero el concepto jurídico del comercio es mas amplio y lo establece la ley al hablar de los actos de comercio.”⁶

El intercambio reciproco entre personas que dan y otras que reciben.

Y el elemento principal que consideramos del acto de comercio se vislumbra completamente en la definición de los autores citados, esto es el lucro.

Y una definición de lucro es la siguiente:

(Del latín *lucrum*.) Ganancia o provecho que se saca de una cosa.

⁶ CALVO, Octavio y PUENTE, Arturo. “Derecho Mercantil”. Editorial Banca y Comercio, Quincuagésima Edición. México. 2001. Pág. 1.

Concepto técnico: ganancia o utilidad obtenida en la celebración de ciertos actos jurídicos, que el ordenamiento legal califica de lícita o ilícita, según su exceso o proporción, para atribuirle determinadas consecuencias de derecho.

Los términos "lucro", "especulación comercial" e "interés", suelen utilizarse con frecuencia como sinónimos por lo que conviene hacer su distinción:

"Por especulación comercial debe entenderse la realización ordinaria o habitual de actos que el Código de Comercio reputa como comerciales (actividad comercial en función del fin que se persiga en su ejecución) (fin de lucro), o sea los relativos al comercio propiamente dicho (artículo 75, fracciones I y II, del Código de Comercio.) y a la industria, a través de la organización y funcionamiento de la empresa comercial (artículo 75, fracciones V, XI, XIV y XVI); o bien, que los actos sean accesorios o conexos de esos otros actos de comercio principales". El lucro pues, es la ganancia obtenida, el resultado de una actividad, y la especulación es el propósito de ese resultado.

Por lo que hace al "interés", jurídicamente tiene dos acepciones:

La. Ganancia o utilidad que se obtiene o se persigue en la celebración de contratos de mutuo o préstamo onerosos (artículos 2393 del Código Civil y 358 Código de Comercio.), en sentido estricto; y, en sentido amplio: "toda prestación pactada a favor del acreedor, que conste precisamente por escrito, se reputará interés"

La intención o propósito de lucro es utilizado por el legislador para determinar como comerciales ciertos actos o ciertas empresas que persigan o tengan dicho fin, que tengan una finalidad especulativa propiamente dicha. Así, serán actos civiles, regulados por el derecho común, los que no persigan fines de lucro; y actos comerciales, los que se realicen con la intención o el propósito de obtener ganancias (artículo 75, fracciones I y II, del Código de Comercio.); por ejemplo, el consumidor realizara actos civiles, puesto que no persigue obtener utilidades con la adquisición de los productos o servicios, sino satisfacer necesidades de índole personal; el comerciante, en cambio, realizará un acto de comercio (artículos 3o. y 75 del

Código de Comercio.), puesto que compra o vende mercaderías o presta servicios, con el exclusivo propósito de obtener ganancias, por lo que su actividad estará regulada por las leyes mercantiles.”⁷

Este lucro nos lleva a hablar de lo que es la especulación.

Esto es, que cuando una persona compra mercancías para revenderlas, y no para su uso personal, lo que va a hacer necesariamente es la obtención de un lucro, esto es, va a especular con la mercancía, puesto que también corre un riesgo en el sentido de no poderla vender.

Sobre este concepto de especulación, el autor Rafael de Pina dice: “la especulación es la actividad comercial realizada con el ánimo de lucro.”⁸

Daremos una definición también de lo que es la especulación;

“(Del latín *speculatio*, de *speculari*, observar.) Operación comercial que se practica con ánimo de lucro.

Se refiere a todas las actividades sobre mercaderías, títulos de crédito, o inmuebles cuyo fin primordial es el obtener un lucro, bien sea por la reventa o por la explotación que se haga de los mismos.

El término de lucro ha sido considerado por algún sector de la doctrina como la expresión o naturaleza de los actos de comercio.

En términos generales, la especulación se encuentra controlada por la legislación mexicana, siendo dicho control una de las expresiones de la intervención estatal que día con día se va acrecentando.”⁹

⁷ Diccionario Jurídico 2000. Desarrollo Jurídico Copyright 2000. Todos los Derechos Reservados. DJ2K 1715

⁸ PINA, Rafael, de. “Diccionario de Derecho”. Editorial Porrúa, S.A. Vigésima Primera Edición. México. 1995 Pág. 167.

⁹ Diccionario Jurídico 2000. Desarrollo Jurídico Copyright 2000. Todos los Derechos Reservados. DJ2K - 1118

Es notable como el acto negocial siempre tiene la tendencia a ser especulativo.

Sin duda, el hecho de que nuestra legislación en el Código de Comercio vaya a considerar que el acto de comercio sea el que específicamente señala la ley, esto no nos dice nada sobre lo que sería el concepto dogmático del comercio y el acto comercial.

Y de lo anteriormente señalado daremos una descripción de lo que sería el COMERCIO y lo que serían LOS COMERCIANTES;

COMERCIO:

“(Del latín commercium, de cum, con y merx-cis, mercancía.) Constituye una actividad lucrativa que consiste en la intermediación directa o indirecta entre productores y consumidores de bienes y servicios a fin de facilitar y promover la circulación de la riqueza.

Derecho Económico. Esta actividad de intermediación -también ubicada en la etapa de circulación o distribución dentro del sistema económico de libre empresa- para ser tal debe tener los siguientes caracteres: a) Ser de intermediación entre productores y consumidores; b) Ser de intermediación a través del cambio (operación sinalagmática); c) El cambio debe ser habitual para que asuma la función de profesionalidad, y d) Debe haber un fin de lucro.

Derecho Mercantil. Es un concepto que pertenece al mundo de la economía, ya que ésta se ocupa de la circulación de la riqueza, pero guardando un estrecho vínculo con el derecho, pues hay una relación social que lo pone en movimiento.

Económicamente es la actividad de intermediación entre productores y consumidores que se efectúa con la finalidad de obtener un lucro.

En términos jurídicos el comercio no es sólo una intermediación lucrativa, sino también la actividad de las empresas, de la industria, de los títulos de crédito, etc. El concepto

jurídico es variable, porque se refiere a lo que el legislador haya querido reputar como tal y este concepto lo plasma a lo largo del derecho positivo y de una manera implícita.

La libertad de comercio, por supuesto, no es ilimitada, según se desprende de la lectura del propio artículo 5º Constitucional: "... el ejercicio del comercio sólo podrá vedarse por determinación judicial cuando se ataquen los derechos de terceros, -maniobras desleales dirigidas a su competidor- o por resolución gubernativa dictada en los términos que marque la ley, cuando se ofendan los derechos de la sociedad. -La base de esta restricción es evitar el daño al público consumidor-. Tampoco puede admitirse convenio en que la persona pacte su proscripción o destierro, o que renuncie temporal o permanentemente a ejercer determinada profesión, industria o comercio".

En el artículo 28º de la ley fundamental -que tiene un lazo indisoluble con el anterior dispositivo- nos habla sobre la prohibición de monopolios o estancos, a excepción de los controlados por el Estado y de "concentración o acaparamiento en una o pocas manos de artículos de consumo necesario, que tenga por objeto obtener el alza de los precios..."¹⁰

COMERCIANTE:

“(Derivado de comercio y éste a su vez del latín commercium, de cum = con y merx-cis = mercancía.)

De acuerdo con el artículo 30 del Código de Comercio., se reputan comerciantes las personas que, teniendo capacidad legal para ejercer el comercio, hacen de él su ocupación ordinaria; las sociedades constituidas conforme a las leyes mercantiles; y las sociedades extranjeras o las agencias o sucursales de éstas que ejerzan actos de comercio dentro del territorio nacional. Como se ve, el Código de Comercio distingue entre dos tipos de

¹⁰ “Diccionario Jurídico 2000”. Desarrollo Jurídico Copyright 2000. Todos los Derechos Reservados. DJ2K –

comerciantes, los individuales y los colectivos y establece para la atribución de tal carácter criterios diversos; así en cuanto a los comerciantes individuales, se basa en un criterio material, como lo es el hacer del comercio su ocupación ordinaria; en cuanto a las sociedades, distingue si se trata de sociedades mexicanas, a las que les aplica un criterio estrictamente formal (que se constituyan conforme a las leyes mercantiles) de las sociedades extranjeras o agencias o sucursales de éstas para las cuales establece un criterio mixto, consistente, por una parte, en que reúnan los requisitos exigidos por las leyes de las que son nacionales para considerarse como sociedades y, por la otra, que realicen actos de comercio en el territorio nacional.

Comerciantes Individuales. En cuanto se refiere al comerciante individual, éste obviamente debe tener capacidad de ejercicio y realizar, según acepta la doctrina en forma unánime, actos de comercio de manera habitual independientemente de que esa sea o no su ocupación ordinaria o principal. Pero además, hay que señalar que de conformidad con los artículos 3 y 75 del Código de Comercio, el concepto de comerciante es genérico, pues comprende a los mercaderes, arrendatarios, constructores, fabricantes, banqueros y demás personas que en forma habitual realizan actos considerados como de comercio por el artículo 75. Ello a nuestro modo de ver, requiere una somera explicación. En efecto, consideramos que el derecho mercantil es una categoría histórica, esto es, una rama del derecho que más que cualquiera otra, apareció y se desarrolla obedeciendo a razones eminentemente prácticas acaecidas durante el proceso histórico, las cuales, en la inmensa mayoría de los casos precedieron a los conceptos jurídicos. De acuerdo con este orden de ideas, podemos afirmar que en los albores del Derecho Mercantil las actividades comerciales quedaban restringidas a la compra para revender y al transporte, más con el devenir histórico las actividades consideradas como comerciales fueron aumentando, aunque en algunos casos o en la mayoría de ellos, las personas que las realizaban conservaron denominaciones más concretas que por costumbre se empleaban para identificarlas según el ramo de su actividad: fabricantes, banqueros, constructores, etc.

Pero además, a las actividades consideradas como comerciales se agregaron actos que, aunque normalmente eran celebrados por los comerciantes, no atribuyen a las personas que los

efectúan el carácter de tales, aunque sí provocan la aplicación del Derecho Mercantil: tales son los casos de suscripción en cualquier forma de títulos de crédito, remesas de dinero de una plaza a otra, etc. De aquí resulta que la necesidad de determinar la realización habitual de cuáles actos son los que atribuyen el carácter de comerciante y cuáles otros son los que solamente se encuentran sujetos a las disposiciones del Derecho Mercantil.

Respecto de los comerciantes sociales parece necesario distinguir entre sociedades mexicanas y sociedades extranjeras, pues los requisitos que exige el artículo 3 del Código de Comercio, son diversos para cada una de ellas.

Sociedades Mexicanas. Los artículos 1 y 4 de la Ley General de Sociedades Mercantiles, consideran mercantiles aquellas sociedades que tomen alguna de las siguientes formas: sociedad en nombre colectivo; sociedad en comandita simple; sociedad de responsabilidad limitada; sociedad anónima, sociedad en comandita por acciones, y sociedad cooperativa. Con otras palabras, la ley no nos da un concepto de sociedad mercantil, sino que solamente atribuye tal carácter a aquéllas que se constituyan en alguna de las formas que indica. Ello, según entendemos, obedece también a razones de tipo histórico y creemos que el legislador al atribuir el carácter mercantil a las sociedades antes mencionadas no hizo otra cosa que reconocer y regular los tipos sociales a través de los cuales los comerciantes tradicionalmente se habían venido agrupando para realizar sus operaciones mercantiles.

Sociedades Extranjeras. De conformidad con la fracción III del artículo 3 del Código de Comercio, son también comerciantes las sociedades extranjeras o las agencias o sucursales de estas que ejerzan actos de comercio dentro del territorio nacional. Ello, según entendemos, requiere, por una parte, la demostración de que la sociedad se constituyó conforme a la ley del país de donde es originaria y, en su caso, la dependencia de su agencia y sucursal; y lo estimamos de tal manera en virtud de que no sólo bastaría la afirmación de que un ente se constituyó como sociedad en el extranjero, sino que se exige una comprobación real. En apoyo de lo dicho los artículos 250 y 251 de la Ley General de Sociedades Mercantiles, requieren para atribuir personalidad jurídica a las sociedades extranjeras, entre otras cosas, el comprobar que se han constituido de acuerdo con las leyes del Estado de que sean nacionales y que se

establezcan en la República o tengan en ella alguna agencia o sucursal. Pero además, se requiere también para considerarlas como comerciantes, que sean titulares, agentes o sucursales, de una empresa mercantil en los términos establecidos para los comerciantes individuales, esto es, que realicen actos de comercio en forma habitual y profesional dentro del territorio de la República y obtengan la autorización gubernamental y el registro que previenen los artículos 260 a 264 de la Ley General de Sociedades Mercantiles.”¹¹

De hecho, el artículo 3, menciona cuales son las personas comerciantes.

Dicho artículo dice: “ Artículo 3.- Se reputan el derecho comerciantes:

I.- Las personas que teniendo capacidad legal para ejercer el comercio, hace de el su ocupación ordinaria;

II.- Las Sociedades constituidas con arreglo a las leyes mercantiles;

III.- Las Sociedades extranjeras o las agencias o sucursales de estas, que dentro del territorio nacional ejerzan actos de comercio.”¹²

Nótese como en ningún momento hace la definición de lo que podría ser el concepto de comercio o cuando menos, la idea generalizada del acto de comercio.

Solamente se van a establecer algunas nociones de las formas de exteriorización de la conducta de los comerciantes, por tal motivo, el artículo 75 de el Código de Comercio, hace una descripción de lo que por acto de comercio vamos a entender con fines mercantiles y son:

“Artículo 75.- La ley reputa actos de comercio:

¹¹ “Diccionario Jurídico 2000”. Desarrollo Jurídico Copyright 2000. Todos los Derechos Reservados. DJ2K 522.

¹² Legislación de Comercio. “Código de Comercio”. Editorial Sista. Edición 2000. México. Pág. 3.

- I. Todas las adquisiciones, enajenaciones y alquileres verificados con propósito de especulación comercial, de mantenimientos, artículos, muebles o mercaderías, sea en estado natural, sea después de trabajados o laborados;
- II. Las compras y ventas de bienes inmuebles, cuando se hagan con dicho propósito de especulación comercial;
- III. Las compras y ventas de porciones, acciones y obligaciones de las sociedades mercantiles;
- IV. Los contratos relativos a obligaciones del estado u otros títulos de crédito corrientes en el comercio;
- V. Las empresas de abastecimientos y suministros;
- VI. Las empresas de construcciones y trabajos públicos y privados;
- VII. Las empresas de fábricas y manufacturas;
- VIII. Las empresas de transporte de personas o cosas, por tierra o por agua, y las empresas de turismo;
- IX. Las librerías y las empresas editoriales y tipográficas;
- X. Las empresas de comisiones, de agencias, de oficinas de negocios comerciales y establecimientos de ventas en pública almoneda;
- XI. Las empresas de espectáculos públicos;
- XII. Las operaciones de comisión mercantil;

- XIII. Las operaciones de mediación en negocios mercantiles;
- XIV. Las operaciones de bancos;
- XV. Todos los contratos relativos al comercio marítimo y a la navegación interior y exterior;
- XVI. Los contratos de seguros de toda especie, siempre que sean hechos por empresas;
- XVII. Los depósitos por causa de comercio;
- XVIII. Los depósitos en los almacenes generales y todas las operaciones hechas sobre los certificados de depósito y bonos de prenda librado por los mismos;
- XIX. Los cheques, letras de cambio o remesas de dinero de una plaza a otra, entre toda clase de personas;
- XX. Los valores u otros títulos a la orden o al portador, y las obligaciones de los comerciantes, a no ser que se pruebe que se derivan de una causa extraña al comercio;
- XXI. Las obligaciones entre comerciantes y banqueros, si no son de naturaleza esencialmente civil;
- XXII. Los contratos y obligaciones de los empleados de los comerciantes en lo que concierne al comercio del negociante que los tiene a su servicio;
- XXIII. La enajenación que el propietario o el cultivador hagan de los productos de su finca o de su cultivo;

XXIV. Las operaciones contenidas en la Ley de Títulos y Operaciones de Crédito;

XXV. Cualesquiera otros actos de naturaleza análoga a los expresados en este código.

En caso de duda, la naturaleza comercial del acto será fijada por arbitrio judicial.”¹³

Realmente cuando el Código de Comercio establece que toda esa adquisición o dado ese acto con el propósito de especulación comercial, con eso esta supeditado a la gran mayoría de actos de comercio.

Esto es, cuando los banqueros invierten su dinero para poder jinetear el dinero de los depositantes, lo hacen con fines especulativos, es decir, con lucro, esperando una ganancia.

Cuando una persona constituye una Sociedad Anónima para poder vender algo, pues simplemente lo hace con fines especulativos, que les genere una verdadera ganancia.

Podemos tener las Sociedades Mercantiles en las que todas y cada una de estas, se van a estatuir exclusivamente con fines especulativos incluso, las Sociedades cooperativas de producción, se realiza también con fines especulativos.

No así, las diversas sociedades que se arman para constituirse como consumidores directamente para su propio interés, y no para especular con las mercancías.

Esto es, que no son actos de comercio la compra de artículos o mercaderías que están destinadas al uso o al consumo de la persona o de su familia o el hecho de que se lleve a cabo una reventa hecha por obreros cuando ellas fueran consecuencia natural de la practica de su oficio.

Evidentemente, que en estos casos, los actos mercantiles o de comercio, estarán conceptualmente dirigidas a lo que sería la especulación.

¹³ Ibidem. Pág. 12.

Y para tener un poco más claro y completo lo que es el acto de comercio, al respecto daremos algunos datos de suma importancia para poderlos apreciar;

“Denominase acto de comercio a la expresión de la voluntad humana susceptible de producir efectos jurídicos dentro del ámbito de la realidad reservada a la regulación de la legislación mercantil.

Estos actos jurídicos se encuentran expresamente reglamentados, de manera enunciativa, que no taxativa, en dicha regulación mercantil, así como en otro tipo de leyes que, sin ser mercantiles, contemplan tal tipo de normas: Código de Comercio., Ley General de Sociedades Mercantiles, Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, Ley del Petróleo y Ley Minera, etc.

De manera tal que los actos cuya mercantilidad proviene de la ley, independientemente de las personas que los realicen, se les denomina objetivos.

Actos de comercio absolutos. Se denominan de esta manera en virtud de que son siempre mercantiles y se subdividen en atención al sujeto que los realiza; al objeto en torno al cual se realizan y a la forma que para determinados actos exige la ley.

Actos de comercio absolutos por el sujeto: forman parte de esta categoría los enumerados en el artículo 75 fracción XIV del Código de Comercio, que se refiere a las operaciones bancarias como por ejemplo, los diversos depósitos bancarios: de ahorro; en cuenta de cheques; de dinero; que puede ser regular o irregular, a la vista, a plazo o con previo aviso; de títulos, que puede ser igualmente regular o irregular, simples o de custodia o depósitos de títulos en administración; descuento de crédito en libros; crédito confirmado y fideicomiso.

Asimismo, se incluyen en esta clasificación a los depósitos en almacenes generales (artículo 75 fracción XVIII del Código de Comercio), en virtud de que el sujeto que los recibe es una institución auxiliar de crédito, a más de que sus operaciones se encuentran documentadas con títulos de crédito, como son los certificados de depósito y bonos de prenda, operaciones que

son siempre mercantiles, según lo establece el artículo 1 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito.

Por último tenemos a las fianzas otorgadas por instituciones autorizadas que serán siempre mercantiles para todas las partes que intervengan, ya sea como beneficiarias, solicitantes, fiadoras, contrafiadoras u obligadas solidarias, excepción hecha de la garantía hipotecaria.

Actos de comercio absolutos por el objeto. La mercantilidad de estos actos se deriva del objeto sobre el que recae la voluntad de las partes, por lo que en esta categoría se comprenden a las negociaciones sobre cosas mercantiles, buques, empresas, títulos de crédito (artículos 1 Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito), patentes y marcas, el nombre comercial, el emblema, el rótulo y demás signos distintivos de mercancías o del establecimiento, las partes sociales, las cartas de porte, la póliza de fletamento, la póliza de seguros, etcétera.

Igualmente se comprenden todos los contratos relativos a la navegación, interior y exterior (artículo 75 fracción XV del Código de Comercio.) y, por último, las operaciones sobre petróleo y gas (artículo 12 de la Ley del Petróleo).

Actos de comercio absolutos por la forma. Existen actos acerca de los cuales la ley exige determinada forma para calificarlos de mercantiles, por lo que en esta clasificación se comprenden los actos constitutivos de las sociedades mercantiles, ya que si una sociedad se constituye en forma distinta a como la ley lo exige, no será mercantil, ni los actos que intervienen en su constitución son de comercio (artículos 1 y 4 Ley General de Sociedades Mercantiles).

Asimismo, se comprenden los derechos incorporados en los títulos de crédito, ya que si los mismos no reúnen las menciones literales que la ley exige, no se considerarán como tales (artículos 76, 170 y 176 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito), lo cual se puede desprender de la ejecutoria sustentada por la Suprema Corte de Justicia de la Nación: 'Los documentos que reúnen los requisitos del artículo 170 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, deben de ser considerados como tales títulos, y todos los derechos y

obligaciones que de ellos nacen, son de naturaleza mercantil, independientemente de la calidad civil o mercantil de las personas, de conformidad con lo que establece el artículo 1 de la ley citada.

Y por último se incluyen las operaciones de crédito: apertura de crédito, que es un contrato en virtud del cual una de las partes, llamada acreditante, se obliga a poner a disposición de la otra, denominada acreditada, una suma de dinero, o a contraer por cuenta de éste una obligación para que el mismo haga uso del crédito concedido en la forma y términos pactados, quedando obligada, a su vez, a restituir al acreditante las sumas de que disponga, o a cubrirlo oportunamente por el importe de la obligación que contrajo, y en todo caso, a pagar los intereses, comisiones, gastos y otras prestaciones que se estipulen (artículos 291 a 301 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito); cuenta corriente, que es un contrato conmutativo, por medio del cual los créditos derivados de las remesas recíprocas de las partes se anotan como partidas de abono o de cargo en una cuenta y sólo el saldo que resulte a la clausura de la cuenta constituye un crédito exigible y disponible (artículos 302 a 310 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito); carta de crédito (artículos 311 al 316 *ibid.*); y créditos refaccionarios y de habilitación y avío, que son contratos mediante los cuales el acreditado queda obligado a invertir el importe del crédito, precisamente en los bienes que especifica la ley (artículos 321 y 323 *ibid.*).

Actos de comercio relativos: su relatividad estriba en que serán mercantiles si el fin que persigue el sujeto es el de especular o de participar en el mercado. Y en este orden de ideas se encuentran comprendidas en esta categoría las adquisiciones y enajenaciones de bienes muebles o inmuebles (artículo 75 fracciones I y II del Código de Comercio.), los alquileres de bienes muebles (artículo 75 fracción I del Código de Comercio.), ya que si el ánimo de los sujetos, no es el de especular con los mismos, los contratos serán de naturaleza civil.

Ahora, las empresas de abastecimiento (artículo 75 fracción V), de construcciones y trabajos públicos y privados (fracción VI *ibid.*), de manufacturas (fracción VII), de transporte de personas o cosas por tierra o por agua, de turismo (fracción VIII), de librerías, editoriales y tipográficas (fracción IX), de comisiones, de agencias de oficinas de negocios comerciales y

establecimientos de ventas en almoneda (fracción X), de espectáculos públicos (fracción XI) y de seguros (fracción XXI), por su participación en el mercado se les atribuye la mercantilidad, ya que por sí mismos esos actos no son mercantiles.

Igualmente participan de una mercantilidad relativa, las enajenaciones de productos agrícolas, ganaderos y piscícolas, ya que las mismas dependen de que los agricultores, ganaderos o pescadores tengan un establecimiento fijo donde expender los productos de sus fincas (artículo 75 fracción XXIII del Código de Comercio).¹⁴

1.3.- LA LIBERTAD CONSTITUCIONAL DEL COMERCIO (ARTÍCULO 5º CONSTITUCIONAL).

Es importante llevar a cabo la transcripción del primer párrafo del artículo 5º Constitucional, el cual menciona una garantía que es la que nos ocupa principalmente en este trabajo de tesis.

Dicho artículo dice: “ A ninguna persona podrá impedirse que se dedique a la profesión, industria, comercio o trabajo que le acomode, siendo lícitos, el ejercicio de esta libertad solo podrá vedarse por determinación judicial, cuando se ataquen los derechos de tercero, o por resolución gubernativa, dictada en los términos que marque la ley, cuando se ofendan los derechos de la sociedad...”¹⁵

Nótese como desde este punto de vista, la idea principal que podemos observar, es el hecho de que las personas nos podemos dedicar al comercio a la industria o la profesión o trabajo que nos acomoden cuando estos son lícitos.

¹⁴ “Diccionario Jurídico 2000”. Desarrollo Jurídico Copyright 2000. Todos los Derechos Reservados. DJ2K – 84

¹⁵ “Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos”. Editorial Sista. Edición 2002. México. Pág. 5.

De tres clases pueden ser las limitaciones previstas en la Constitución para el ejercicio de la libertad de trabajo: primero, se prohíben aquellas actividades que sean intrínsecamente ilícitas; segundo, la autoridad judicial podrá prohibir aquellas otras que redunden en perjuicio de derechos legítimos de terceros, y tercero, la autoridad gubernativa podrá decretar otras limitaciones con fundamento en la defensa de la sociedad, como dice el texto constitucional.

Evidentemente, que la idea que sostiene el ángulo Constitucional, es una idea de la mas alta jerarquía, esto es, que no puede haber otra legislación arriba del interés constitucional y como consecuencia de esto, es necesario citar el artículo 133 de la propia Constitución, que dice a la letra:

“Artículo 133.- Esta Constitución, las leyes del Congreso de la Unión que emanen de ella y todos los tratados que están de acuerdo con la misma, celebrados y que se celebren por el Presidente de la República, con aprobación del Senado, serán la Ley Suprema de toda la Unión.

Los Jueces de cada Estado se arreglarán a dicha Constitución, leyes y tratados, a pesar de las disposiciones en contrario que pueda haber en las Constituciones o leyes de los Estados.”¹⁶

Arriba del ordenamiento constitucional no puede haber ningún otro ordenamiento, la garantía individual señala claramente una relación entre el gobernado y gobernante, dicha relación, es del mas alto nivel, y por supuesto, obliga al gobierno a respetar completamente la garantía.

Emilio Rabasa y Gloria Caballero, cuando hacen comentarios al artículo 133 Constitucional dicen: “ El poder constituyente, una vez otorgada la constitución desapareció, y surgieron los que esa ley establece: Órganos creados, por eso, la constitución es la base de nuestra organización política, jurídica y económica, y todas las leyes y actos que dicten las autoridades deben estar en concordancia con ella.

¹⁶ Ibidem. Págs. 84 y 85.

Dos principios de gran importancia contiene este artículo:

I.- La constitución federal es la ley primaria y fundamental;

II.- Todos las demás disposiciones, leyes federales, tratados constitucionales, leyes locales, etc, en su expedición y aplicación deben ajustarse a esa norma fundamental, es decir, deben ser constitucionales, en otras palabras para que nazca y viva cualquier ley, federal o local, para que cualquier disposición o acuerdo administrativo tenga plena validez, para que los actos y resoluciones judiciales sean legales, tienen, antes y sobre todo, que encontrar su fundamento en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.”¹⁷

De lo anteriormente narrado por los autores citados, pues simple y sencillamente, las Leyes Federales por muy Federales que sean, por muy Fiscales que puedan ser, por muy Ley de Amparo que pueda ser, deben necesariamente ajustarse a los designios constitucionales.

Y se aplica también a las Leyes Federales, esto es, si las Leyes Federales que emanan de la propia Constitución, no pueden ir en contra de ella puesto que están emanando de la misma.

El ser emanado, no puede ir en contra del sitio en donde emana.

De igual manera los Tratados Internacionales que están subordinados a los designios Constitucionales, y no solo eso, sino también a la aprobación de los representantes del pueblo a través del Senado.

Así tenemos que, sin lugar a dudas, la idea de la garantía individual que estamos tratando en este trabajo de tesis, es de la máxima jerarquía, y no hay otra ley arriba de lo que sería la libertad de comercio en el artículo 5º Constitucional.

¹⁷ RABASA, Emilio y CABALLERO, Gloria. “Mexicano esta es tu Constitución”. Editorial Miguel Porrúa Grupo Editorial. Décima Cuarta Edición. México. 1998. Págs. 350 y 351.

De hecho, obliga a todos los jueces a ceñirse a lo que dice la constitución, aun a pesar de que exista alguna contradicción en sus leyes internas.

De ahí que es importante llevar a cabo cuando menos una definición de lo que por garantía individual debemos de entender.

Para esto vamos a citar las palabras del autor Ignacio Burgoa que cuando nos menciona este concepto de garantía individual nos dice: “ el Concepto de garantía individual, se forma, mediante la concurrencia de los siguientes elementos:

1.- Relación Jurídica de supra subordinación entre el gobernado (sujeto activo) y el estado y sus autoridades (sujetos pasivos).

2.- Derecho público subjetivo que emana de dicha relación a favor del gobernado (objetos).

3.- Obligación correlativa a cargo del estado y sus autoridades, consistente en respetar el concebido derecho y en observar o cumplir las condiciones de seguridad jurídica del mismo (objetos).

4.- Previsión y regulación de la citada relación por la ley fundamental (fuente).”¹⁸

Conforme a lo que el autor citado nos ha comentado la garantía constitucional que atañe a nuestro estudio, forma parte del cuadro o marco jurídico del derecho mínimo fundamental que forma un derecho público subjetivo en la relación gobernado y gobernante.

Esto es que el gobierno esta obligado totalmente a respetar este tipo de garantías en la relación con el gobernado.

¹⁸ BURGOA ORIHUELA, Ignacio. “Las Garantías Individuales”. Editorial Porrúa, S.A. Vigésima Séptima Edición. México. 1998. Pág. 187.

Y decimos gobierno a nivel federal, estatal y municipal.

Ahora bien, al respecto daremos algunos datos de las principales características de lo que son las garantías individuales;

“La declaración de garantías individuales se divide en tres partes: los Derechos de Igualdad, Libertad y Seguridad Jurídica.

En la Constitución Política de 1917, las garantías de igualdad son: goce, para todo individuo, de las garantías que otorga la Constitución, prohibición de la esclavitud, igualdad de derechos sin distinción de sexos, prohibición de títulos de nobleza, prerrogativas y honores hereditarios, prohibición de fueros, prohibición de ser sometidos a proceso con apoyo en leyes privativas o a través de tribunales especiales.

Las Garantías de Libertad se dividen en tres grupos: a) las libertades de la persona humana, b) las libertades de la persona cívica, y c) las libertades de la persona social.

Las libertades de la persona humana se subdividen en libertades físicas y libertades del espíritu. Las libertades de la persona humana en el aspecto físico son: 1) libertad para la planeación familiar; 2) libertad de trabajo; 3) nadie puede ser privado del producto de su trabajo, si no es por resolución judicial; 4) nulidad de los pactos contra la dignidad humana; 5) posesión de armas en el domicilio para la seguridad y legítima defensa. La Ley establece las condiciones para la portación de armas; 6) libertad de locomoción interna y externa del país; 7) abolición de la pena de muerte salvo en los casos expresamente consignados en la Constitución, aun cuando dicha pena ha sido suprimida totalmente, al derogarse paulatinamente las disposiciones respectivas de los códigos penales federal y de todas las entidades federativas.

Las libertades de la persona humana en el aspecto espiritual son: 1) libertad de pensamiento; 2) derecho a la información; 3) libertad de imprenta; 4) libertad de conciencia; 5) libertad de

cultos; 6) libertad de intimidad, que comprende dos aspectos: inviolabilidad de la correspondencia e inviolabilidad del domicilio.

Las garantías de la persona cívica son: 1) reunión con fin político; 2) manifestación pública para presentar a la autoridad una petición o una protesta; 3) prohibición de extradición de reos políticos.

Las garantías de la persona social son: la libertad de asociación y de reunión.

Las garantías de la Seguridad Jurídica son: 1) derecho de petición; 2) a toda petición, la autoridad contestará por acuerdo escrito; 3) irretroactividad de la ley; 4) privación de derechos sólo mediante juicio seguido con las formalidades del proceso; 5) principio de legalidad; 6) prohibición de aplicar la analogía y la mayoría de razón en los juicios penales; 7) principio de autoridad competente; 8) mandamiento judicial escrito, fundado y motivado, para poder ser molestado en la persona, familia, domicilio, papeles o posesiones; 9) detención solo con orden judicial; 10) abolición de prisión por deudas de carácter puramente civil; 11) prohibición de hacerse justicia por propia mano; 12) expedita y eficaz administración de justicia; 13) prisión preventiva solo por delitos que tengan pena corporal; 14) garantías del auto de formal prisión; 15) garantías del acusado en todo proceso criminal; 16) solo el ministerio público y la policía judicial pueden perseguir los delitos; 17) prohibición de penas infamantes y trascendentes; 18) nadie puede ser juzgado dos veces por el mismo delito; y 19) los juicios criminales no pueden tener más de tres instancias.

La declaración de garantías sociales está contenida primordialmente en los artículos 3, 27, 28 y 123 de la Constitución, que se refieren a la educación, al agro, al régimen de propiedad y al aspecto laboral.

Las garantías sociales protegen al hombre como integrante de un grupo social y le aseguran un mínimo educativo y económico. Las garantías sociales implican un hacer por parte del Estado, en cambio las garantías individuales representan primordialmente una abstención por parte del propio Estado.

A través de las garantías sociales se protege a los grupos sociales más débiles. Para ello nacieron estas garantías y en parte así subsisten, solo que actualmente se han extendido para otorgar protección en general; tal es el caso de la educación y de la seguridad social.

La idea de los derechos sociales lleva implícita la noción de: a cada quien según sus posibilidades y sus necesidades, partiendo del concepto de igualdad de oportunidades. Para reglamentar estas garantías sociales, han nacido específicas ramas del derecho.”¹⁹

Ahora bien, por el momento hemos de dejar hasta aquí el análisis del artículo 5º Constitucional, del cual seguiremos hablando en cada uno de los incisos siguientes.

1.4.- EL COMERCIO COMO DERECHO HUMANO

Desde el punto de vista del Derecho Humano Fundamental, el comercio también es parte de la tónica del Derecho Mínimo protegido por el Derecho Humano.

Ahora bien, para poder hablar del contexto de los derechos humanos, cuando menos sería importante tener una definición de los mismos, para que de esa manera podamos tratarlos.

El autor Efraín Moto Salazar en el momento que nos explica algunas circunstancias sobre lo que es el derecho humano fundamental o el derecho natural, hace una división importante, entre lo que es el derecho positivo como producto social, y el derecho natural.

Dicho autor menciona: “ El derecho positivo es un producto social y por tanto mutable, es decir, varía en el tiempo y el espacio. Como toda institución humana es perfectible, es decir,

¹⁹ “Diccionario Jurídico 2000”. Desarrollo Jurídico Copyright 2000. Todos los Derechos Reservados. DJ2K – 1286.

capaz de perfeccionarse; el derecho positivo de los pueblos antiguos era menos perfecto que el actual, y este, a su vez aspira ser mejor.

El Derecho Natural surge de la naturaleza misma del hombre, permanece esencialmente el mismo, puesto que la naturaleza humana es siempre la misma; lo constituye un conjunto de normas o reglas anteriores a toda ley escrita y nace de la conciencia de los individuos. Estas reglas, reveladas por la razón misma, preceden al derecho positivo, aun antes de existir este, ya los grupos humanos se regían por reglas de derecho natural nacidas de la propia conciencia individual, y que en realidad se confundían con las normas morales. El derecho natural tiene carácter general, es decir, es común a todos los hombres y a todos los pueblos, es inmutable, esto quiere decir que no cambia de un pueblo a otro de época a época, incluye el ideal de lo justo, inclina la voluntad humana de dar a cada uno lo que le pertenece.”²⁰

Derivado de lo que es el derecho natural, los derechos humanos, realmente son positivos, esto es, el derecho humano ha sido cambiante para los pueblos de un lugar a otro, esto quiere decir, que no siempre ha sido el mismo derecho humano, si no que más bien, el derecho, ha tenido que identificarse con las necesidades sociales de una determinada región en un determinado periodo de tiempo.

De tal manera, que el Derecho Humano, cuando se desarrolla se convierte en un Derecho Humano Fundamental.

Un Derecho Natural es el derecho de nacer, el derecho a la vida, el derecho al trato digno, la prohibición de matar, la prohibición de robar, el derecho de una vivienda digna, son derechos que son inalienables del hombre y que en la mayoría de los casos de las sociedades humanas se han tratado de respetar.

Un derecho humano fundamental es sin lugar a dudas, la libertad de asociación, la libertad de comercio, profesión, industria, la libertad de tránsito, la libertad de expresión, etc.

²⁰ MOTO SALAZAR, Efraín. “Elementos de Derecho”. Editorial Porrúa, S.A. Edición 2001. México. Pág. 81.

Y estos Derechos Humanos una vez que están reconocidos por un estatuto tan importante como lo es la constitución de un país, entonces se convierte en Garantías Individuales de Gobierno, en los que, cada gobierno que pase esta obligado a respetar ese Derecho Mínimo Fundamental del Hombre.

Así tenemos como en varias declaraciones a nivel internacional, se ha proclamado ese derecho humano que tenemos las personas para llevar a cabo el comercio.

En la Declaración Universal de los Derechos Humanos, de 1948, se puede leer en su artículo 29 lo siguiente:

“Artículo 29.-

1.- Toda persona tiene deberes respecto a la comunidad puesto que solo en ella puede desarrollar libre y plenamente su personalidad.

2.- En el ejercicio de sus derechos y en el disfrute de sus libertades, toda persona estará solamente sujeta a las limitaciones establecidas por la ley con el único fin de asegurar el reconocimiento y el respeto de los derechos y libertades de los demás, y de satisfacer las justas exigencias de la moral, del orden público y del bienestar general en una sociedad democrática.

3.- Estos derechos y libertades no podrán en ningún caso, ser ejercidas en oposición a los propósitos y principios de las naciones unidas.”²¹

El desplazamiento y el desarrollo de la personalidad humana, requiere invariablemente de poder disponer de las riquezas y recursos naturales que el territorio en donde vive le permite ocupar para lograr su propio desarrollo, de tal manera, que se va generando una idea de libertad como Derecho Mínimo Fundamental, a través de la cual, se van a dar los

²¹ “Bicentenario de la Declaración de los Derechos del Hombre y de los Ciudadanos”. Secretaría de Gobernación. Tercera Edición. México. 2000. Pág. 47.

postulados principales de derechos humanos, para el fin y efecto de que en el desarrollo de estas libertades, no se comprometa ni se perjudique los intereses de terceros.

Por otro lado, en el pacto de Derecho Económico, Sociales y Culturales de 1966, podemos encontrar en el artículo 5 una previsión que consideramos importante transcribir:

“Artículo 5.-

1.- Ninguna disposición del presente pacto podrá ser interpretada en el sentido de reconocer de derecho alguno a un estado, grupo o individuo para emprender actividades o realizar actos encaminados a la destrucción de cualquiera de los derechos o libertades reconocidas en el pacto, o a su limitación en medida mayor que la prevista en el.

2.- No podrá advertirse restricción o menoscabo de ninguno de los derechos fundamentales del hombre, reconocidos o vigentes en un país en virtud de leyes, convenciones, reglamentos o costumbres, con el pretexto de que el presente pacto no lo reconoce o les reconoce menor grado.”²²

Esta otro pacto de Derechos Humanos, que va a generar incluso una prohibición tajante a lo que son los acuerdos e incluso las leyes que menoscaban los principios de libertad principalmente la economía.

Sin lugar a dudas, es menester de todos y cada uno de los gobiernos de los estados, y de todos y cada uno de los miembros del pueblo, el tratar de dejar que se desarrollen las actividades económicas, para que el dinamismo económico pueda existir.

No es posible que entre los mexicanos, se pueda denotar una envidia tal, un egoísmo que haga que los nuevos comerciantes, se vean copados por los antiguos comerciantes, que ya no quieren mas competencia.

²² Ibidem. Pág. 66.

Pero, la estrategia que se les olvida a los antiguos comerciantes, es que la explosión demográfica sigue su marcha y su curso, y es importante expandir sus negocios y crear nuevos negocios que satisfagan a todos los individuos que hagan de esa ocupación su principal fuente de ingresos para poder subsistir.

Ahora bien, en otra convención de derechos humanos como es la Convención Americana de los Derechos Humanos, se puede leer en su artículo 26 lo siguiente: “ Los estados partes se comprometen a adoptar providencias, tanto a nivel interno como mediante la cooperación internacional, específicamente económico y técnica, para lograr progresivamente la plena efectividad de los derechos que se derivan de las normas económicas, sociales y sobre educación, ciencia y cultura, contenidas en la carta de la Organización de los Estados Americanos, reformada por el protocolo de Buenos Aires, en la medida de los recursos disponibles, por vía legislativa y otros medios apropiados.”²³

Las libertades en el desarrollo económico de las personas, deben de formar parte también de las expectativas políticas y de los programas gubernamentales que creen la infraestructura necesaria para que el individuo se desarrolle plena e íntegramente.

Es de suma importancia, denotar que este Derecho Mínimo Fundamental, va aparejado también con la infraestructura que el gobierno del estado, está obligado a ofrecer a el público contribuyente, en la forma del gasto público a través de los servicios públicos y por supuesto de las obras públicas que generan la infraestructura necesaria para que el pueblo pueda desarrollarse y lograr su progreso individual y colectivo.

1.5.- OBLIGACIONES GUBERNAMENTALES DE FOMENTAR EL COMERCIO.

Es notable como la humanidad, se ha preocupado porque ese Derecho Mínimo Fundamental para poder desarrollarse, debe de estar de alguna manera garantizado.

²³ Ibidem. Págs. 97 y 98.

Así, en lo que fue la convención internacional para el desarrollo, se pueden observar los compromisos que los gobiernos de los estados adquieren tan solo por ser entidades administradoras.

Así, el artículo 3 de la Declaración sobre el Derecho al Desarrollo de 1986, señala los siguientes tres puntos:

“1.- Todos los estados tienen el deber primordial de crear condiciones nacionales e internacionales favorables para la realización del derecho al desarrollo.

2.- La realización del derecho al desarrollo exige el pleno respeto de los principios de Derecho Internacional referentes a las relaciones de amistad y a la cooperación entre los estados de conformidad con la carta de las Naciones Unidas.

3.- Los estados tienen el deber de cooperar mutuamente para lograr el desarrollo. Los estados deben realizar sus derechos y sus deberes de modo que promuevan un nuevo orden económico internacional basado en la igualdad soberana, la interdependencia, el interés común, y la cooperación entre todos los estados, y que fomente la observancia y el disfrute de los Derechos Humanos.”²⁴

Es bastante clara la exposición que se hace de la necesidad de que el gobierno del estado, deba necesariamente establecer medidas, políticas e instituciones que favorezcan o que proporcionen el medio idóneo a través de la cual, la población podrá llevar a cabo su desarrollo económico principalmente.

Con lo anterior tenemos como el comercio como Derecho Mínimo Fundamental, no solamente está reglamentado desde el punto de vista del Derecho Humano, si no también desde el punto de vista del Derecho Constitucional, ya que como hemos dicho, a partir del

²⁴“Bicentenario de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano”. Secretaría de Gobernación. Tercera Edición. México. 2001. Pág. 154.

artículo 5º Constitucional, se establece la libertad de industria y comercio, siendo que también el artículo 25º Constitucional, va a generar obligaciones para el gobierno, que son tajantes para su composición y organización.

Dicho artículo 25º Constitucional menciona lo siguiente:

Artículo 25.- "Corresponde al Estado la rectoría del desarrollo nacional para garantizar que este sea integral y sustentable, que fortalezca la soberanía nacional y su régimen democrático y que, mediante el fomento del crecimiento económico y el empleo y una más justa distribución del ingreso y la riqueza, permita el pleno ejercicio de la libertad y la dignidad de los individuos, grupos y clases sociales, cuya seguridad protege esta constitución.

El estado planeará, conducirá, coordinará y orientará la actividad económica nacional, y llevará a cabo la regulación y fomento de las actividades que demande el interés general en el marco de libertades que otorga esta Constitución."²⁵

Es lamentable que nuestros gobernantes ya sea a nivel federal, estatal y municipal no sepan absolutamente nada de lo que es la garantía individual, o sabiéndola, la defrauden, la pisoteen, la ignoren, y deban de observar al pueblo como si fuera un ente para extorsionarlo y para explotarlo abusando del desconocimiento del mismo, restringiéndolo, condicionándolo y sobre todo violar su garantía individual que la misma Constitución le otorga y que constituye una obligación para el estado, el cual es omiso al respecto.

Lo anterior lo decimos en virtud, de que de todos es conocido la tendencia de nuestro gobierno actual y anteriores gobiernos, ha que la globalización entre a nuestro país.

Pues bien, la globalización actualmente, ha producido ya el monopolio que se esperaba, ha desplazado a la inversión nacional y esto lamentablemente ha sido ayudado y fomentado por las disposiciones gubernamentales.

²⁵ "Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos". Editorial Sista. Edición 2002. México. Pág. 20.

CAPÍTULO II

LA LIBRE CONCURRENCIA

Vamos ahora a observar, que también hay una gran protección desde el punto de vista constitucional para lo que es la protección de la libre concurrencia.

En este capítulo, hemos de observar como es que la Constitución también va a generar un sistema a través del cual se ofrece al público en general el tener la libertad para poder entrar en lo que es la Competencia Económica en un plano de igualdad, y de libertad.

2.1. DEFINICIÓN

La libre concurrencia significa la libertad de poder concurrir a los mercados, en las mismas condiciones jurídicas que cualquier persona, sea física o moral.

Asimismo daremos un concepto más amplio de lo que es la libre concurrencia mercantil;

“ Concepto: La concurrencia mercantil significa la participación de dos o más sujetos en una actividad comercial, ofreciendo sus productos o sus servicios al público. En el sistema económico del mercado, propio de los países capitalistas, la concurrencia implica la competencia entre los concurrentes.

Su fundamento legal se basa en la libertad de comercio que establece el artículo 5 Constitucional, según el cual, "a ninguna persona podrá impedirse que se dedique a la profesión industria, comercio o trabajo que le acomode, siendo lícitos". Este principio, es herencia del liberalismo y está consagrado como una de las garantías individuales. Su

ejercicio, prosigue el mismo precepto, "sólo podrá vedarse por determinación judicial cuando se ataquen los derechos de tercero, o por resolución gubernativa, dictada en los términos que marque la ley, cuando se ofendan los derechos de la sociedad".

Interpretación del artículo 5 Constitucional; Una interpretación amplia del precepto, no ya literal, ni ceñida a la filosofía individualista que reproduce su texto, sino, más bien, dentro de las ideas sociales de la revolución mexicana, que cristalizaron precisamente en diversos preceptos de la Carta Magna (artículos 9, 27, 28, 115, 123), lleva necesariamente a admitir que tal libertad tiene como límites la realización de actividades ilícitas o contrarias al interés público; consecuentemente, que es posible limitarla e incluso prohibirla cuando su ejercicio viole derechos de terceros o atente en contra del bien público, o como indica el Código Civil italiano, lesione los intereses de la economía nacional.

En efecto, la licitud y el respeto a los derechos de la sociedad de que habla la norma, exigen que el ejercicio del comercio no sea "contrario a las leyes de orden público o a las buenas costumbres".

Con este contexto se tiene que admitir lo que, por otra parte, es principio necesario del derecho o sea, que la libertad (de comercio en éste caso) es la posibilidad de una actividad normativa y que no afecte derechos de terceros o el interés público; ya que una libertad sin frenos conduciría al abuso del fuerte en contra del débil, y no a un régimen democrático, sino de opresión oligárquica.

Que la interpretación que deba darse a la libertad de comercio y al texto del artículo 5 Constitucional sea esa, se desprende tanto de diversos preceptos de nuestro derecho, como de prácticas en materia de concurrencia que restringen la libre competencia.

El artículo 28 constitucional, que se refiere a las garantías individuales, también está comprendido en dicho artículo, que en general prohíbe los monopolios y los actos que atentan contra la libre concurrencia, y reitera expresamente (párrafo segundo), el principio de la libre concurrencia, con una redacción farragosa y ambigua, que admite que se restrinja cuando

ocasiona "ventajas indebidas a favor de una o varias personas... y con perjuicio del público en general o de alguna clase social".²⁶

El autor Jorge Witker, en el momento en que nos habla de un sistema de libre mercado, nos hace referencia a lo siguiente: " El sistema capitalista o liberal resuelve las tres interrogantes, al producir lo que el mercado demande a través de empresas privadas destinadas a consumidores que tengan poder de compra. En este sistema el derecho y el estado se limitan a proteger la libre competencia, el desenvolvimiento del orden económico privado, la libre competencia, y sus acciones son de garantía, y su técnica de actuación es de policía y su sistema jurídico es individualista y privado.

Los factores que determinan la gestión de la economía libre o de mercado son:

- 1.- Consolidación de los mercados nacionales;
- 2.- Apertura de los mercados internacionales;
- 3.- Inventiones tecnológicas productivas;
- 4.- Consolidación de la propiedad privada sobre los medios de producción;
- 5.- División social del trabajo;
- 6.- Desarrollo de las ideas liberales;
- 7.- Desarrollo de instrumentos financieros, monetarios, bancarios y sociedades mercantiles;
- 8.- Presencia de un estado abstencionista con limitadas tareas;

²⁶ "Diccionario Jurídico 2000". Desarrollo Jurídico Copyright 2000. Todos los Derechos Reservados. DJ2K – 572

9.- La economía es una actividad natural autorregulada por el mercado que fija a través de los precios, las retribuciones al capital y al trabajo;

10.- Libertad económica total, tanto a nivel interno como a nivel de los intercambios entre los países.”²⁷

Desde lo que es la filosofía del libre mercado, y que evidentemente la sigue Estados Unidos como el líder en el mundo capitalista, se denota necesariamente una libre competencia, y al respeto de la libre concurrencia.

Evidentemente, que esto daría un apoyo fundamental a lo que es el comercio ambulante, pero lo que pasa en la realidad, es el hecho de que a sido duramente reprimido dicho comerciante, puesto que la estrategia es más que nada tener mano de obra y no comerciantes ambulantes.

Así, el mismo capitalismo, en sus entrañas, está basado en diversas libertades, y una de estas es la libre competencia.

Otro autor que nos define algunos conceptos sobre la libre competencia, es Manuel Palacios Luna quien cuando nos habla del mercado libre o capitalista, hace alusión a las siguientes circunstancias: “ A sido característica tanto constitucional como de política económica, en las primeras etapas del capitalismo, la no intervención del estado en la dirección de la economía, que conocemos en los estudios de economía y el derecho con el nombre de liberalismo clásico, el cual se basa en:

Dejar hacer, dejar pasar; dicho sistema lo generaliza el liberalismo inglés; mas tarde, dicho liberalismo salvaje, así llamado por algunos autores, por la anarquía creada ante la inactividad del estado gendarme, pasa a una inevitable intervención del estado, en aquellos

²⁷ WITKER, Jorge. “Derecho Económico”. Editorial Harla. Vigésima Octava Edición. México. 1998. Págs. 25 y 26.

problemas de carácter social, imposibles de regular por los particulares. Adquiere diferentes formas de manifestarse:

Limitaciones a la propiedad privada, reglamentación contra los abusos en la contratación del trabajo, control de precios, legislación contra monopolios, protección a la libre concurrencia, reglas en la libre competencia, etc. A esta intervención del estado, se le ha llamado NEOLIBERALISMO, por que si bien se dejan las bases de la economía libre o de mercado, esta tiene limitaciones que implica la intervención del Estado, o nuevas funciones económicas del poder público.²⁸

De nueva cuenta, la idea del libre mercado definitivamente es la libre concurrencia.

De tal manera que, en base a una libertad competitiva se va a erigir todo un sistema normativo a través del cual, se garantiza a cada uno de los individuos, la posibilidad de dedicarse a la profesión industria o comercio que se le acomode siendo lícitos.

Así a través de este concepto de iniciativa privada, pues de nueva cuenta hemos de denotar que el comercio ambulante, pues es una competencia mas respecto de lo que sería el comercio, no solamente en México sino en todo el mundo.

De tal manera que si pensamos en la forma en que los grandes capitalistas empezaron sus negocios, veremos que alguna vez, tuvieron que establecer el sistema de venta casa por casa, o de otra forma no regulada por la ley, y eso los convierte en ambulantes.

Luego, el hecho de participar en ferias o reuniones de comerciantes en locales no establecidos, también los convierte en ambulantes; Lo que pasa con el fenómeno social actual, es la desorganización en el ambulante, y la falta de reglamentación jurídica que pueda regular la actividad comercial en toda la República Mexicana, pues es claro que lo que no está prohibido está permitido y eso hace que exista un crecimiento en el comercio informal al ser

²⁸ PALACIOS LUNA, Manuel. "El Derecho Económico en México". Editorial Porrúa, S.A. Cuarta Edición. México. 1999. Págs. 65 y 66.

ventajoso y desproporcionado en el momento de costo y beneficio, y por ende una economía informal que crea un margen desigual y económicamente hablando es desleal ante diversas clases de comercio que existen.

2.2.- LA LIBRE CONCURRENCIA EN EL ARTÍCULO 28 CONSTITUCIONAL.

Sin duda, es bastante lamentable hablar de la economía en nuestro país, teniendo presente los lineamientos constitucionales.

Y decimos que es lamentable, puesto que los gobernantes, continuamente se arrodillan ante el capital extranjero, sin pensar que si hubiesen seguido la filosofía capitalista en el sentido de consolidar primero lo que era la industria mexicana, pudiésemos entrar a ese juego de la libre competencia a nivel mundial.

Nuestro país ahora, se ha convertido en un gran país maquilador en donde las utilidades las gozan principalmente en Estados Unidos y en otros países desarrollados, pues el producto se realiza en México y se traslada a diversos países en el mundo, y esto es creado por la falta de empleo digno y bien remunerado que de alguna manera obliga a la gente a emplearse en empresas maquiladoras y obtener un salario mínimo y carente de una legislación proteccionista al individuo; y como consecuencia de esta poca oportunidad para desarrollarse el individuo ha tenido que buscar la manera de crecer económicamente, y esto, es instalando su puesto ambulante o comerciar sus mercancías en la vía pública.

Y lo peor es todavía, que toda nuestra economía está en manos de extranjeros, y esto hace que tanto bancos, producción de alimentos como otros servicios de vital importancia, quedan al arbitrio, intenciones e intereses del los Estados Unidos principalmente.

Por eso es que decimos de nueva cuenta que es lamentable lo que pasa en nuestro país, a pesar de existir normas tan importantes como por ejemplo los dos primeros párrafos del artículo 28° Constitucional, que a la letra dice:

Artículo 28.- “ En los Estados Unidos Mexicanos quedan prohibidos los monopolios; las practicas monopólicas, los estancos y las exenciones de impuestos en los términos y condiciones que fijan las leyes. El mismo tratamiento se dará a las prohibiciones a título de protección a la industria.

En consecuencia, la Ley castigará severamente, y las autoridades perseguirán con eficacia, toda concentración o acaparamiento en una o pocas manos de artículos de consumo necesario y que tenga por objeto obtener el alza de los precios; todo acuerdo, procedimiento o combinación de los productores, industriales, comerciantes o empresarios de servicios, que de cualquier manera hagan, para evitar la libre concurrencia o la competencia entre si y obligar a los consumidores a pagar precios exagerados y, en general, todo lo que constituya una ventaja exclusiva indebida a favor de una o varias personas determinadas y con perjuicio del público en general o de alguna clase social....”²⁹

Tan solo habrá que mencionar una sola empresa como es la COCA-COLA COMPANY, que evidentemente formo parte del financiamiento obtenido para la campaña presidencial, según informes de diversos partidos políticos, y que, en forma definitiva, está ejerciendo una influencia determinante en el actual gobierno.

Es importante decirlo, antes de seguir adelante, puesto que, unas circunstancias son lo que las normas dicen, lo romántico de la ley y otra es lo que en la practica se hace. De hecho en la practica se hace todo lo contrario, todo eso que trata de evitar la Ley, es lo que se hace en la practica; y es el caso de que el gendarme Gobierno, en vez de proteger y promover la iniciativa privada mexicana, pues simple y sencillamente la desecha, y prefiere siempre la inversión extranjera, lo cual no es malo, pero ante todo, hay que dar oportunidad y los medios necesarios a las personas nacionales tanto fisicas como morales que quieren crear o entrar al

²⁹ “Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos”. Editorial Sista. Edición 2002. México. Pág. 24.

comercio en nuestro país con reglas justas, contribuciones equitativas y sobre todo una aplicación estricta y apegada a las normas jurídicas que regulen dicha actividad.

Así tenemos como la globalización, que viene de gobiernos atrás, a tomado al país ya en sus manos, y nuestro futuro ya no depende de nosotros mismos, sino de los intereses de los empresarios norteamericanos y extranjeros, en el que vemos que si su economía se encuentra en un periodo de recesión o que políticamente se encuentra en mal estado, pues simple y sencillamente como dependemos en gran medida de ellos, nuestra economía no va a ser sana ni va tener expectativas para poder desarrollarse de manera adecuada que beneficie a todos los sectores de la población.

Ahora bien, a pesar de esto, pues es necesario analizar nuestro tema de tesis, desde el punto de vista técnico jurídico.

Así tenemos como la Ley va a castigar severamente a empresas como la COCA-COLA COMPANY, como WAL MART, que ha producido ya un monopolio, ESTANDARD FRUIT dedicada a producir productos alimenticios que también sigue avanzando en sus practicas monopólicas, y en general, todas aquellas empresas estadounidenses, principalmente, que han ido acaparando la producción y el mercado para sus propias industrias, ha estas conforme a la garantía Constitucional la Ley y las autoridades los castigaran severamente.

Lo malo es que la Ley no dice cuando ni como ni en donde se le va a castigar, siendo omisa al respecto, pues si se le castiga de manera severa, pues es lógico que dichas empresas van ha tener una mala relación con el mismo gobierno, y al gobierno no le beneficiaria perder la inversión que esta empresas hacen a nuestro país, y la cantidad de impuestos que contribuyen, así como los empleos que generan año tras año, ayudando de alguna manera a las cifras globales de nuestra economía.

2.3.- LA COMPETENCIA LEAL

Los comerciantes establecidos no pueden hablar de competencia leal, ni tampoco aquellas fuerzas extranjeras, que en base a una estrategia delictiva, se han adueñado del país, no pueden hablar de una competencia leal y mucho menos desleal.

Así tenemos que una competencia leal, es la que en un momento determinado, va a respetar las reglas del juego, va a respetar todos y cada uno de los parámetros establecidos por el gobierno, como gendarme en la actividad de los particulares.

De tal manera, que todo lo que es el llamado mercado imperfecto, para aquellos que ya están debidamente perfeccionados, lo deberán considerar como un mercado desleal.

De lo anteriormente señalado, daremos una definición más amplia de lo que es el MERCADO, y de lo que son las MERCANCIAS;

MERCADO

“I. (Del latín mercatus. Contratación pública en paraje destinado al efecto y en días señalados. Sitio público destinado permanentemente o en días señalados, para vender, comprar o permutar géneros o mercaderías. Plaza o país de especial importancia o significación en un orden comercial cualquiera). En el sentido más corriente y concreto, es el lugar definido donde tiene lugar, en intervalos más o menos regulares, una reunión de compradores y de vendedores, que intercambian mercancías. Se trata de una noción caracterizada por la unidad de lugar, de tiempo y de objeto, pero que ya no cubre la totalidad de los mercados en la actualidad; puede haber mercado sin unidad de tiempo y lugar.

En un sentido más abstracto, mercado es todo lugar o espacio económico, definido para un bien, un servicio o un capital, por el encuentro del conjunto de las ofertas de vendedores y de

las demandas de compradores de aquellos, que se ajustan a cierto precio. Es una manera de confrontación de oferta y demanda para el intercambio de productos, servicios o capitales.

Por extensión, mercado es el conjunto de condiciones y de operaciones de producción y comercialización, que interesan y regulan a un elemento o a un lugar particular de intercambio (mercado del petróleo, del trabajo, de divisas, de New York o de Tokio, etc.).

II. Economía de mercado, es el tipo de sistema económico y político, propio del capitalismo, en que las fuerzas de la oferta y la demanda pueden operar sin restricciones de regulación gubernamental o de cualquier otra clase; y donde, por consiguiente, los recursos son asignados, los precios son fijados y las cantidades de productos son determinadas, en lo esencial, de acuerdo al funcionamiento de mercados libres y a la confrontación de oferta y demanda. La planificación en una economía de mercado sólo puede ser sectorial o indicativa. En los países colectivistas el mercado puede tener un cierto papel, pero siempre secundario, en la orientación de la producción y en la determinación de los precios, y la primacía es otorgada a la planificación.

III. La estructura del mercado es el conjunto de sus características organizativas y funcionales, determinada sobre todo por: el número de vendedores y compradores, su concentración y su distribución en el espacio; las restricciones al ingreso y participación de aquellos en el juego de oferta y demanda; las diferenciaciones productivas. Dicha estructura incluye fenómenos de competencia, monopolio y oligopolio.

IV. La Constitución hace referencias explícitas e implícitas al mercado en los artículos 25 (rectoría del Estado en el desarrollo nacional, con concurrencia de los sectores público, social y privado), 26 (sistema de planeación democrática del desarrollo nacional), 28 (prohibición de los monopolios y sus prácticas), y 73, fracciones IX, X, XVIII, XXIX-D, XXIX-E, XXIX-F.³⁰

³⁰ “Diccionario Jurídico 2000”. Desarrollo Jurídico Copyright 2000. Todos los Derechos Reservados. DJ2K-1758.

MERCANCIAS

"I. (En singular, de mercar.) Es "todo genero vendible" o "cualquiera cosa mueble que se hace objeto de trato o venta".

II. Concepto técnico. Cosa mercantil destinada al cambio. En un sentido amplio es cosa mercantil toda entidad corporal o incorporal que no estando excluida del comercio, puede ser objeto de apropiación (artículo 747 Código Civil).

Las cosas excluidas del comercio son aquellas que, por su naturaleza, no pueden ser poseídas por algún individuo exclusivamente, el aire (artículo 748 Código Civil), o aquellas que la ley declara irreductibles a propiedad particular, el Palacio de Bellas Artes.

En un sentido restringido, son cosas mercantiles aquellas que con objeto del tráfico mercantil o sirven como instrumento de éste, las mercancías; o bien, aquellas que sirvan como auxiliar para la realización del tráfico, la moneda o, aquellas cuya mercantilidad establezcan las leyes, los títulos de crédito (artículo 1o. Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito).

De lo anterior se desprende que las mercancías son cosas mercantiles en sentido estricto "pues son objeto natural del tráfico mercantil" y son cosas muebles precisamente, porque están destinadas al cambio comercial, deben ser siempre objeto de compraventa y de especulación, impropias del consumo del adquirente.

La mercancía, por tanto, "que es cosa típicamente mercantil, lo es cuando se encuentra en poder del comerciante, ofreciéndose al público en busca del eventual comprador; pero deja de ser mercantil cuando pasa al poder del particular adquirente. Mi reloj, que era mercancía en el escaparate del comerciante deja de ser cosa mercantil al salir del establecimiento comercial; en mi poder perdió su mercantilidad" .

Pero también son cosas mercantiles los inmuebles, porque si bien se dice que los inmuebles como no pueden transportarse, tampoco pueden circular y las cosas "que no pueden ser objeto

de circulación, tampoco pueden serlo del comercio, cuyo fin esencial es justamente la circulación de los bienes"; también es verdad que "la circulación de los bienes no requiere de modo necesario el que estos puedan físicamente transportarse..., las mercancías depositadas en los almacenes generales de depósito que pueden ser objeto de innumerables transacciones, de inmensa circulación, sin que nadie las mueva de su lugar y ni las toque siquiera, bastando para que pasen de un patrimonio a otro, el simple endoso del certificado de depósito".

Incluso, existen arrendadoras financieras cuyo objeto social, principal, es precisamente la celebración de contratos de arrendamiento sobre bienes inmuebles.

Y aun también serán mercancías "los bienes inmateriales, cuando su tráfico es el objeto de la actividad de una empresa mercantil. Hemos conocido un comerciante cuya actividad se concretaba a la compra-venta de derechos derivados de concesiones mineras. Para esa empresa, la mercancía eran los derechos con los que especulabas que eran el principal objeto de sus transacciones comerciales".³¹

Así tenemos que desde el punto de vista de la definición del mercado, que es un lugar o espacio territorial para realizar las diversas operaciones, hemos de encontrar mercados de tipo perfecto y mercados de tipo imperfecto.

En los mercados perfectos, se da la competencia leal, se establecen, se rigen por las propias normas, y hay una cierta igualdad de condiciones y obligaciones.

En el mercado imperfecto no; en este, en muchas de las ocasiones, con mayor imperfección se convierten incluso en mercados negros.

Moisés Gómez Granillo cuando nos habla de estos mercados dice: " Los mercados que normalmente pertenecen al mercado perfecto son iguales, debido a lo que se puede comprar sin necesidad de que el cliente las vea, si se trata de entregar inmediatamente o mediatamente;

³¹ "Diccionario Jurídico 2000". Desarrollo Jurídico Copyright 2000. Todos los Derechos Reservados. DJ2K 1762.

de resultar inferior a la calidad comprada, el comprador puede cancelar el pedido u ofrecer un precio menor...

En el mercado imperfecto, se caracteriza por que los productos que lo integran, con frecuencia no son elaborados bajo normas fijas, es decir, son heterogéneos. Presentamos algunos ejemplos:

- A) Obras de arte.- es difícil saber el precio del mercado de esta clase de bienes;
- B) Bienes duraderos de segunda mano, como muebles, trajes, refrigeradores, estufas, radios, televisores;
- C) Trabajo.- es imperfecto para muchos empleos, cuando sindicato y patrón no se ponen de acuerdo en relación con el salario normal a pagar;
- D) Mercancías sin marca al menudeo.- este mercado es en realidad semi-imperfecto, dada la venta de artículos no sujetos a normas de calidad, cuyo precio puede fluctuar, a veces, en forma importante, para una misma mercancía, dando origen al regateo. Claro que este se puede evitar o reducir; lograrlo, implica reducir también la imperfectibilidad del mercado.”³²

Sin lugar a dudas, la competencia leal, estará basada en un margen de derechos y obligaciones semejantes, en donde los costos de producción significan proporcionalmente lo mismo que la producción de la competencia.

Así, los rendimientos del capital invertido, deberán ser trabajados bajo la misma modalidad que se dan en otros sistemas de producción en los cuales se trata de lograr la utilidad.

³² GÓMEZ GRANILLO, Moisés. “Teoría Económica”. Editorial Esfinge. Tercera Edición. México. 1994. Págs. 61 y 62.

Como consecuencia de lo anterior, frente a esa lealtad en el mercado, vamos a encontrar una deslealtad cuando no se tienen ese tipo de obligaciones como son las tributarias principalmente, rentas del local, salarios, pago de permisos y licencias, el hecho de registros, el pago de derechos, de gastos de mantenimiento de bodegas, de publicidad y propaganda, que son costos que están ingresados en el producto, y que definitivamente hacen la diferencia y la afectación al mercado establecido frente al ambulante.

Desde lo que es la competencia leal o desleal, si hay una afectación al derecho debidamente establecido, pues encontramos una serie de ventajas que permiten que el comerciante informal o ambulante negocie con mercancías en muchos casos ilícitas o que realice su actividad sin la reglamentación necesaria en la que debería de pagar cierto tipo de derechos o impuestos que hagan que su producto de alguna manera sea más elevado en cuanto al costo, pero no es así, ya que sus productos están muy por debajo de los que ofrece el comerciante formal.

El ambulante, trabaja con productos que ni siquiera son fabricados en nuestro país, con productos de importación china principalmente, que se van dando, y que ni siquiera tienen el pago de impuestos, de aranceles fiscales, de derechos por registro de marcas, de derechos de logotipos, de nombre, que no tienen que invertir ni siquiera en lo que es la publicidad, promoción o algún estudio de mercado, puesto que aprovecha la imagen del producto ya estratégicamente elaborado, copiándolo, o bien entregando un producto de menor calidad, pero a un bajo precio.

Sin duda, el mercado imperfecto, cuando se imperfecciona más se convierte en un mercado negro, en donde encontramos mercancías de tipo ilícitas.

2.4.- REGLAS DE COMPETENCIA EN LA LEY DE COMPETENCIA ECONÓMICA

Lo que anteriormente era la Ley de Monopolio, a partir de 1992, se ha transformado en la Ley Federal de Competencia Económica.

De hecho, a partir de 1992, se denota ya la mano entrometida de todo el capitalismo Estadounidense en México, claro esta, que ya existía interés en nuestro país, y por supuesto los gobernantes obedecían las instrucciones del país vecino del norte.

De tal manera, que en la actualidad, ese imperio de sumisión, cada vez es mucho mayor.

El caso es de que para 1992, se cambia la Ley Agraria para favorecer la inversión Estadounidense en México y fomentar así la quiebra de las empresas agroindustriales mexicanas, puesto que son aplastadas por los grandes capitales de las grandes corporaciones norteamericanas, ya que con mejor infraestructura y tecnología principalmente hacen que el costo del producto sea menos costoso que el que produce el agroindustrial mexicano, pues al no tener ese mismo sistema de producción y esa tecnología, pues simple y evidentemente el producto es más barato y por lo tanto el consumidor va a preferir ese producto en virtud de que económicamente es más atractivo para su presupuesto, y de esta manera poco a poco el empresario mexicano que no contaba con dicha infraestructura, pues va a dejar de vender como antes estaba acostumbrado, y por ende va a desaparecer de la competencia, pues no existe una igualdad de oportunidad para competir de manera equitativa y con las reglas justas que le permitan una libre concurrencia en circunstancias similares.

Así también, a lo que se atañe a circunstancias económicas, se establece una nueva Ley Federal de Competencia Económica, la cual en su Artículo 2 menciona lo siguiente:

“Esta ley tiene por objeto proteger el proceso de competencia y libre concurrencia, mediante la prevención y eliminación de monopolios, prácticas monopólicas y demás restricciones al funcionamiento eficiente de los mercados de bienes y servicios.

Para efectos de esta ley, se entenderá por Secretaría, la Secretaría de Comercio y Fomento Industrial, SECOFI y por Comisión, la Comisión Federal de Competencia.

Así también el artículo 8 de la Ley Federal de Competencia Económica dice lo siguiente:

Artículo 8.- Quedan prohibidos los monopolios y estancos, así como las prácticas que, en los términos de esta Ley, disminuyan, dañen o impidan la competencia y la libre concurrencia en la producción, procesamiento, distribución y comercialización de bienes o servicios.

De igual manera el artículo 9 dice lo siguiente:

Artículo 9.- Son prácticas monopólicas absolutas los contratos, convenios, arreglos o combinaciones entre agentes económicos competidores entre si, cuyo objeto o efecto sea cualquiera de los siguientes:

- I. Fijar, elevar, concertar o manipular el precio de venta o compra de bienes o servicios al que son ofrecidos o demandados en los mercados, o intercambiar información con el mismo objeto o efecto;
- II. Establecer la obligación de no producir, procesar, distribuir o comercializar sino solamente una cantidad restringida o limitada de bienes o la prestación de un número, volumen o frecuencia restringidos o limitados de servicios;
- III. Dividir, distribuir, asignar o imponer porciones o segmentos de un mercado actual o potencial de bienes y servicios, mediante clientela, proveedores, tiempos o espacios determinados o determinables; o
- IV. Establecer, concertar o coordinar posturas o la abstención en las licitaciones, concursos, subastas o almonedas públicas.

Los actos a que se refiere este artículo no producirán efectos jurídicos y los agentes económicos que incurran en ellos se harán acreedores a las sanciones establecidas en esta Ley, sin perjuicio de la responsabilidad penal que pudiere resultar.

Por otra parte el artículo 10 de la Ley Federal de Competencia Económica nos menciona lo siguiente:

Artículo 10.- Sujeto a que se comprueben los supuestos a que se refieren los artículos 11, 12 y 13 de esta ley, se consideran practicas monopólicas relativas los actos, contratos, convenios o combinaciones cuyo objeto o efecto sea o pueda ser desplazar indebidamente a otros agentes del mercado, impedirles sustancialmente su acceso o establecer ventajas exclusivas a favor de una o varias personas, en los siguientes casos:

- I. Entre agentes económicos que no sean competidores entre si, la fijación, imposición o establecimiento de la distribución exclusiva de bienes o servicios, por razón de sujeto, situación geográfica o por periodos de tiempo determinados, incluidas la división, distribución o asignación de clientes o proveedores; así como la imposición de la obligación de no fabricar o distribuir bienes o prestar servicios por un tiempo determinado o determinable;
- II. La imposición del precio o demás condiciones que un distribuidor o proveedor debe observar al expender o distribuir bienes o prestar servicios;
- III. La venta o transacción condicionada a comprar, adquirir, vender o proporcionar otro bien o servicio adicional, normalmente distinto o distinguible, o sobre bases de reciprocidad;
- IV. La venta o transacción sujeta a la condición de no usar o adquirir, vender o proporcionar los bienes o servicios producidos, procesados, distribuidos o comercializados por un tercero;
- V. La acción unilateral consistente en rehusarse a vender o proporcionar a personas determinadas bienes o servicios disponibles y normalmente ofrecidos a terceros;

- VI. La concertación entre varios agentes económicos o la invitación a estos, para ejercer presión contra algún cliente o proveedor, con el propósito de disuadirlo de una determinada conducta, aplicar represalias u obligarlo a actuar en un sentido determinado; o
- VII. En general, todo acto que indebidamente dañe o impida el proceso de competencia y libre concurrencia en la producción, procesamiento, distribución y comercialización de bienes o servicios.

Asimismo el artículo 11º de la misma ley nos comenta lo siguiente:

Artículo 11.- Para que las practicas a que se refiere el artículo anterior se consideren violatorias de esta ley; deberá comprobarse:

- I. Que el presunto responsable tiene poder sustancial sobre el mercado relevante;
- II. Que se realicen respecto de bienes o servicios que correspondan al mercado relevante de que se trate.³³

De tal manera, que vamos a encontrar en nuestro sistema jurídico una ley que va a regular todas y cada una de las acciones que entre empresas o industrias o comerciantes llevan a cabo entre si, en la que van a existir reglas claras para los que participen en el negocio de la oferta y la demanda y que en caso de que alguna de las partes abuse de su forma y actuación de operar para con los demás, o vaya en contra de la misma Ley Federal de Competencia Económica, habrá también, un cúmulo de sanciones que se aplicarán a la misma.

De lo anterior, vemos como el comerciante formal se encuentra regulado y ordenado, y sobre todo se encuentra sancionado, cosa que no vemos en el comerciante informal o ambulante, pues estos no cuentan con mecanismos e instrumentos que los regulen, que los ordenen, y también que sean sancionados, pues simple y sencillamente vemos que como no se

³³“Ley Federal de Competencia Económica”. Editorial Sista. Edición 2002. México. Págs. 33 a 36.

cuenta con un control de identificación sobre estos, pues fácilmente evaden cualquier situación que les perjudique sus intereses.

Es importante anticipar, que los diversos lineamientos de la Ley Federal de Competencia Económica, los hemos de estar utilizando a continuación, en virtud de que para hacer definiciones dentro de lo que es el comercio formal e informal, el mercado negro, la piratería, y la competencia desleal, así como para observar las afectaciones a la competencia, necesariamente vamos a tener que utilizar esta legislación, por lo que, por el momento solamente la hemos entitulado, y hemos visto cual es su competencia y la intención de esta legislación, para que por un lado, guardar la prohibición en el artículo 28º Constitucional en el sentido de no establecerse monopolios en México, y por supuesto el hecho de que en todo lo que es el proceso económico comercial, no haya la competencia desleal.

2.5.- LOS DELITOS FEDERALES CONTRA EL CONSUMO

Antes de hablar de los Delitos Federales contra el Consumo, es menester y preciso hacer una definición de lo que es el consumo y lo que por consumidor se entiende, y al respecto manifestamos lo siguiente:

CONSUMO

“(Del latín *consumere*: destruir; con significando cumplir, completar, *sumere-sumptum*, tomar. Más tarde, del latín eclesiástico medieval: *consummatio*, de *consummare*, hacer la suma.) De acuerdo al Diccionario de la Lengua, el consumo es el gasto de aquellas cosas que con el uso se extinguen o destruyen. Al significado de la lengua en uso se agregan los de tipo económico, sociológico y jurídico.

En su significado económico y sociológico el consumo es el acto o proceso de consumir, de gastar, para la satisfacción de necesidades, y que se traduce por la destrucción de bienes y servicios. Un sistema económico produce dos grandes categorías de bienes y servicios: de

consumo, o finales, que satisfacen directamente las necesidades de los consumidores; de producción, o indirectos, utilizados en el primer estadio de la producción para proporcionar bienes de consumo. A su vez, la teoría económica distingue: bienes de consumo duradero o no, destinados por esencia á la destrucción; bienes de goce (cuadros, monumentos), que por su carácter perpetuo satisfacen necesidades humanas sin destrucción inmediata a través del consumo.

El consumo no es un mero retiro de bienes del proceso de producción, ni una simple relación personas-cosas. No es una actividad homogénea, unifuncional, ni puramente pasiva frente al carácter activo de la producción. El concepto de consumo designa un gran número de actos diferentes, y cumple una serie compleja de funciones, según la gama de relaciones físicas y socio-económicas que pueden establecerse entre sujetos y objetos, y entre objetos entre sí. Ante todo, existen las complejas interrelaciones entre consumo y producción. La producción es consumo de facultades y fuerzas vitales del individuo que produce, de medios de producción y de materias primas. El consumo es también producción. La producción es intermediario del consumo al crear su objeto y asignárselo, y el consumo es intermediario de la producción al procurar sujetos a sus productos. Sin producción no hay consumo y sin consumo no hay producción.

El consumo puede además estar referido a: la nutrición y protección del organismo; el cumplimiento de funciones instrumentales, decorativas, amenizantes; la construcción o conservación del cuadro de vida; la acumulación (compras para reserva); la producción de servicios; la participación y la utilización colectivas de recursos; la incorporación y el refuerzo de valores psicosociales y espirituales (lazos afectivos; artes y espectáculos, juegos, fiestas, ceremonias, distracciones; decoración de viviendas, paisajes urbanos; estilo de contactos sociales; ideas abstractas, información fáctica, saber técnico y científico).

El consumo nunca es totalmente pasivo ni repetitivo; importa un elemento creativo tendiente a la variedad, a la novedad a la exploración. Cualquiera que sea en las sociedades contemporáneas el grado de poder del productor-vendedor para manipular a los consumidores por la oferta y los mecanismos de persuasión, aquellos no están sometidos pasivamente a la

voluntad ni a las decisiones del primero. Los consumidores tienen costumbres, necesidades, deseos (que la publicidad debe explorar y tener en cuenta), capacidad de juicio, un cierto grado de autonomía; pueden evaluar la virtud intrínseca (técnica, estética) del producto ofrecido. Las múltiples solicitaciones introducidas por la competencia entre productores-vendedores introduce márgenes apreciables de libertad.

El consumo expresa relaciones entre grupos e individuos; constituye un aspecto del proceso normal de integración y de competencia sociales; contribuye a la valorización social del grupo o del individuo; es una forma (positiva o negativa) de participación social.

Según el artículo 28 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos en éstos "no habrá monopolios ni estancos de ninguna clase;..." (párrafo. 1o.). "En consecuencia, la ley castigará severamente, y las autoridades perseguirán con eficacia, toda concentración o acaparamiento en una o pocas manos de artículos de consumo necesario, y que tenga por objeto obtener el alza de los precios; todo acto o procedimiento que evite o tienda a evitar la libre concurrencia en la producción, industria o comercio, o servicios al público todo acuerdo o combinación de cualquiera manera que se haga, de productores, industriales, comerciantes y empresarios de transportes o de algún otro servicio, para evitar la competencia entre sí y obligar a los consumidores a pagar precios exagerados; y, en general, todo lo que constituya una ventaja exclusiva indebida a favor de una o varias personas determinadas y con perjuicio del público en general o de alguna clase social" (párrafo 2o.). Según los párrafos 3o., y 4o., no constituyen monopolios "las asociaciones de trabajadores formadas para proteger sus propios intereses", ni "las asociaciones o sociedades cooperativas de productores para que, en defensa de sus intereses o del interés general, vendan directamente en los mercados extranjeros los productos nacionales o industriales que sean la principal fuente de riqueza de la región en que se produzcan, y que no sean artículos de primera necesidad, siempre que dichas asociaciones estén bajo la vigilancia o amparo del gobierno federal o de los Estados, y previa autorización que al efecto se obtenga de las legislaturas respectivas en cada caso...".

La Ley Federal de Protección al Consumidor, aprobada el 18 de diciembre de 1975, y en vigor desde el 5 de febrero de 1976, define al consumidor como aquel que contrata para su

utilización la adquisición, uso o disfrute de bienes o la prestación de servicios; con excepción de los servicios profesionales y los que se prestan en virtud de contrato o relación de trabajo (artículo 3o.). En las operaciones a crédito, el proveedor debe informar previamente sobre el monto y la tasa de interés que se pagará; la Secretaría de Comercio está autorizada para fijar la tasa máxima de interés (artículos 20 y 22). Los consumidores tendrán derecho a la reparación gratuita del bien o a su reposición si es que no cumple con las especificaciones correspondientes (artículo 33).

El artículo 57 crea la Procuraduría Federal del Consumidor, como organismo descentralizado de servicio social y con funciones de autoridad para promover y proteger los derechos e intereses de la población consumidora.

El Instituto Nacional del Consumidor (artículo 67) tiene como finalidades (artículo 68): la información y capacitación del consumidor en el conocimiento y ejercicio de sus derechos; su orientación para una capacidad racional de compra, y para el conocimiento de prácticas comerciales publicitarias, lesivas de sus intereses; el auspicio de hábitos de consumo que protejan el patrimonio familiar, y promuevan un sano desarrollo y una más adecuada asignación de los recursos productivos del país.”³⁴

CONSUMIDOR

“(Del latín *consumere*.) Consumir, según el Diccionario de la Academia es gastar comestibles u otros géneros. En general la figura del consumidor ha cobrado importancia en el mundo del derecho, por la necesidad que ha surgido, en la economía de consumo, de proteger a la parte débil en las relaciones jurídicas relativas a la adquisición de bienes y servicios. En el fondo se trata, también, de proteger la libertad de empresa comprometida por las prácticas de malos empresarios que restringen, limitan, falsean o eliminan la libertad de competencia y los efectos benéficos que produce para la colectividad. Como el consumidor se encuentra en el mercado

³⁴ “Diccionario Jurídico 2000”. Desarrollo Jurídico Copyright 2000. Todos los Derechos Reservados. DJ2K-647.

antes de celebrar la operación, se hace necesario protegerlo, a la vez, durante el periodo de oferta o publicidad.

En resumen, la protección al consumidor comprende la de su salud y de su seguridad en el mercado, la de su información y la de su educación, así como el fomento o creación de agrupaciones e instituciones que lo defiendan. Lo que en México se busca cumplir, principalmente, a través de la Ley de Protección del Consumidor de 1975.

Según la Ley de Protección al Consumidor, por consumidor se entiende a quien contrata para su utilización la adquisición uso o disfrute de bienes o la prestación de un servicio. Expresamente exceptúa la ley los servicios que se presten en virtud de un contrato o relación de trabajo, el servicio público bancario y la prestación de servicios profesionales. Esta última no queda excluida cuando se incluyan el suministro de bienes o la prestación de servicios distintos a los estrictamente profesionales, y cuando los materiales empleados en la ejecución del trabajo encargado al profesionista sean distintos a los que se hayan convenido (artículo 4o. Ley de Protección al Consumidor). Por tratarse de un ordenamiento mercantil, la relación proveedor-consumidor sólo se presentará cuando aquél sea un comerciante, realice un acto aislado de comercio o se trate de una empresa de participación estatal, organismo descentralizado u órgano del Estado, en cuanto desarrollen actividades de producción, distribución de bienes o prestación de servicios a consumidores.

Aunque no lo dice de modo expreso la Ley de Protección al Consumidor, la regla general es que cuando se trata de actos relativos a inmuebles, quien adquiere el bien, o el uso y disfrute de uno de esta naturaleza, no es considerado consumidor, salvo que de modo expreso lo determine la ley. La terminología de esta última, para establecer que actos sobre inmuebles quedan sujetos a su imperio, es imprecisa y confusa. Así se incluyen los actos jurídicos relacionados con inmuebles cuando los proveedores sean fraccionadores o constructores de viviendas, para venta al público, o cuando otorguen al consumidor el derecho a usar o disfrutar de inmuebles durante lapsos determinados dentro de cada mes o año o dentro de cualquier otro periodo determinado de tiempo, cualquiera que sea la denominación de los contratos

respectivos. Mejor hubiera sido que se refiriera a todas aquellas operaciones, en las cuales el proveedor fuese una empresa inmobiliaria.

El concepto de consumidor es muy amplio en la Ley de Protección al Consumidor, lo que puede distraer la actividad de las autoridades encargadas de aplicarla en detrimento de la parte débil en el mercado y de la eficacia de la misma Ley. Por eso es criticable la fórmula que utiliza el legislador, que no siguió el ejemplo del derecho comparado, en el cual el concepto de consumidor corresponde a la persona física que se encuentra al final del proceso de producción. Así, en el Proyecto de Convención sobre la Compraventa Internacional de Mercaderías las ventas al consumidor son de "bienes que se adquieran para uso personal, familiar y doméstico", regla vigente, también en la legislación federal norteamericana.³⁵

De lo anterior, podemos darnos cuenta de lo importante que es a nuestras fechas tener una Ley que garantice los derechos del consumidor, que no exista un abuso por parte de los comerciantes, que no exista un engaño en cuanto a las características de cierto producto, que la venta se haga conforme a las cláusulas pactadas y contratadas, y en caso de que dicho producto no satisfaga nuestras expectativas o que el mismo este defectuoso, va a existir un elemento llamado garantía que va a servir para poder solicitar la devolución de nuestro pago o el cambio físico del bien que hayamos pagado, y en el caso, de que el proveedor no lo quisiera hacer, vamos a encontrarnos con una Procuraduría Federal del Consumidor, que va a buscar la conciliación de las partes hasta que se restituyan cada una de sus prestaciones, y que de alguna manera va a ser el protector del consumidor y va a respaldar sus derechos y hacer que el proveedor o suministrador del servicio pague al consumidor o haga efectiva dicha garantía.

Por ende, es importante hacer notar como entre los comerciantes formales existe un organismo que con bases y reglas claras y sobre todo con un ordenamiento jurídico que va a regular todo lo relacionado entre los conflictos que se susciten entre el proveedor o distribuidor o vendedor y el consumidor.

³⁵ "Diccionario Jurídico 2000". Desarrollo Jurídico Copyright 2000. Todos los Derechos Reservados. DJ2K 646.

Situación que no existe entre los comerciantes ambulantes o informales, ya que si queremos que nos devuelvan nuestro dinero o nos cambien el producto por otro, pues esto, va a ser muy complicado, pues simple y sencillamente no contamos con una venta legítima (en sentido estricto), pues no contamos con una garantía o una factura que ampare la compra o contratación del servicio, y en ese sentido no podríamos obligarlos ante la Procuraduría Federal del Consumidor a que nos restituyan el servicio o la compra, aquí nada mas nos queda la esperanza que el propio vendedor para no perder su clientela, de una garantía de palabra, pero esto no nos garantiza en nada que sea siempre así.

Ahora bien, desde el punto de vista del bien jurídico tutelado, vamos a ver que el Derecho Penal, es un derecho que trata de tutelar a todos los demás derechos.

Esto lo podemos evidenciar, desde lo que dice el autor Raúl Goldstein del bien jurídico tutelado en las siguientes palabras:

“La tutela del bien jurídico es común a todo el ámbito del derecho; pero adquiere especial importancia en el ámbito penal, por su particular forma de otorgar esa protección, utilizando la amenaza y la pena, y también es su función específica la defensa mas enérgica de los intereses especialmente dignos, al punto de que se dice que el derecho penal es el protector de los demás derechos.”³⁶

En tal situación es preciso señalar una definición de lo que es nuestro Derecho Penal, y a continuación lo mencionamos;

DERECHO PENAL

“También llamado derecho criminal, derecho punitivo o derecho de castigar, es el conjunto de normas jurídicas del Estado que versan sobre el delito y las consecuencias que este acarrea, ello es, la pena y las medidas de seguridad. También suele designarse así la ciencia que tiene

³⁶ GOLDSTEIN, Raúl. “Derecho Penal y Criminología”. Editorial Astrea. Cuarta Edición. Buenos Aires, Argentina. 1998. Pág. 85.

por objeto las expresadas normas constitutivas del derecho penal objetivo. Aquí nos ocuparemos sólo del derecho penal en la primera acepción indicada.

Sobre la base del principio constitucional de que no hay delito ni pena sin ley previa, el derecho penal describe las diversas especies de delito, señala las características de toda infracción penal y determina la naturaleza de las penas y medidas de seguridad y las bases de su magnitud y duración. Delito, pena y medida de seguridad son, pues, los conceptos esenciales del derecho penal.

Lo anterior vale para lo que se conviene en llamar derecho penal material o sustantivo, que es el derecho penal propiamente dicho. En una acepción más amplia cabría también el derecho procesal penal, cuyos preceptos regulan la aplicación de las consecuencias previstas en el derecho penal sustantivo, y el derecho de ejecución penal relativo a la ejecución y control de las penas, medidas y consecuencias accesorias impuestas por sentencia ejecutoriada. Parte de este último es el derecho penitenciario.

El Derecho Penal es una rama del derecho público interno, pues la potestad punitiva (jus puniendi) compete exclusivamente al Estado. Se conviene en que el ejercicio de esta potestad representa la ultima ratio en la defensa de bienes jurídicos tenidos por fundamentales, que el delito lesiona de modo intolerable. Entre ellos se cuentan la vida, la integridad corporal, la libertad, el patrimonio, la incorruptibilidad de la función pública, la seguridad estatal interna y externa, y muchos otros. Cuando el atentado a esos bienes jurídicos se verifica a través de acciones que, por su especial odiosidad, han sido acuñadas por la ley en figuras o tipos de delito, el derecho punitivo reacciona enérgicamente, de manera primordial a través de las penas, y también a través de las medidas de seguridad.³⁷

Sin duda, la protección que hace nuestro Código Penal Federal sobre los delitos contra el consumo y contra las riquezas nacionales, es la fórmula más drástica que la ley establece para llevar a cabo una protección digna a los intereses y bienes jurídicos tutelados por la norma penal y que son bienes de la sociedad.

³⁷ "Diccionario Jurídico 2000". Desarrollo Jurídico Copyright 2000. Todos los Derechos Reservados. DJ2K 877.

Así tenemos como los Artículos 253 a 254 TER, van a establecer diversas conductas delictivas que hacen que se lleve a cabo una protección al consumidor, y por supuesto a nuestras riquezas nacionales.

En términos generales, el Artículo. 253 del Código Penal Federal, menciona que habrá una prisión de 3 a 10 años, con multa 200 a 1000 Días Multa, cuando se provoquen las siguientes conductas:

I.- Los relacionados con artículos de consumo necesario o generalizado o con las materias primas necesarias para elaborarlos, así como las materias primas esenciales para la actividad de la industria nacional, que consisten las siguientes conductas:

- a).- Acaparamiento u ocultamiento;
- b).- Todo acto o procedimiento que evite o dificulte o se proponga a evitar o dificultar la libre concurrencia en la producción o en el comercio;
- c).- La limitación de la producción o el manejo que se haga de la misma con el propósito de mantener las mercancías en injusto precio;
- d).- Todo acuerdo o combinación, de cualquier manera que se haga, de productores, industriales, comerciantes o transportistas para evitar la competencia entre si;
- e).- La suspensión de la producción, procesamiento, distribución, oferta o venta de mercancías o de la prestación de servicios para obtener alzas de precios o que afecte el abasto de consumidores;
- f).- La exportación sin permiso de la autoridad competente cuando esta sea necesaria por disposiciones legales;

g).- La venta con inmoderado lucro, por productores, distribuidores o comerciantes en general. En los casos de que el lucro indebido sea inferior al equivalente a 60 Días de Salario Mínimo General Vigente en la región, y en el momento donde se consuma el delito se sancionara con prisión de 2 a 6 años.

h).- Distraer para usos distintos mercancías que hayan sido surtidas para un fin determinado por una entidad publica o por distribuidores, cuando el precio que se hubiese entregado la mercancía sea inferior al que tenga si se destina a otros usos;

i).- Impedir o tratar de impedir la generación, conducción, transformación, distribución o venta de energía eléctrica de servicio publico;

j).- Interrumpir o interferir intencionalmente la producción y servicio de gas natural;

II).- Envasar o empaçar mercancías destinadas a la venta, en su contenido o fuera de la respectiva tolerancia;

III).- Entregar dolosa y repetidamente, cuando la mención se haga en el momento de la transacción, mercancías en cantidades menores a las convenidas;

IV).- Alterar o reducir por cualquier medio las propiedades que las mercancías o productos deberían tener;

V).- Revender a un organismo público, a precios mínimos de garantía o a los autorizados por la Secretaría de Comercio, productos agropecuarios, marinos, fluviales y lacustres, adquiridos a un precio menor.

De lo anteriormente enunciado, nos damos cuenta que existe un Derecho Penal, que va a castigar de manera privativa de la libertad o con días multa, en caso de incurrir en alguno de los supuestos que menciona los artículos anteriormente narrados, vemos como es que la justicia ataca de manera agresiva al comerciante formal al incurrir en un delito contra el

consumo, el hecho de acaparar u ocultar mercancía, evitar la libre concurrencia, mantener las mercancías en un injusto precio, suspender la producción y distribución de un producto o mercancía, el hecho de exportar sin un permiso, etc.

Desde ese punto de vista, vemos como es que el comerciante formal está sancionado por muchos lados del derecho y esto hace que el comerciante informal goce de un sin número de beneficios que hagan que su comercio sea más productivo y cuantioso, y por supuesto no regulado ni sancionado; pues algunos de ellos comercian con mercancía ilícita, ya sea de contrabando, robada o plagiada o en algunos casos hasta distribución de drogas y armas, que a través de los diversos tianguis, mercados, plazas y puestos; pues logran el ocultamiento entre ellos mismo, creando cada vez más un comercio ilícito, una red de crimen organizado, y por su puesto un poder económico que pueda corromper a las autoridades gubernamentales, y así ser solapados y protegidos por estos.

CAPÍTULO III

DEL COMERCIO

Para este capítulo, vamos hablar sobre algunas circunstancias que rodean a esa fórmula a través de la cual, el hombre lleva a cabo el comercio o bien el intercambio de mercaderías con una cierta especulación.

Así tenemos que el autor Henry Pratt Fairchild cuando hace alusión al concepto de Comercio dice: “ en primer lugar, aplicado a las relaciones económicas, el término se refiere a las transacciones de cambio o trueque. También se refiere al trato social, al intercambio de comunicaciones etc; en segundo lugar, puede ser el cambio de mercancías por mercancías o dinero equivalente; transacciones económicas o comerciales dentro de un país o bien con otros países; y en tercer término, el comercio es la relación interpersonal que implica cierto grado de toma y daca, usualmente en el supuesto de una ganancia de valores por ambos lados. Puede ser mental, verbal o afectiva y, en el uso corriente, suele aplicarse a las relaciones sexuales. En ese sentido se emplea siempre como calificativo.”³⁸

La idea que el autor citado nos sugiere respecto de lo que el comercio es, el que va a redundar en las posibilidades a través de las cuales, se va a dar el intercambio de mercaderías, y como consecuencia de esto la especulación que conlleva en si misma un lucro.

Cuando hablamos de la libre concurrencia en el capítulo II, pudimos observar, que desde lo que es el ángulo mercantil, vamos a tener que dicho acto necesariamente debe de conllevar una especulación, y por supuesto una ganancia.

De esta circunstancia, pudimos hablar suficientemente en el inciso 1.2 principalmente.

³⁸ PRATT FAIRCHILD, Henry. “Sociología”. Editorial Fondo de Cultura Económica. Vigésima Edición. México. 2002. Pág. 49.

Debemos de recordar, que en este inciso citamos algunos conceptos incluso del Código de Comercio, de hecho, cuando tocamos lo que fue el acto de comercio, hicimos un enlistado general a través del cual el artículo 75 del Código de Comercio va señalando cuales son los actos que de alguna manera, deben de considerarse como mercantiles.

Incluso, señalábamos el artículo 76 del Código de Comercio, que mencionaba que no son actos de comercio la compra de artículos o mercaderías cuando estos se destinan al uso o consumo exclusivo del que los compra.

Y también hablamos de lo que fue el lucro como la principal especulación en el toma y daca de mercancías.

Así tenemos que la idea de comercio, de alguna manera la hemos desahogado en el capítulo I principalmente, y por lo mismo, vamos a pasar a abrir el siguiente inciso.

3.1.- EL COMERCIO FORMAL

Como su nombre lo indica el comercio formal va a ser aquel que queda debidamente registrado, que de alguna manera se lleva a cabo a través de un establecimiento mercantil, al cual se le ha señalado un giro que está íntimamente relacionado con el impacto vecinal y con el impacto de una zona.

Y sobre todo se esta sujetando a un conjunto normativo de Leyes de Funcionamiento de Establecimientos Mercantiles en cada uno de los lugares en donde exista una ley sobre del particular.

Y en ese sentido es preciso dar una breve definición de lo que es un Establecimiento Mercantil;

ESTABLECIMIENTO MERCANTIL;

“ Asiento material de la empresa, lugar geográfico en el que permanentemente se desenvuelven sus negocios.

De un comerciante que en lugar determinado empieza sus negocios, se dice que se establece. Establecimiento es, pues, literalmente entendido, el acto de establecerse. El lenguaje jurídico utiliza la expresión para designar: 1) el asiento de la empresa, es decir, el punto geográfico permanente, desde el que se dirige el negocio y en el que se cierran las operaciones que constituyen el objeto de la empresa; 2) el negocio ejercido en determinado lugar. De la misma manera que ocurre con domicilio de las sociedades sucede con el establecimiento. Tanto aquél como este se entienden como lugar geográfico, como la entidad municipal en la que normalmente se desarrollan las actividades, y como el local en el que materialmente se realizan dichas tareas.

Comúnmente, una empresa tiene uno o varios establecimientos; pero el establecimiento no es esencial para la existencia de la empresa; hay empresas sin establecimiento, como ocurre con ciertos negociantes en piedras preciosas, y con ciertos tipos de agentes de comercio; otras veces, el establecimiento no es fijo, sino ambulante, como sucede con cierta clase de espectáculos públicos.

Efectos del establecimiento mercantil: considerado el establecimiento como lugar o entidad municipal podemos decir que el mismo determina el lugar de inscripción en el Registro Público de Comercio (artículo 18 del Código de Comercio.) y de realización de la publicidad relacionada con la apertura funcionamiento y cierre de los establecimientos (artículo 17 fracción I Código de Comercio).

El establecimiento tiene un lugar importante en materia de marcas.

El concepto de establecimiento de la empresa nos lleva al del domicilio del comerciante, pues si la empresa tiene un establecimiento, el titular de la empresa tiene un domicilio. El domicilio

de las personas físicas es el lugar en el que se reside con propósito de establecimiento y el propósito es patente y se convierte en realidad, si hay ya establecimiento. Para las sociedades, el concepto de domicilio está dado por el lugar de residencia de su administración, que puede no estar donde se encuentren los establecimientos, o el establecimiento de la empresa.

Establecimiento y locales. Sucursales: el comercio puede extender su actuación a varios locales y a diferentes actividades. Así, podemos distinguir: a) un comerciante que tiene varios negocios distintos, cada uno con su establecimiento; b) un comerciante que tiene un establecimiento con varios locales accesorios, que no tienen independencia jurídica y económica respecto de aquel, ya sean fabricas, almacenes, expendios, etc., y c) un comerciante que tenga, un establecimiento principal y otros auxiliares estos con independencia económica y jurídica. En este último caso, hablamos de sucursales.

La llamada propiedad comercial: íntimamente vinculada con el concepto de establecimiento, esta el problema de la llamada propiedad comercial, expresión utilizada para significar los especiales derechos del titular de la empresa sobre los locales arrendados para su establecimiento. Si el empresario pudiera ser desahuciado en cualquier momento, el propietario de! loca! podría aprovecharse del buen nombre, de la clientela, del aviamiento en suma, para montar en él un negocio igual o semejante. Además, un traslado significa muy frecuentemente la pérdida de la clientela, cuando no la muerte misma de la empresa.

Por eso, en muchos países se ha establecido la llamada propiedad comercial que consiste en la atribución de especiales derechos a los empresarios sobre los locales arrendados que ocupan, bien creando un derecho de proroga en la duración de los contratos, bien concediendo una opción para el caso de venta de los locales, bien atribuyendo al empresario una parte de la plusvalía que el dueño obtenga en caso de enajenación de los mismos.³⁹

³⁹ "Diccionario Jurídico 2000". Desarrollo Jurídico Copyright 2000. Todos los Derechos Reservados. DJ2K -

En el caso de lo que es el Distrito Federal, estará la Ley para el Funcionamiento de Establecimientos Mercantiles para el Distrito Federal.

Así, se va armando una oficina de la Secretaría de Gobierno, que ha de supervisar, coordinar y evaluar el cumplimiento de las reglas que la Ley para el Funcionamiento de Establecimientos Mercantiles, menciona.

Así, la formalidad requiere de diversos trámites, que se mencionan en su artículo 5 de la Ley de Establecimientos Mercantiles para el Distrito Federal.

Artículo 5.- Son atribuciones de la Delegación:

- I. Expedir licencias de Funcionamiento, Permisos y Autorizaciones en los términos de la Ley;
- II. Llevar el Registro de las Declaraciones de Apertura de los Establecimientos Mercantiles;
- III. Registrar el aviso de suspensión y cese de actividades de los establecimientos mercantiles, e informar a la tesorería del Distrito Federal sobre estos;
- IV. Autorizar el funcionamiento del servicio de acomodadores de vehiculos, con que cuentan los establecimientos mercantiles;
- V. Elaborar, digitalizar y mantener actualizado el padrón de los establecimientos mercantiles que operen en sus demarcaciones;
- VI. Vigilar el cumplimiento de lo dispuesto por la ley, llevando a cabo las verificaciones, aseguramiento y visitas a que haya lugar, de conformidad con la Ley de Procedimiento Administrativo del Distrito Federal y sus disposiciones reglamentarias;

- VII. Aplicar las sanciones previstas en la Ley;
- VIII. Informar de manera oficial y pública a los vecinos sobre los resultados de la verificación hecha a algún Establecimiento Mercantil, cuando así lo soliciten los vecinos afectados de dicha demarcación territorial;
- IX. Otorgar permisos para el uso de la vía pública, sin que se afecte la naturaleza y destino de la misma, en los términos de las disposiciones jurídicas y administrativas aplicables;
- X. Dar vista al comité vecinal y demás vecinos interesados de la Demarcación Territorial correspondiente, de las solicitudes de Licencia de Funcionamiento Tipo "B", con excepción de los cabarets;
- XI. Realizar una consulta vecinal para el otorgamiento de la Licencia de Funcionamiento B para cabaret; y
- XII. Las demás que les señalen la Ley y otras disposiciones aplicables.

Así tenemos que como consecuencia, la formulación que de alguna manera la legislación establece para que un giro mercantil o local de comercio sea formal, es el llevar a cabo todas y cada una de las medidas que la Ley establece para su funcionamiento.

De hecho, el artículo 9 de la Ley para el Funcionamiento de Establecimientos Mercantiles dice en términos generales, lo siguiente: (nótese que es en términos generales, no es transcripción del mismo).

"Artículo 9.- Los titulares de establecimientos mercantiles tienen las siguientes obligaciones:

1.- Destinar el local exclusivamente para el giro para el cual fue autorizado en la licencia de funcionamiento.

2.- Tener a la vista del público general, original y copia que acrediten su legal funcionamiento.

3.- Revalidar cada 3 años la licencia de funcionamiento

4.- Exhibir en un lugar visible al público y con caracteres legibles el horario en el que se prestarán los servicios ofrecidos.

5.- Permitir el acceso al establecimiento mercantil al personal autorizado por la delegación para realizar las funciones de verificación que establece esta Ley.

6.- Observar el horario general que fije la Ley.

7.- Cumplir la suspensión de actividades que en las fechas y horarios específicos que determinen la Secretaría de Gobierno.

8.- Evitar aglomeraciones en la entrada principal del establecimiento mercantil que obstruyan la vialidad, el paso peatonal, o que pongan en riesgo la seguridad de los usuarios o peatones.

9.- Permitir el acceso a las instalaciones a todo usuario que lo solicite, respetando el orden de llegada con excepción de aquellos que requieran un membresía.

10.- Prestar el servicio de que se trate a toda persona que lo solicite, sin discriminación.

11.- Los titulares de las Licencias de funcionamiento Tipo b, esto es giros negros, deberán colocar en el exterior Establecimiento Mercantil, un letrero visible que señale “ en

este Establecimiento no se discrimina por motivos de raza, religión, orientación sexual, condición física o socioeconómica ni por ningún otro motivo.

12.- Contar con un botiquín equipado con medicinas.

13.- Dar aviso por escrito a la Delegación del cambio de la denominación o nombre comercial.

14.- Contar con un programa interno de protección civil.

15.- Fijar en un lugar visible del Establecimiento un croquis que ubique claramente las rutas de evacuación.

16.- Vigilar que se conserve la seguridad de los asistentes y de los empleados dentro del Establecimiento Mercantil.

17.- Dar aviso inmediato a las autoridades competentes, en caso de que se altere el orden y la seguridad dentro del establecimiento mercantil

18.- Contar con un seguro de responsabilidad civil para cubrir a los usuarios tanto en su persona como en sus bienes, en los casos en que así lo establezca la ley de protección civil.

19.- Contar con los cajones de estacionamientos que se instruyen según el caso.

20.- Instalar aislantes de sonido en los establecimientos mercantiles, para no generar ruido en el medio ambiente.

21.- Los titulares de aquellos establecimientos en donde se preste al público el servicio de acceso a la red de internet, en los cuales se permita el acceso a menores, deberán contar con un sistema de bloqueo a páginas o sitios que contengan información pornográfica o imágenes violentas.

22.- Colaborar dentro de los establecimientos con campañas sanitarias dirigidas por las autoridades sanitarias-

23.- Las demás que señalen otros ordenamientos.”⁴⁰

De lo anteriormente detallado, podemos observar que para tener un establecimiento mercantil, debemos de contar con una serie de requisitos que la misma delegación va a obligar al propietario del establecimiento a cumplir con todos y cada uno de estos requisitos, porque si no lo hace, pues simplemente se le niega la licencia o permiso respectivo.

En ese sentido, vemos como el comerciante ambulante no cuenta con ese tipo de requisitos mínimos para operar, pues no acreditan su legal funcionamiento al no estar inscritos a un padrón que los tenga ubicados para el cumplimiento de sus obligaciones, vemos como no cuentan con licencia o permiso alguno, no hay un horario fijo para su funcionamiento, asimismo el comerciante ambulante crea aglomeraciones que obstruye la vialidad y sobre todo obstaculiza el paso peatonal poniendo en riesgo la seguridad de los usuarios y de los peatones, no cuenta con medicamentos, mucho menos con un programa de protección civil para el caso de una emergencia, crea un ruido excesivo que contamina al medio ambiente y a su entorno, y sobre todo existe una gran inseguridad e insalubridad en dichos lugares.

Pero, realmente, una ley local como es la Ley para el Funcionamiento de Establecimientos Mercantiles, nunca va ha poder estar arriba de nuestra Constitución Federal.

Ya habíamos hablado y establecido, como es que la Garantía Constitucional al libre comercio y a la libre concurrencia, iba a quedar en el plano de la mas alta disposición que genera nuestro contrato social.

Habíamos dicho en el inciso 1.3, como es que la garantía individual como Derecho Fundamental Humano, va a proteger a los comerciantes.

⁴⁰ CFR. “Ley para el Funcionamiento de Establecimientos Mercantiles en el Distrito Federal”. Editorial Sista. Edición 2002. México. Págs. 8 a 10.

De tal manera, que esos conceptos del otorgamiento de permisos y licencias, no deben de ser utilizados de esa manera, incluso hasta la concesión de servicios públicos, no tienen razón de ser tal y como lo tratan de manejar las autoridades, es insuperable que se respete la posibilidad del ser humano por lograr un mejor estatus de vida a través del desarrollo de sus propias actividades.

Y tan es así, que nos vemos obligados a citar la siguiente jurisprudencia que definitivamente aclara totalmente, como es que ningún reglamento Gubernativo Local, en este caso en el Distrito Federal, pueda estar arriba de la Constitución.

Dicha Jurisprudencia dice:

“ COMERCIO, LIBERTAD DE. FALTA DE CONTESTACIÓN A LA SOLICITUD DE LICENCIA. DERECHO DE PETICIÓN Y CLAUSURAS.- El derecho de los particulares a dedicarse a actos de comercio, y entre ellos, al negocio de bares y similares que es en si mismo una actividad lícita, es un derecho que le reconoce el artículo 5º Constitucional y **NO UNA DADIVA NI UNA CONCESIÓN DE LAS AUTORIDADES ADMINISTRATIVAS.** Y conforme al precepto mencionado, estas autoridades solo podrán vedar o restringir el ejercicio de esa actividad comercial cuando se apoyen para ello en el interés público, en la forma en que lo reglamente y determine una ley formalmente emanada del congreso de la unión. Luego ni los reglamentos administrativos ni los acuerdos de funcionarios del poder ejecutivo, pueden tener el alcance de restringir, limitar o vedar en ninguna forma tales actividades comerciales constitucionalmente protegidas. Y la intervención de las autoridades en el otorgamiento de licencias para operar no puede tener otro alcance que un mero requisito administrativo de control, que deberán necesariamente conceder, a menos que se dejen de satisfacer condiciones establecidas para ello en una ley del congreso...(jurisprudencia visible: informe 1998. Tribunal Colegiado de Circuito página 63 y 64)”⁴¹

⁴¹ Jurisprudencia Visible en: GÓNGORA PIMENTEL, Genaro David y ACOSTA ROMERO, Miguel. “Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos”. Editorial Porrúa, S.A. Quinta Edición. México 2000. Págs. 180 y 181.

Es importante en este momento abrir el siguiente inciso, para poder comentar suficientemente la jurisprudencia citada.

3.2.- EL INFORMAL O AMBULANTE

La idea que trasciende de lo dicho y establecido en la jurisprudencia pasada, se puede advertir que frente a ese comercio formal se va erigir un comercio ambulante o bien de tipo informal.

De este comercio, Juan Manuel Ochoa Torres comenta: “ Es cierto que las vendedoras de tamales, frutas y otros muy diversos personajes de nuestra vida cotidiana, han formado parte de nuestro escenario por siglos, pero la creación y establecimiento de autenticas redes de distribución de mercancías a través del comercio informal, como lo vemos hoy en día no va más atrás de los años 70’s...

En la década de 1970 se estimó que sería factible utilizar a cada red mas crecientes cantidades de vendedores ambulantes con fines políticos, ya que constituirían una poderosa fuente de choque que llenaría los mítines políticos, y podría representar una cantidad importante de votos para el partido en el poder. Otro elemento que constituyó en forma importante para el crecimiento de la economía informal es que desde los años 50’s hasta los 80’s, la tasa de crecimiento poblacional era demasiada alta, y el crecimiento económico no fue capaz de crear las fuentes de trabajo remunerativo para esas cantidades cada vez mas grandes de personas que año tras año se sumaban a la lista de desempleados.”⁴²

La informalidad a través de la cual se va generando una mayor concentración del comercio informal, va tomado de la mano de lo que sería la corrupción gubernamental.

⁴² OCHOA TORRES, Juan Manuel. “Antecedentes, Consecuencias y la Solución al Comercio Ambulante”. Editorial Edamex. Primera Edición. México. 2002. Págs. 7 y 15.

Cada uno de nuestros gobiernos, solamente han enriquecido a su partido, sin respetar la necesidad del pueblo que contribuye y no se le ha podido dar al pueblo el hecho de regresarle su contribución a través de la creación de la infraestructura que el gobierno debe de proporcionar al individuo para que este desarrolle su infraestructura y con esto pueda tener un mejor crecimiento de todo tipo, tanto económico, social y personal.

No hay infraestructura ni siquiera para realizar la cultura y preparación de las personas, mucho menos para que haya un despegue económico.

La corrupción gubernamental, es la causa de ello, el enriquecimiento personal de los gobernantes, deberá de ser mas duramente castigados que lo que es el secuestro o cualquier otro producto delincüencial, puesto que, a través de esa actitud corrupta, se va generando la delincüencia, y si no fuera por el gobierno corrupto la delincüencia no tendría razón de ser, puesto que encontraría un modus vivendi decente que la permitiera guardar una vida digna.

Así, que si se propone una pena de muerte para secuestradores, también debe de establecerse una pena más severa para los políticos gobernantes a los que se les demuestre se hayan quedado con el presupuesto de la nación o hayan utilizado su puesto político para intervenir en negociaciones que le permitan enriquecerse de manera ilícita o allegarse de dinero de manera ilegítima.

Razón por la cual, ya dentro del gobierno, va atender a los intereses de grandes caciques comerciantes de la zona, para crearles un monopolio y dichos caciques, puedan tener un mercado cautivo en donde puedan englobar sus riquezas.

Al pueblo, solamente se le requiere para que compre, y sea un fiel servidor del cacique.

De tal manera, que cuando el pueblo trata de superarse y hacer comercio en una competencia totalmente desleal en verdad, pues lo que se realiza mas que nada es la vía de

desarrollo que el individuo requiere y tiene para poder lograr una mayor y mejor posibilidad de vida.

En ese sentido podemos afirmar que los comerciantes informales no cumplen con un ordenamiento que regule sus actividades, tal como lo hacen los comerciantes formales que son regulados por una Ley de Establecimientos Mercantiles que en caso de no cumplir con dicha ley, estos pueden ser sancionados de manera económica, con la clausura del establecimiento y con la revocación de Licencias, por ende podemos concluir que el comerciante informal, en algunos casos goza de privilegios y su comercio es de manera irregular, no legislada, ilegal y desleal.

Ahora bien, en el año de 1998 se emitió un *PROGRAMA DE REORDENAMIENTO DEL COMERCIO EN VÍA PÚBLICA*, que entre otras cosas busco la manera de regular dicha actividad, y dio una caracterización del problema al mencionar lo siguiente:

“ El comercio en vía pública ha tenido en los últimos años un auge inusitado. Ello ha propiciado su desbordamiento y rebasado toda la normatividad vigente, sin que las autoridades hayan podido encauzarlo bajo un control racional y ordenado.

El desbordamiento del comercio en vía pública ha causado problemas y conflictos de diverso orden:

- A) Saturación de vialidades y bloqueo de entradas y salidas de las estaciones del metro, hospitales y Escuelas, lo que provoca molestias a los vecinos y riesgos adicionales en casos de emergencias o catástrofes.

- B) Deterioro de la imagen y entorno urbano, lo que provoca distintos fenómenos indeseados para la ciudad: despoblamiento, abandono de inmuebles, deterioro en la calidad de servicios, fomento de actividades en perjuicio de la salud pública, pérdida del patrimonio cultural y artístico, alejamiento del turismo nacional e internacional, fomento de la delincuencia y aumento de contaminación ambiental.

- C) Crecimiento de la economía informal, lo que da pie al incremento de actividades ilícitas: venta de mercancía robada, comercialización de productos de contrabando, venta de artículos sin registro legal y comercio de mercancías sin garantía para el consumidor. Además, el crecimiento de la informalidad provoca una pérdida cada vez mayor de contribuyentes al erario público, lo que a su vez lleva una menor atención a estos grupos en materia de políticas de seguridad y prevención social, vivienda popular y educación.
- D) Se ha convertido en un problema político ya que al sustraerse de la normatividad legal y de control gubernamental, esta actividad trata de encauzarse por las vías de la negociación discrecional, lo que a su vez propicia corrupción y conflictos sociales.⁴³

De lo anterior, pudimos observar la gran cantidad de daños y perjuicios que a la fecha ha ocasionado el comercio ambulante y que aunque se haya realizado un programa, pues simplemente ya no se le dio la continuidad para poder reglamentar dicha actividad.

Esto nos conduce rápidamente, a observar varias situaciones que son consecuencia de la jurisprudencia citada en el inciso anterior, y que nos hace distinguir la situación del comercio ambulante o bien el informal, y esto es la formación de un mercado negro.

3.3.- EL MERCADO NEGRO

El contrabando, los artículos robados, la piratería, el plagio, la falsificación, son tan solo algunos de los problemas que se han de generar en virtud de lo que es el crecimiento de la venta por ambulante, o en la vía pública.

⁴³ "Programa de Reordenamiento del Comercio en Vía Pública". Editorial Leyes y Reglamentos de México. Edición 2003. México. Págs. 72 a 74.

Y exactamente uno de los problemas fundamentales que a dado lugar al crecimiento del comercio ambulante y ha generado un verdadero mercado negro es el contrabando de mercancías, para el cual daremos una definición del mismo;

CONTRABANDO

“Voz española, compuesta de una preposición y un nombre, que provienen del latín, contra que significa frente a, contra; y del francés ban que paso al italiano como bando, edicto solemne. En el español antiguo significó la contravención de alguna cosa que era prohibida por bando publicado a voz de pregonero, en los lugares o sitios destinados para hacer público, lo que el príncipe quería que se observe o no se ejecute.

Es el acto u omisión realizado por una persona para evitar el control adecuado por parte de la autoridad aduanera en la introducción o extracción de mercancías a territorio nacional.

En la actualidad el comercio internacional de los países que han alcanzado un alto grado de desenvolvimiento económico y tienen un elevado nivel de producción manufacturera como Estados Unidos, Japón, Alemania, etcétera, las mercancías así producidas son de buena calidad y precio muy competitivo. Lo anterior a diferencia de los escasos productos manufacturados de los países en vías de desarrollo que no gozan de una calidad óptima y cuyos precios son bastante elevados.

Lo anterior da lugar al surgimiento de un fenómeno económico que es el contrabando en la medida que la mercancía extranjera sea de mejor calidad y buen precio. Cuando alguno de los elementos anteriores se presentan en las mercancías nacionales, disminuirá en forma inmediata el contrabando.

Como J. Stamp afirma, se puede señalar claramente que desde un punto de vista psicológico el contribuyente puede reaccionar de maneras diferentes por lo que se refiere a la evasión de impuestos al comercio exterior:

- a) Siempre puede darse una mala actuación de las autoridades para con el contribuyente, lo que sirve de justificación para evadir el impuesto como forma de recuperar lo propio.

- b) Las personas debido a la inmoralidad y abuso de autoridad que imperan en el medio aduanal experimentan una fascinación al eludir el control y los impuestos aduaneros, y la sociedad recoge con agrado y de buena gana estos actos.

- c) El conocimiento de que muchas otras personas realizan actos similares de evasión, hace que se adopte la posición de no cubrir los impuestos aduaneros. Un ejemplo claro de esto es el abuso que los pasajeros internacionales hacen de la franquicia de artículos de uso personal introduciendo mercancías en exceso, de contrabando.

- d) El declarar un valor menor de las mercancías de importación con objeto de pagar un menor impuesto ad-valorem es una costumbre extendida en virtud de la falta de una implementación adecuada de la ley, falta de conocimiento de la misma, el cambio de criterios constante por parte de las autoridades aduanales para determinar el valor normal, así como la oposición al sistema por parte de ciertas autoridades e importadores.

Existen otros factores que influyen para que surja el contrabando, la llamada molestia del impuesto constituye en ciertas ocasiones otro elemento determinante de la evasión tributaria, que incide en forma decisiva, cuando el sujeto pasivo se encuentra en situación de estimar el sacrificio económico; como puede ser el caso de una mercancía que no se produzca en el país y cuyos impuestos ad-valorem sean exorbitantes, mas el artículo sea indispensable para el logro de los fines de una persona.

En épocas de crisis económicas en que se presentan la inflación, descapitalización, acaparamiento de los productos nacionales, tasas de interés altas, oscilaciones bruscas de precios, elementos que contribuyen a disminuir la capacidad individual para tributar, surge con mayor fuerza el contrabando.

El contrabando se encuentra regulado por dos textos legales que son: como infracción administrativa por la Ley Aduanera en su título octavo, y como delito especial por el Código Fiscal de la Federación, título IV.

La doctrina nacional ha adoptado dos posturas bien distintas en cuanto a la figura del contrabando, derivadas de los dos procedimientos que para sancionarlo se aplican.

Los autores que consideran que con ello se viola la garantía constitucional que consagra el artículo 23 de la Carta Magna y otros tratadistas que estiman acertada la regulación de esta figura por dos textos diversos.

Adoptamos la primera posición; el artículo 23 constitucional, contiene el principio non bis in idem, el precepto parte que nadie puede ser juzgado dos veces por el mismo delito, entendiéndose, en este caso en particular, como un mismo hecho, un mismo acto, una misma omisión; de tal manera que este principio constitucional se viola cuando ese mismo acto se califica simultáneamente como infracción administrativa y como delito.

La Ley Aduanera en vigor establece en su artículo 176 los casos en que se comete la infracción de contrabando y en el artículo 178 las sanciones que se aplicarán por ello. Por su parte el Código Fiscal de la Federación en vigor en su artículo 102, repite algunas de las hipótesis de la ley administrativa, las sanciones corporales las prevé en sus artículos 104 y 107.

El contrabando no es únicamente la introducción o extracción ilegal del territorio nacional de las mercancías sin el pago de los impuestos o presentación de permisos expedidos por autoridad competente al comercio exterior, hecho este que es el más conocido entre la generalidad de las personas: también existe contrabando cuando la mercancía exenta del pago de impuestos se introduce sin pasar el control aduanero, es decir en forma subrepticia igualmente se puede dar el caso que la mercancía se introduzca en forma ilegal al resto del territorio nacional desde el estado de Quintana Roo que es zona libre, un área geográfica

limitada donde se otorgan franquicias y ciertas mercancías no pagan impuesto o no requieren permisos administrativos para ser importadas.

Por otra parte, también hay contrabando cuando en la descarga de mercancías no se justifiquen los faltantes o sobrantes respecto de lo consignado en los manifiestos o guías de carga.

Las sanciones de carácter administrativo pueden consistir en:

- a) La aplicación de multas.
- b) Pérdida de las mercancías, entre otros casos, cuando no se cuente con el permiso respectivo, se trate de mercancías de tráfico prohibido.
- c) La declaratoria de perjuicios ante el ministerio público federal, a fin de iniciar el proceso penal.

Para que se pueda proceder penalmente ante la autoridad judicial en el caso del contrabando la Secretaría de Hacienda y Crédito Público deberá declarar que ha sufrido o pudo sufrir perjuicio ante la Procuraduría General de la República.

En el mismo orden de ideas de conformidad con lo que disponen los artículos 70 y 94 del Código Fiscal de la Federación, las sanciones administrativas se aplicarán independientemente de las penas que impongan las autoridades judiciales, las que se abstendrán de imponer sanciones pecuniarias, competencia esta de las autoridades administrativas.”⁴⁴

De tal manera que el contrabando está castigado, pero no se encuentran las medidas exactas para evitar este tipo de conducta, ya que en las calles cada vez vemos mas cantidades de mercancías de procedencia extranjera que indudablemente no han pagado los impuestos respectivos, ya que si lo hubiesen hecho, el precio del producto que se vende en las calles sería en algunos casos mayor al producto nacional o legítimamente introducido a nuestro país,

⁴⁴ “Diccionario Jurídico 2000”. Desarrollo Jurídico Copyright 2000. Todos los Derechos Reservados. DJ2K 652.

porque si lo vemos de un punto de vista económico, esto sería un dumping en plena vía pública, pues es de todos sabido que el consumidor ha dejado de comprar mercancías nacionales por estos productos, principalmente de China y Taiwán, y esto es debido a su bajo costo.

En ese sentido y lo que ahora está pasando es que el comercio informal ha crecido desmesuradamente y ha provocado serios daños a la economía nacional y a la economía empresarial de este país, y visto que no existe un ordenamiento legal que pueda regular, ordenar y sancionar dicha actividad ambulante, es por eso que cualquier persona puede ingresar a este tipo de actividad sin que pueda ser regulado y sancionado o multado por una autoridad, y sobre todo obtener grandes cantidades de dinero libres de cualquier impuesto.

Es entendible que nuestra constitución permite el libre comercio, siempre y cuando sea lícito y no dañe el derecho a terceros, pero es en verdad lícita la actividad que ellos realizan, pues a mi punto de ver no lo es así en algunos casos, y estos casos derivan de la venta de mercancías introducidas de manera ilegal a nuestro país, es decir, mediante el contrabando, evitando pagar los aranceles respectivos y violando en todo momento la Ley Aduanera de nuestro país, luego entonces dichas mercancías como no cuentan con la documentación necesaria que acredite la legal estancia de estos, pues evidentemente no pueden ser comercializados en establecimientos formales o centros de servicios que cumplen cabalmente con nuestra legislación, y por ende es que dichos productos se distribuyen y se comercializan en los diversos puestos ambulantes de nuestra República Mexicana, y eso causa una seria competencia desleal frente a los comerciantes formales, pues los precios que estos fijan son evidentemente más baratos, pues estos no pagan impuestos, no pagan personal operativo, no rentan un local, no pagan por publicidad, no pagan contribuciones al Seguro Social, etc; En ese sentido es totalmente ilícito vender de esta manera sus mercancías.

El plagio y la falsificación de mercancías ha sido otro gran problema que ha causado diversos daños al comercio formal, pues ha vulnerado los derechos de autor y de marca que las mismas empresas han creado con la finalidad de lucrar y obtener una ganancia lícita, este tipo de conducta ha logrado entrar al gusto del consumidor pues el precio es lo que realmente

les interesa, olvidando derechos de garantía, así como la misma calidad del producto, y en ese sentido es preciso señalar una definición de lo que se entiende por plagio y falsificación;

FALSIFICACIÓN

“(Del latín falsificatio que es falso, con falsedad o engaño, el agente es el falsarius, equivalente al falsificador, falseador, el que falsifica.).

Este vocablo encuadra dentro del género "falsedad", que es la falta de verdad o de autenticidad cuando no hay conformidad entre las palabras, las ideas y las cosas, es decir, es cualquier ocultamiento de la verdad. Entre sus derivantes, encuéntrense falsear, falseamiento, falsificar y falsificación. Por tanto, la falsedad se presenta como una circunstancia con diferentes formas de manifestación, como las falsificaciones monetarias, falsificaciones de billetes, alteraciones de medidas y pesos comercialmente hablando, falsedad en declaraciones, falsificación en documentos, etc.

La falsificación implica una adulteración, corrupción o contrahechura de una cosa material. Asimismo, se considera como una imitación de lo auténtico, de lo genuino o de ciertos signos que caracterizan u modelo. Así vemos, que en la falsificación de moneda o billete de banco, el modelo es la propia moneda o el billete genuino que contiene determinada forma material o leyendas que legalmente han sido autorizadas, o bien, en la falsificación de un testamento ológrafo, el modelo no es, necesariamente, otro testamento, sino la letra y firma del autor del mismo documento, sin que obviamente se satisfagan los requisitos del caso.

Este vocablo, pues, entraña la lesión de intereses jurídicamente protegidos, bien sean individuales o colectivos y tiene como objeto de tutela, la confianza de toda la sociedad en el valor y legitimidad de las cosas, es decir, su interés más importante o principal es la fe pública, que a su vez equivale a la confianza que otorga la sociedad en algunos actos externos, signos y formas a los que el Estado atribuye valor jurídico y que, como dice Carrara, no deriva de los sentidos o del juicio de los individuos, sino de la determinación impuesta por la

autoridad. La afectación a la fe pública origina la inseguridad e incertidumbre dentro de la propia comunidad.”⁴⁵

PLAGIO

“(Del latín *plagium*.) Aparte el uso alternativo con el de secuestro que la ley hace de este vocablo al referirse a ese delito, el plagio denota una acción punible atentatoria de la creación intelectual, La previsión de tal acción punible ha venido haciéndose en el Derecho Penal mexicano en el lugar sistemático del fraude, en donde pervive desde 1954, incluso después de la reforma publicada en el Diario Oficial de la Federación del 13 de enero de 1984, como la ejecución de "actos violatorios de derechos de propiedad literaria, dramática o artística, considerados como falsificación en las leyes relativas". Esta previsión acusa dos anomalías: la primera es la adscripción conceptual de este delito a la idea de falsedad, que le es totalmente extraña, y la segunda, la subsistencia legislativa misma del precepto, no obstante la vigencia de sucesivas leyes de propiedad intelectual que regulan la materia de modo diferente, más completo y, ciertamente, más moderno.

El delito de plagio es uno entre los consagrados por la Ley Federal del Derechos de Autor, que ha abandonado cualquier referencia de las que le precedieron a conceptos de otras categorías de infracciones penales, como la falsedad o el fraude, y que acuña los tipos respectivos en torno de la idea general de usurpación de los derechos patrimoniales de autor.

El plagio es, en términos generales, el apoderarse de la creación artística o literaria ajena para hacerla pasar por propia. La Ley Federal de Derechos de Autor capta esta conducta en las fracciones V y VI de su artículo 135 sólo en sus manifestaciones más obvias, dejando escapar de sus mallas a las más sutiles. La primera de esas fracciones reprime "al que publique una obra sustituyendo el nombre del autor por otro nombre, a no ser que se trate de seudónimo autorizado por el mismo autor". Está aquí implícita la lesión patrimonial, a mas del

⁴⁵ "Diccionario Jurídico 2000". Desarrollo Jurídico Copyright 2000. Todos los Derechos Reservados. DJ2K 1207.

desconocimiento de la paternidad moral de la obra. La segunda de dichas fracciones "al que sin derecho use el título o cabeza de un periódico, revista, noticiero cinematográfico, programas de radio o televisión, y en general de cualquier publicación o difusión periodística protegida". Los objetos de este uso, detalladamente indicados en la fracción transcrita, son materia, según la misma ley, de reserva de derechos. Aunque ellos no importan creación literaria o artística, su usurpación y la consiguiente anulación de sus finalidades identificadoras de la obra a que se refieren afectan los beneficios patrimoniales que competen al autor, causahabientes y editores.

Procede, a propósito del plagio, hacer muy somera referencia a las otras tres figuras principales que, como la de aquél, importan usurpación de los derechos patrimoniales de autor.

a) La explotación de obra protegida, prevista en la misma citada ley, consiste en explotar una obra protegida sin consentimiento del titular del derecho de autor, y con fines de lucro. La explotación importa reproducir materialmente una obra intelectual y artística con beneficio económico para el agente, pero respetando, a diferencia del plagio, su paternidad, y, además, el nombre de la obra. Tributarias de estas figuras son las de editar, grabar, explotar o utilizar con fines de lucro una obra protegida sin las licencias que la ley prescribe como obligatorias y las de editar o grabar (el editor o grabador), para ser publicada, una obra protegida, y explotarla o utilizarla con fines de lucro (cualquier persona), sin consentimiento del autor o del titular del derecho patrimonial. En semejante orden de ideas hay todavía otras figuras castigadas con penas más leves.

b) Fraude editorial llama Jiménez Huerta a la conducta del editor o grabador que produzca mayor número de ejemplares que el autorizado por el autor o sus causahabientes. La no celebración de contrato de edición no acarrea en sí responsabilidad criminal, ni el hecho de que el contrato omita la mención del número de ejemplares exime de ella, si se excede el número de ejemplares autorizados por el autor en algún otro documento. Llama la atención que el verbo rector sea "producir", y no "vender" u otro análogo, que es la acción que, en rigor, debería consumir el delito, si ha de entenderse como una forma de fraude.

c) La recepción comercial, como la ha denominado también Jiménez Huerta en su penetrante y exhaustivo tratamiento de esta materia, consiste en comerciar a sabiendas con obras publicadas en violación de los derechos de autor. Comerciar abarca comprar, vender o permutar.

Se conviene en que el correspondiente derecho patrimonial no es el único que la creación del intelecto apareja, sino también, con precedencia valorativa y lógica, el derecho llamado moral de autor, que algunos incluyen entre los derechos de la personalidad, en cuanto la obra es una emanación de ésta. Ese derecho moral abarca el reconocimiento de la calidad de autor, el derecho a publicar la obra o dejarla inédita, el derecho al nombre o al anonimato y el derecho a la respetabilidad e integridad de la obra. Todos estos derechos, reconocidos por el ordenamiento jurídico mexicano, encuentran también tutela penal. La ley, en efecto, incrimina la conducta de quien dé a conocer a cualquier persona una obra inédita o no publicada que haya recibido en confianza del titular del derecho de autor o de alguien en su nombre, sin el consentimiento de dicho titular; la de quienes, estando autorizados para publicar una obra, dolosamente lo hicieren sin mencionar en los ejemplares de ella el nombre del autor, traductor, compilador adaptador o arreglista; la de quien publique obras compendiadas, adaptadas, traducidas o modificadas de alguna manera, sin la autorización del titular del derecho de autor sobre la obra original; la de quienes, estando autorizados para publicar una obra, dolosamente lo hicieren con menoscabo de la reputación del autor como tal y, en su caso, del traductor, compilador, arreglista o adaptador, y en fin, la de quienes lo hagan contraviniendo la prohibición de introducir modificaciones de diversa índole en ellas o separadamente.

Procede todavía recordar que, por lo que hace a las invenciones y marcas, son ellas objeto de una tutela penal en la ley respectiva, de 30 de diciembre de 1975.⁴⁶

De lo anteriormente señalado, podemos observar en resumidas cuentas que la falsificación y el plagio de mercancías es otro elemento que da lugar al crecimiento del comercio informal o ambulante, pues al falsificar mercancías que cuentan con un registro y

⁴⁶ "Diccionario Jurídico 2000". Desarrollo Jurídico Copyright 2000. Todos los Derechos Reservados. DJ2K 1976.

una marca y sobre todo una promoción que logró que dicha mercancía sea del gusto del consumidor, hacen que el comerciante informal plagie esos derechos y obtenga verdaderas ganancias sin invertir ninguna promoción y sin pagar derechos que legalmente deberían de pagar por hacer uso y explotar dicha marca, luego entonces al ser plagiados dichos productos y que son del gusto del consumidor y sobre todo que el precio es accesible, pues por ende estos son comprados y así obtienen ganancias a través de conductas ilícitas causando un daño y perjuicio a los comerciantes formales que pagan derechos por hacer uso de estas mercancías, creando a largo plazo la posible quiebra de un negocio que paga impuestos, que crea empleos y que logra apoyar la economía del país.

Sin lugar a dudas, el comercio informal, al no estar establecido, puede crear una verdadera incertidumbre, no solamente fiscal, sino también una incertidumbre para su propio consumidor, puesto que el reclamo de la mercancía, o bien el hecho de que atienda sus responsabilidades fiscales y comerciales, pues van a estar muy lejos de poderse llevar a cabo, en virtud de la volatilidad transitoria que significa el establecimiento de su comercio.

Con lo anterior, que todo ese marco de derecho económico que trata de dársele al comercio, a la industria y a todo movimiento empresarial, pues simple y sencillamente decrece puesto que, ahora estaremos frente a la manera a través de la cual se genera un mercado en el que los productos, en principio son de dudosa procedencia, ya sea por su falsificación, por la utilización de otras marcas, por que son de contrabando, por que puedan provenir de un robo, etc.

De tal manera, se va formando un cierto concepto de lo que el mercado negro es.

Sin duda, esta especie de mercado, va a generar el mejor lugar para realizar las mercancías que de alguna manera, van a satisfacer las necesidades del público consumidor.

Por esa razón, el concepto de mercado, va a revelar ese lugar en donde se lleva a cabo el intercambio de mercancías como es el sistema de distribución y la realización de dichas

mercancías para que con esto, se logre la especulación inicial de la que hablamos en el primer inciso de este capítulo.

Así, el mercado, la distribución, y la comercialización de productos, presuponen siempre el hecho de lograr introducirse al mercado y colocar los productos a fin de que el consumidor, pueda tener acceso a ellos.

Sobre lo que es la idea de los mercados, Alfonso Aguilar Álvarez de Alba, nos ofrece los comentarios siguientes:

“ De la economía, es de donde absorbe mayores principios el estudio de los mercados; siendo estos últimos, el lugar en donde se ha de realizar la mercancía producida, y el lugar en donde el consumidor acude para poder satisfacer sus necesidades; claro esta, que el mercado incluso esta por el Telemarketing, por teléfono, por correo, o visita domiciliaria. Siendo la mercadotecnia una ciencia que estudia las necesidades humanas y la forma de satisfacerlas, será el objetivo principal el de poner en contacto al satisfactor con las necesidades, es necesario conocer las características de estas necesidades para poderlas satisfacer íntegramente.”⁴⁷

En el mercado negro, las mercancías que se aproximan al consumidor, son de procedencia ilícita, principalmente de china o países asiáticos o en donde la mano de obra cada vez es más barata.

De tal manera, que el adquirir este tipo de mercancías, puede presuponer que el marco jurídico a través del cual se establece la protección en principio al comercio y la protección a el consumidor, quedará fuera de contexto de protección, y no se tendrá la seguridad jurídica que en cierta manera se tiene cuando se compran las mercancías en establecimientos formales.

⁴⁷ AGUILAR ALVÁREZ DE ALBA, Alfonso. “Elemento de la Mercadotecnia”. Editorial Compañía Editorial Continental. Trigésima Edición. México. 2000. Pág. 21.

3.4.- LA PIRATERÍA

Actualmente nuestra sociedad denomina piratería al plagio o falsificación de mercancías o productos o en algunos casos a servicios, lo cual es incorrecto, pues este ha sido un tecnicismo que a través del tiempo se ha puesto de moda, y en un breve concepto daremos un significado de lo que es la piratería;

PIRATERÍA

“Del latín pirata es la acción del pirata; robo o presa que hace el pirata.

Acerca del concepto de piratería, es menester recordar que la Conferencia de París de 1856, proclamó una declaración sobre la piratería marítima el célebre jurista Philimore hizo la afirmación clásica acerca de lo que se llamaba depredación o robo en los caminos, cuando se realizaba en el mar se denominaba piratería.

También, de manera equívoca, se utiliza el vocablo piratería en el derecho autoral internacional para indicar el uso no autorizado por su titular de ciertas obras protegidas por el derecho de autor, especialmente cuando dicha reproducción no autorizada se hace a nivel internacional. Algunas de las obras que pueden ser objeto de "piratería" autoral son libros fonogramas, filmes cinematográficos, señales de televisión transmitidas vía satélite etc. todo lo cual se ha facilitado, a nivel internacional, por los avances de la técnica, tales como cassettes, videocassettes y reprografía, entre otros.”⁴⁸

Pero lo importante aquí no es el significado que se le pretende dar, sino la conducta, hechos y causas que ha generado este tipo de comportamiento ilícito.

El delito de plagio, o bien el hecho de tomar una marca sin la debida licencia del propietario de la marca, hacen que la persona que se beneficia con la marca o bien con la

⁴⁸ “Diccionario Jurídico 2000”. Desarrollo Jurídico Copyright 2000. Todos los Derechos Reservados. DJ2K 1974

explotación de un derecho de autor que no le pertenece, plagie el producto y como consecuencia de esto, no solamente se le considere como conducta delincinencial, si no también de tipo administrativa y por supuesto de tipo civil.

De ahí, que la idea de la piratería, resulta ser en si esa forma a través de la cual se manifiesta la reproducción falsificada o sin derecho de un producto.

El autor Humberto Javier Herrera Meza, en el momento en que habla del término en relación con lo que es la producción de fonogramas dice: “ La piratería de fonogramas es un problema reciente que a puesto al borde de la quiebra a la industria fonográfica. Los piratas no pagan derechos a nadie, ni a los autores ni a los fonograbadores, no pagan impuestos, no hacen inversiones cuantiosas y solo reciben beneficios. Consientes de este problema, se reunieron en Ginebra Suiza, representantes de los países preocupados por la reproducción, importación y distribución ilícita de los fonogramas y celebraron un convenio conocido como el convenio para la protección de los productores de fonogramas contra la reproducción no autorizada de sus fonogramas. Dicho convenio se realizó en 1971 y México tomó parte de ello. Con anterioridad el convenio de Roma había proclamado el derecho que tienen los productores de fonogramas a autorizar o prohibir la reproducción directa o indirecta de sus fonogramas.”⁴⁹

La trascendencia jurídica y económica que el autor citado nos ha comentado, es de suma importancia, ya que cualquier empresa debe de realizar exorbitantes inversiones, para lograr que el producto, pueda llegar al gusto del consumidor.

De tal manera, que en el caso de la producción de fonogramas, el productor del disco, no solamente tiene que pagar el alquiler del lugar en donde se va a grabar, si no también los músicos que van a intervenir, derechos por utilizar la música, la letra, el interprete, y por supuesto todos los gastos de producción, publicidad y promoción.

⁴⁹ HERRERA MEZA, Humberto Javier. “Iniciación al Derecho de Autor”. Editorial Limusa Grupo Noriega Editores. Quinta Edición. México. 2002. Págs. 85 y 86.

Esto, definitivamente es una gran inversión, que el pirata no hace, de tal manera, en el momento que salen los masters o las cintas maestras, hacia su propia productividad, vamos a encontrar que el pirata, simple y sencillamente tiene un ahorro sustancial que hace que el producto que pueda este ultimo colocar en el mercado sea ínfimo, y como consecuencia de esto, el desbalance y la gran desproporción que de alguna manera conlleva la ilicitud en la venta.

Es importante señalar en este momento, que desde lo que es el otorgamiento de monopolios que establece el artículo 28 Constitucional, al hablar de los derechos de autor, se empieza generar la conducta ilícita.

Esto es, que en el presente caso, no estamos hablando de compraventa de mercaderías que de alguna manera puedan tener un origen lícito o ilícito, aquí ya estamos hablando de usurpar un derecho de autor, que esta ampliamente reconocido y protegido por nuestra Constitución en el artículo 28, en el cual establece en su noveno párrafo lo siguiente:

“ Tampoco constituyen monopolios los privilegios que por determinado tiempo se concedan a los autores y artistas para la producción de sus obras y los que para el uso exclusivo de sus inventos, se otorguen a los inventores y perfeccionadores de alguna mejora.”⁵⁰

La posibilidad de explotación exclusiva, es un privilegio que el gobierno del estado le reconoce aquel que inventa, aquel que perfecciona, o aquel autor de obras literarias o artísticas que de alguna manera forman entre le autor y su obra un derecho real de propiedad.

Dicho de otra manera, que cuando sobreviene la producción intelectual, el autor tiene un derecho sobre la producción que ha realizado, como un derecho intimo fundamental que se desprende de su concepción misma.

⁵⁰ “Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos”. Editorial Sista. Edición 2002, México. Pág. 20.

De tal manera, que su producción siempre que sea creativa y original, será protegida como si fuera de su propiedad y nadie más podrá explotarla sin su autorización.

Evidentemente que la creatividad humana, deja una gran posibilidad trascendental a la persona, para que pueda tener un mayor acceso a llevar a cabo la satisfacción de sus necesidades.

Como consecuencia de lo anterior, la posibilidad trascendental que otorga a las personas la protección del derecho de autor, significaría que su propiedad podrá ser explotada exclusivamente bajo su consentimiento en forma exclusiva.

Así, desde lo que es el autor de la obra, el autor en este caso de la música, pues hemos de encontrar que no se paga ni un solo centavo, ni siquiera por asesoría en la celebración de contratos con autores, con músicos, con la renta del estudio de grabación, etc.

Por esas razones, un fonograma, es muchísimo más barato en el mercado negro que en lo que sería en el mercado formalmente establecido.

Ahora bien, desde el punto de vista del consumidor, esto que significa.

Hemos estado hablando de productores, de comercio formal e informal, y de mercado negro, pero hasta la fecha no hemos podido observar la situación de lo que es el consumidor y la necesidad de que sus necesidades sean debidamente satisfechas.

Así tenemos como el autor Sergio Domínguez Vargas, cuando nos elabora un concepto de lo que el consumo es, alude a lo siguiente: “ Todo proceso económico se inicia con la producción, considerada como primer paso del ciclo, en el cual se logra incorporar utilidad a las cosas para que sean aprovechadas como satisfactores; después, estos satisfactores deben ponerse al alcance en los sitios en que pueden ser aprovechados, a través de la circulación, la distribución y el reparto de los ingresos obtenidos en el proceso productivo para las personas o factores que intervinieron en el. El consumo, es el factor

principal por el cual se lleva a cabo la producción. El consumo habrá de ayudarnos a despejar incógnitas en relación a la formación de la producción y la formación de la producción y la generación de empleos por los bienes que se producen. Lo repartido entre los factores, pueden emplearse por estos; consumiéndolo, en el sentido de acabarlo, terminarlo en forma directa e inmediata para satisfacer necesidades presentes; o ahorrándolo con el espíritu previsor de satisfacer necesidades a futuro, consumir una riqueza es, por tanto, emplearla para satisfacer necesidades presentes o futuras y se les considera como el fin último del proceso económico.”⁵¹

De lo anteriormente comentado por el autor citado, hemos de darnos cuenta que las diversas consideraciones que en principio generan la piratería, es el hecho de no dar la satisfacción económica que los productores necesitan para seguir produciendo.

La situación resulta evidente, y llega hasta ponerse en un juego en el que todos ganan.

Por ejemplo, en el caso de fonogramas que es en donde mas puede denotarse la piratería.

En principio, estábamos sometidos a escuchar autores o cantantes o baladistas en ingles, ahora, los nacionales se han atrevido a desafiar la competencia inglesa y entrar en el mercado del espectáculo para cantar sus melodías.

El caso es, que una vez que han terminado de grabar un disco el pirata saca primero la producción.

Esto nos hace presuponer, que los discos maestros, pueden ser utilizados por los mismos productores, para sacar una serie de producción pirata, en la cual no van a pagar nada de impuestos, y que va hacer una promoción que se le haga al artista.

⁵¹ DOMÍNGUEZ VARGAS, Sergio. “Teoría Económica”. Editorial Porrúa, S.A. Décimo Quinta Edición. México. 1999. Págs. 227 y 228.

Dicho de otra manera, que si colocan el disco en tiendas formales, debido a su precio y costo, pues simple y sencillamente las personas no van a tener acceso a escuchar las melodías, y en cambio, si se les da acceso a escuchar por un precio bastante barato, entonces se acostumbrarán a oír la melodía y en el momento en que el artista haga una presentación personal, en ese momento, se va a lograr una reeducción de la piratería, puesto que las personas se han acostumbrado a la melodía, y ahora quieren escucharla de viva voz del cantante y acuden a los espectáculos personales.

Sin lugar a dudas, lo que al cantante le deja en grande, es la presentación personal.

Y es el caso de que las disqueras, también este tipo de presentaciones les dejan exorbitantes ganancias económicas.

De ahí, que lo que es la presentación personal, gana muchísimo más de lo que sería la venta de todos sus discos.

Pero eso es tan solo un ejemplo en lo que es la música, pero vemos que en la actualidad no es tan solo en lo que es música, ahora vemos el plagio de lo que son marcas en todo tipo de mercancías, vemos que la ropa es fabricada en nuestro país y que se le pone o imprime una marca legítima que es del gusto del consumidor o de su preferencia y que dicha marca legítima ha penetrado los mercados a través de grandes inversiones económicas y de esta manera usurpan ese derecho y lo explotan sin tener el permiso para hacerlo, obteniendo grandes sumas de dinero que no les corresponde, evadiendo el pago de diversos impuestos y derechos; y eso lo vemos en todo momento en la vía pública, en general podemos mencionar algunas de las mercancías que son plagiadas, como la música, la ropa, calzado, gorras, maletas, aparatos eléctricos, aparatos electrodomésticos, paquetería de equipos de computo, software, relojes, Bolsas, carteras, cinturones, artículos deportivos, libros, plumas, encendedores, cigarros, artículos de limpieza, medicinas, actualmente artesanías, inclusive servicios turísticos que cuentan con permisos plagiados o falsos y que engañan al consumidor, así también podemos encontrar Servicios de Transporte que no cumplen con el permiso suficiente para operar y que actualmente los definen como taxis piratas; y así podemos

encontrar un sin número de mercancías que sus marcas, su logo o signos inequívocos que distinguen su producto son explotados de manera agresiva y dolosa, causando daños y perjuicios al comerciante formal o legalmente establecido.

3.5.- LA COMPETENCIA DESLEAL

Evidentemente, que en virtud de la forma a través de la cual se lleva a cabo el comercio, como hemos visto ya, se puede manejar un concepto que se refiere a lo que sería la competencia desleal.

El artículo 8 de la Ley Federal de Competencia Económica, menciona que quedan prohibidos los monopolios y estancos, así como las practicas que, en términos de la propia ley, disminuyen, dañen o impidan la competencia y la libre concurrencia en la producción, procesamiento, distribución y comercialización de bienes y servicios.

Básicamente lo que mas daña a lo que es el comercio, es la practica monopolica o bien la concentración del control de las sociedades que pueden controlar el mercado en forma global, esto es en términos generales.

Así, una competencia desleal es la que la globalización lleva a cabo en relación a la producción de refrescos o bebidas gaseosas por ejemplo, o bien a los grandes establecimientos comerciales de autoservicios.

Todos sabemos, que los monopolios actuales que han formado COCA-COLA y PEPSI-COLA, han acaparado la mayor parte del agua en nuestro país y frente a esto, pues también existe otro tipo de monopolios dentro de lo que es la producción y distribución de alimentos.

Así, el establecer practicas monopolicas, realmente es en si una practica desleal, pero lo interesante de todo es que este tipo de comercio se encuentra regulado y sancionado por la Ley Federal de Competencia Económica, lo que no ocurre con el comerciante informal, lo cual ya es una ventaja.

Ahora bien, debido a lo que es los costos de producción de lo que es los bienes y servicios que se ofrecen desde el punto de vista del ambulante, vamos a encontrar que los costos de distribución, de almacenamiento y demás, esto es en general los costos de operación, son bastantes escasos, ya que por un lado no van a rentar ningún local, y con esto ya empezaron a ganar en relación a los costos de operación, luego, no se liquida el impuesto respectivo, después, se tiene que dar necesariamente un cierto dinero a la corrupción gubernamental, en virtud de que se les pueda dejar vender en las diversas plazas comerciales, asimismo lucran con un comercio de naturaleza ilícita como mercancías robadas, de contrabando, y plagiadas, de tal manera que en conjunto vamos a encontrar un sin fin de irregularidades que hacen que el comerciante informal sea desleal ante los demás comerciantes.

Hay situaciones transitorias, que hacen que el comerciante ambulante, no refleje al consumidor, esa certidumbre que refleja el comercio formal, es decir existe una garantía al consumidor.

En cualquier momento los ambulantes pueden desplazarse de un lugar a otro, y por lo mismo, se presenta una cierta inseguridad;

De esta manera, pudiésemos seguir estableciendo varias circunstancias de diferenciación con el comercio formal, que atañen y que de alguna manera, forman el bloque de la competencia desleal en que en un momento determinado están los ambulantes frente al comercio establecido.

Pero, debemos de recordar que también el comercio establecido, está provocando una de las formas de competencia desleal como es el monopolio.

El hecho de que las Cámaras de Comercio, en una forma compactada están luchando en contra del ambulantaje, va a querer decir que dichas Cámaras, van a generar la posibilidad de un monopolio a través del cual, solamente sus miembros y sus afiliados, podrán llevar a cabo una actividad constitucionalmente protegida.

En si podemos mencionar que la competencia desleal va ser aquella en que los comerciantes se encuentran ante una serie de diferencias en su trato, desigualdades en oportunidad de hacer comercio y en una inequitativa e inexistente aplicación de la ley y por lo tanto una violación a la misma.

De tal manera, que para este momento ya podemos considerar algunos elementos de convicción, para poder abrir nuestro siguiente capitulo, y aplicar la Teoría del Interés Preponderante a las formas a través de las cuales se lleva o se ejerce el comercio tanto formal como informal.

CAPÍTULO IV

LA TEORÍA DEL INTERÉS PREPONDERANTE EN EL COMERCIO FORMAL E INFORMAL.

Después de lo que hasta este momento hemos podido decir, ha llegado el momento de evaluar comparativamente, que sería lo mas preferible para el goce de la garantía individual establecida en el artículo 5º Constitucional que se refiere a la libertad de comercio.

Esta garantía, la pudimos apreciar en el inciso 1.3, por lo que, en base a ese análisis, es que ahora podemos aplicarla y comentar cual sería su alcance jurídico a la luz del problema planteado en lo que es el comercio ambulante.

Así, vamos a pasar a elaborar un concepto de lo que es la Teoría del Interés Preponderante, para llevar a cabo la consideración final, en el sentido de que si realmente el comercio ambulante o comercio informal es benéfico para la sociedad y la economía o en si es perjudicial y esta atacando a la misma garantía individual.

De ahí, que inicialmente lo que debemos de respetar, es la Garantía Individual.

Esto, en virtud de que resulta de manera importante denotar que la propia garantía, va a establecer una cierta limitación en el momento en que dice: “ El ejercicio de esta libertad solo podrá vedarse por determinación judicial, cuando se ataquen los derechos de tercero, o por resolución gubernativa, dictada en los términos que marque la ley, cuando se ofendan los derechos de la sociedad.”

O bien acudimos ante el Juez civil en este caso a solicitar la reflexión de una garantía por que el comercio informal ataca a los derechos del tercero, o bien se solicita una resolución

gubernativa, dada en los términos que marca la ley, por que se están ofendiendo los derechos de la sociedad.

Evidentemente que en el primero de los casos la acción no procedería, en virtud de que como hemos visto, el artículo 28 Constitucional todavía otorga una garantía de la Libre Concurrencia en el Comercio.

Estas son circunstancias que definitivamente no dejan que los diversos conceptos que hemos estado considerando, puedan considerarse fundatorios para criticar o determinar que el comercio ambulante, podría llegar a ser ilegal, claro está que en algunos casos es totalmente ilegal.

Así, para poder empezar a elevar críticas, consideramos abrir el siguiente inciso.

4.1.- PRESENTACIÓN DE LA TEORÍA

Uno de los autores que nos habla de lo que es el contenido de la Teoría del Interés Preponderante, es Sergio Vela Treviño, quien cuando nos explica dicha teoría dice: “ la vida misma en sociedad produce frecuentemente situaciones conflictivas, por oposición de intereses jurídicamente tutelados. Cuando se está ante este caso, en que el juicio respecto de la antijuridicidad debe resolverse de tal manera que se afecte un bien jurídicamente tutelado, el juzgador puede acudir validamente al principio del interés preponderante.

Ya ha quedado establecido que la norma jurídica protege y trata de preservar bienes que han sido valorados por el legislador como acreedores a esta tutela; sin embargo, es frecuente que en una escala jerarquizada de valores tutelados, en un momento determinado y respecto de cierta conducta típica, se considera de mayor importancia un bien jurídicamente protegido que otro igualmente tutelado. En tal colisión de intereses con identidad en su consideración de intereses jurídicos, necesariamente se recurren a los principios de la jerarquización,

consistentes en determinar cual de los intereses en conflicto es más importante para el orden jurídico. La determinación del interés preponderante la realiza, por razón natural, el juzgador, por ser el titular en el juicio de antijuridicidad de las conductas típicas.”⁵²

En principio, la idea del interés preponderante, presupone el conflicto de dos principios que están antagónicos, y que la ley positiva los contenga.

Como ocurre en el caso que nos ocupa, frente a la libertad de comercio por parte de la gente que se ha dedicado al comercio ambulante frente a la gente que alguna vez empezó como ambulante pero que ahora ya tiene un local y una tienda mas grande, por que le ha ido bien en los negocios.

Así, es importante equilibrar cada uno de los bienes jurídicos tutelados, para poder observar cual sería el criterio de la ley, en el sentido de proteger tal o cual interés.

Y para esto, es necesario abrir nuestro siguiente inciso.

4.2.- EL BIEN JURÍDICO TUTELADO EN EL CASO DE COMERCIO FORMAL E INFORMAL

El bien jurídico tutelado, es un bien o un valor de la sociedad, protegido y reconocido por el derecho.

De tal manera, que no es en si un bien que contenga el propio derecho, si no mas que nada es un bien de la sociedad reconocido y protegido por el derecho.

Raúl Goldstein cuando nos explica esta idea hace alusión a lo siguiente: “ La tutela del bien jurídico es común a todo el ámbito del derecho... Es el interés medio o genérico teniendo

⁵² VELA TREVIÑO, Sergio. “Antijuridicidad y Justificación”. Editorial Trillas. Quinta Edición. México. 1999. Pág. 200.

en cuenta por el orden jurídico y cuya lesión constituye el contenido material del injusto. El bien jurídico, así entendido, puede presentarse como objeto de protección de la ley o como objeto de ataque contra el que se dirige el delito, por lo cual no debe confundirse con el objeto de la acción que pertenece al mundo sensible. Aclarando el concepto de bien jurídico, que se define como el interés jurídico protegido, se señala que el bien jurídico no es un bien del derecho, si no un bien de los hombres reconocido y protegido por el derecho.”⁵³

Hasta este momento podemos decir, que hemos de encontrar que por un lado la Teoría del Interés Preponderante, establece un catalogo de jerarquía de aplicación.

Y por otro lado, el Bien Jurídico Tutelado, establece la protección de bienes que en una forma general, deban de satisfacer mas que nada el interés común.

Así, a la luz de lo que sería los elementos que hemos establecido en la diferencia competitiva que en el inciso 4.3 vamos a observar, independientemente de esos intereses, debemos de decir que la balanza de la preponderancia, debe de inclinarse siempre al bien común, al interés de mayores grupos sociales, que puedan satisfacer con una norma, con una regla, mayor número de intereses.

De hecho, debemos de recordar que la norma, siempre esta dirigida a satisfacer los intereses del bien común.

Esto es, que cualquiera que fuera la inclinación de la balanza, esta necesariamente, tiene que concebir mayor protección a mayores grupos sociales, para que de esta manera, se conserve el contenido de la norma y su protección al bien común.

Ahora bien, para tener la idea del bien común, quisiéramos anotar las palabras del autor Rafael Preciado Hernández, que sobre el bien común dice: “ El bien común es una especie de bien en general, un criterio racional de la conducta, que se refiere en primer término a la

⁵³ GOLDSTEIN, Raúl. “Derecho Penal y Criminología”. Editorial Astrea. Cuarta Edición. Buenos Aires, Argentina. 2000. Pág. 85.

sociedad como entidad relacional, como la unidad de un todo ordenado que responde a lo que podríamos llamar la dimensión social de la naturaleza humana. Se trata de una noción compleja, como bien, casi se identifica con el bien de la naturaleza humana; como común alude ante todo al acervo acumulado de valores humanos, por una sociedad determinada, objeto perpetuo de conquista y de discusión, dada su aptitud o capacidad para ser distribuido, y condición al mismo tiempo del desarrollo y perfeccionamiento de los hombres...”⁵⁴

Evidentemente que la garantía individual trata de proteger el bien común, el bien general, el bien de la sociedad en su conjunto, de tal naturaleza, que tanto el comercio formal, representa grupos debidamente establecidos, y que de alguna manera contribuyen a el gasto público federal, estatal y municipal, mientras que, frente a esto tenemos a nuevas personas que de alguna manera eluden sus obligaciones.

De tal manera que es importante pasar al siguiente inciso, puesto que dichas obligaciones están desglosadas en el mismo.

4.3.- LA COMPETENCIA COMPETITIVA ENTRE EL COMERCIO FORMAL E INFORMAL

Para poder determinar si el principio de la acción que pudiese intentarse como base fundamental para inhibir la garantía individual sería el comercio desleal, es necesario primeramente saber que es lo que debíamos de entender por competencia y luego, por competencia desleal.

Tenemos en principio, que el autor Salvador García de León Campero, en el momento en que eleva una idea de la competencia, dice lo siguiente: “ Las ventajas competitivas de las empresas de un país respecto de las demás naciones se vinculaba principalmente con la

⁵⁴ PRECIADO HERNÁNDEZ, Rafael. “Lecciones de Filosofía del Derecho”. Editorial Yules. Vigésima Primera Edición. México. 1998. Pág. 27.

dotación de factores primarios de la producción; tierra, mano de obra, recursos naturales y capital, o sea, los insumos básicos para producir, en la actualidad a estos se suman las ventajas que una nación deliberadamente desarrolla para lograr ventajas competitivas o de competencia en determinados sectores de la actividad. Se ha dado una redefinición de las bases de la competencia mundial, de la obtención de ventajas competitivas nacionales. Estas ventajas, logradas por los países que han alcanzado mayor desenvolvimiento en los últimos años se han basado fundamentalmente en el desarrollo programado y sostenido de los complejos factores de la producción y la acumulación del conocimiento en sus diversas formas: Educación, investigación y desarrollo tecnológico etc. Conocidos también como ventajas comparativas dinámicas.”⁵⁵

Por un lado la manifestación hecha por el autor citado, nos lleva a observar la naturaleza de la competencia, que no solamente se desarrolla entre los individuos dentro de la nación, si no también entre las propias naciones, y la necesidad de políticas exteriores que permitan desarrollar al individuo, una mejor aptitud competitiva.

Así tenemos como en lo que sería la deslealtad en el comercio, hemos de encontrar inicialmente que la potestad de poder organizar el negocio, darle estrategia y superar a los demás en ventas, será sin lugar a dudas uno de los objetivos principales a través de los cuales, cada una de las empresas o de los establecimientos o comerciantes, logrará la satisfacción de sus propios intereses.

El autor Rafael de Pina ya nos había hablado anteriormente, de un concepto de lo que era la competencia desleal en el capítulo II y comentaba que básicamente era la conducta de un comerciante que desviaba a su provecho la clientela o bien por medio de maquinaciones, puede llevar a cabo el acaparamiento del mercado o de la industria.

Tan fácil como esto, una competencia desleal bastante utilizada en nuestro medio es el hecho de que a una persona que da crédito, o que cuando menos surte mercancías por ser

⁵⁵ GARCÍA DE LEÓN CAMPERO, Salvador. “ La Micro, Pequeña y Mediana Industria en México y los Retos de la Competitividad”. Editorial Diana. Tercera Edición. México. 2003. Págs. 20 y 21.

distribuidor, pues simple y sencillamente se le pide un surtido, el cual se le pagará puntualmente; el segundo surtido se le pedirá tiempo de espera y el cual se le pagará puntualmente; luego un tercer surtido bastante voluminoso que acabe con las bodegas del distribuidor, mismo que se pagará en un mayor tiempo.

Si el distribuidor no tiene la estrategia competitiva de garantizar este tipo de operaciones, lo mas probable es que confíe en su comprador, y le entregue toda su bodega.

En el momento en que es recibida toda la bodega se firmarán todas las garantías que quieran, incluso pagarés, cheques o lo que sea, la cuestión es de que toda esa mercancía, al día siguiente o a los otros días, pues se colocará en camiones para llevarse a un lugar lejano u oculto que un distribuidor jamás va a saber a donde ira a parar; igualmente, el que ha pedido la mercancía pues también desaparece del mapa.

Esto descapitaliza severamente al distribuidor, y lo deja fuera del comercio, esto es una maniobra fraudulenta que evidentemente genera una competencia desleal.

Otra sería los precios dumping, con el hecho de colocar el producto a un precio por debajo de los costos de producción, y finalmente pudiésemos tener una serie de circunstancias de competencia desleal, que de alguna manera generan una maquinación para generar la deslealtad.

En las próximas circunstancias, realmente no vamos a encontrar ese tipo de competencia desleal, lo que vamos a encontrar es facilidades para el ambulante puesto que continuamente a la luz de la libre competencia, pues simple y sencillamente hacen uso de una garantía.

Pero en ningún momento, generan una competencia desleal en el sentido de la deslealtad de maquinar en contra de algún comerciante y descapitalizarlo en la forma en que hemos comentado, pero eso lo afirmamos basándonos en comerciantes que generan o crean su propia mercancía, sin que plagien, roben, contrabandeen o de alguna manera realicen un

mercado negro que este inseguro, y para el caso de comerciantes que realicen su actividad con comida esta sea insalubre.

Aunque, llega un momento que a pesar de que existe una buena fe, debido a los requerimientos necesarios para poner un Establecimiento Mercantil en el Distrito Federal, pues simple y sencillamente hay una desnivelación o desproporción en lo que será la actividad comercial, pero no una deslealtad puesto que la deslealtad presupone una maquinación o estrategia comercial, que provoque el acaparamiento o la quiebra de algún otro competidor.

Vamos a pasar a ver algunos lineamientos específicos para evaluar las conductas comerciales.

4.3.1.- EN GASTOS DE OPERACIÓN

En el contenido de la libre concurrencia, las empresas se colocan, y es viable que el administrador deba necesariamente de optimizar lo mas que pueda en los recursos, para poder producir.

Si una empresa, lleva a cabo su producción, a altos costos, puesto que ocupa maquinaria antigua, o bien esta comprando sus insumos muy caros, pues evidentemente que no va a poder alegar una competencia desleal con otra empresa que optimiza sus recursos, que compra por volúmenes y que pues definitivamente tiene mayor estrategia.

Por ejemplo WAL MART, que en la actualidad, se ha ya adjudicado la mayor parte de centros comerciales de la nación, debido a su forma de operar y sus políticas de mercadeo, y estas de alguna manera generarán grandes utilidades, que serán gozadas por los americanos o por los principales propietarios de la empresa.

Así, formaran parte de la larga fila de extranjeros que se han súper enriquecido con las riquezas del cuerno de la abundancia desde la llegada de los españoles, hasta este momento en que las políticas económicas han sido benéficas para el que mas tiene o para el que más invierte.

En el caso de WAL MART, pues simple y sencillamente encontraremos que cuando surte su tienda, lo hace principalmente en consignación, la persona que quiera estar en el comercio o en la tienda WAL MART, debe de mandar a su personal ha entregar la mercancía, colocar la mercancía, sacudir la mercancía, y estar acomodándola continuamente.

Un lugar más visible, un lugar mas caliente, un lugar mas visitado, tiene mayor porcentaje que los lugares de abajo, en donde la gente casi no alcanza a ver.

Así tenemos que este centro comercial, pues mas que nada vende de la estrategia de los fabricantes, que por ganarse el mercado frente a otros fabricantes, pues llevan a cabo ofertas que beneficiaran exclusivamente a estos centros comerciales.

Claro esta que el comerciante al menudeo, el pequeño comerciante que ahora alega competencia desleal con los ambulantes, no puede alegar una competencia desleal contra WAL MART, por que simple y sencillamente no son las mismas inversiones, no son los mismos costos de operación y de volumen.

En lo que es el comercio ambulante, vamos a encontrar que la persona se estaciona solito; y los vecinos de alrededor dicen que llevo el “ Solovino”; y se empieza a producir comida que le gusta a la gente, que le gusta a el consumidor, y que ahora ya no van a comer enfrente con lo que sería un restaurante medianamente puesto, si no que ahora prefiere la gente, comer en la calle, en cualquier banco, en cualquier asiento, o bien parado y es el caso de que la libre concurrencia lo que formaliza como meta es a el consumidor.

Y de igual manera, el comerciante ambulante al ver un lugar en donde hay afluencia de gente, pues estos, de manera desorganizada comienzan a establecerse sin pensar en los daños

que puedan ocasionar en su entorno, pues el gasto que van a invertir va a ser muy poco comparado con la ganancia que se va a generar.

En tal sentido, el gasto de operación es diverso, en los grandes centros hay demasiada inversión a grandes volúmenes y el costo del producto es más barato, y en el caso del ambulante el volumen es poco, la inversión es poca, pero obtiene buenas ganancias.

4.3.2.- EN INFRAESTRUCTURA OPERATIVA

Los grandes empresarios americanos tienen realmente una gran estructura operativa, hay en principio los convocadores de inversionistas, para venderles las acciones de su empresa, y una vez que han tomado ese dinero, pues se lo pasan a sus administradores, luego de estos pasan a la contabilidad de costos en insumos, en medios de producción, promoción y venta a grandes rasgos.

Lo mismo un comerciante establecido, debe de llevar a cabo una cierta rentabilidad en lo que es el costo de su infraestructura operativa.

El local, los estantes, los anuncios, la publicidad, etc.

Siendo que la única diferencia que podemos denotar a respecto de lo que es el comerciante ambulante es el local.

Porque, en la actualidad ya hasta cajas electrónicas tienen los comerciantes ambulantes, y pues de alguna manera, tienen que acoplarse a un pequeño espacio, en donde han de poner sus vitrinas y sus estantes así como los anuncios convenientes para convocar al consumidor al comprar su producto, asimismo existe de alguna manera cierta publicidad verbal que genera afluencia de gente.

De tal manera, que el comerciante formal va a gozar de tener una infraestructura de primer mundo, pero dicha infraestructura le va a costar una gran cantidad de dinero para mantenerla y acrecentarla a largo plazo y así poder darle al consumidor un servicio de excelente calidad.

Lo que no pasa con el comerciante ambulante, claro esta que cuenta con servicios pero estos son algunas veces rudimentarios y otros son avanzados que pues de alguna manera dan una satisfacción al consumidor, pero en términos generales la mayoría de su infraestructura es muy básica, el lugar, el producto y su venta.

4.3.3.- EN ACREDITAMIENTO AL PÚBLICO

Aquí, hemos de denotar que el comerciante formal tendrá más posibilidad de acreditamiento que el ambulante.

El ambulante en un momento determinado que un edificio sea tirado, o sea construida una nueva avenida, o pase algo con el lugar público que ocupa, pues simple y sencillamente desaparecerá del lugar, tal vez podrá colocarse enfrente, a un lado o por el rumbo, pero en ese mismo lugar ya no podrá estar, a menos que espere y de nueva cuenta se vuelva a instalar, pero lo que va a pasar es que va a perder un número de clientes que de alguna manera ya lo tenían ubicado y sabían que en ese lugar se vendía cierta clase de producto o mercancía.

Siendo que es más difícil el hecho de derrumbar un local establecido, en donde de alguna manera la seguridad en lo que es la raíz de la ubicación del local, pues esta dada a lo que sería una situación bastante permanente, que coloca al comerciante formal en posibilidad de crear un acreditamiento de su comercio, y así darle fama a ese lugar y que cualquier consumidor sabrá que en determinado sitio, a pesar de que pase el tiempo el comerciante estará para venderle algo o darle un servicio.

Evidentemente que el ambulante, no podrá llegar a acreditar ningún lugar, en virtud de que es evidente de que la naturaleza misma del ambulante reside esencialmente en la posibilidad de cambiarse de un lugar a otro, y esto afecta a la garantía que en un momento dado tiene derecho el consumidor.

Por tal motivo, el acreditamiento al público es mayor el que tiene el comerciante formal frente al comerciante informal o ambulante, además de que se presume que las mercancías que se venden son de procedencia legítima o legal, y que cuentan con una garantía suficiente que permite al consumidor sentir la suficiente seguridad en la compra de productos y entrega de servicios de toda índole.

4.3.4.- EN LIMPIEZA Y ECOLOGÍA

Necesariamente, desde el punto de vista de la limpieza y la protección de la ecología, aquí los ambulantes si están perjudicando los intereses de la sociedad.

Evidentemente que todo local cuando menos tiene un lugar en donde lavarse las manos, están surtidos de agua y por supuesto esta conectado a un drenaje para los servicios sanitarios necesarios en la defecación del ser humano, y por lo mismo paga una contribución llamada derecho por suministro de agua.

El ambulante no los tiene, y es aquí en donde si hay un perjuicio en la salud, y podría resultar que desde el punto de vista social, estas afectaciones a la salud, pueda ser un factor de tipo cultural a través de el cual, la salud pública pueda quedar severamente afectada.

De tal naturaleza, que este punto, podría ser el inicio de la acción que el comerciante formal podría tener en contra del ambulante; o por otro lado dar una autorización mediante un permiso a través del cual se va a certificar que el comerciante ambulante cuando realiza actividades respecto a la venta de alimentos procesados en la vía pública sea higiénica.

Pues tanto la Ley General de Salud como la Ley de Salud para el Distrito Federal son omisas al respecto.

Y al respecto daremos una perspectiva de lo que menciona la Ley General de Salud y la Ley de Salud para el Distrito Federal.

El artículo 368 de la Ley General de Salud menciona lo siguiente:

“ Artículo 368.- La autorización sanitaria es el acto administrativo mediante el cual la autoridad sanitaria competente permite a una persona pública o privada, la realización de actividades relacionadas con la Salud humana, en los casos y con los requisitos y modalidades que determine esta ley y demás disposiciones generales aplicables.”⁵⁶

De lo anteriormente expuesto podemos darnos cuenta de que la realización de actividades relacionadas con la Salud Humana deben ser autorizadas en términos de esta ley, luego entonces si la venta de comida en las calles es una actividad que tiene que ver con la salud pública, pues es evidente que es necesario una certificación al respecto, pues es obligación del estado garantizar la Salud de la Sociedad.

En ese caso, es necesaria una adición a las fracciones del artículo 375 de la Ley General de Salud, la cual quedaría de la siguiente manera:

Artículo 375.- Requieren de permiso : “ ...Fracción XI.- Los establecimientos dedicados a la venta, distribución y procesamiento de comida, tanto en establecimientos formales como en los establecimientos ubicados en la vía pública.”

Por otro lado también es preciso legislar en cuanto a la revocación de autorizaciones, y esta sería en el sentido de que cuando los alimentos procesados, distribuidos o vendidos constituyan un riesgo para la salud humana y la salud pública.

⁵⁶ Agenda de Salud. “Ley General de Salud”. Editorial ECA, S.A. de C.V. Edición 2003. México. Pág. 91.

Y para llevar a cabo ese procedimiento de revocación de autorizaciones es necesario de verificaciones programadas por parte de la autoridad competente, así como la recolección de muestras que permitan dar una resolución que defina si la venta de dichos productos es insalubre o no; y en el caso de que sea insalubre para el público en general deberá de existir un mecanismo de sanción, como una amonestación, una multa o clausura temporal y en su caso la definitiva para operar en este rubro.

Por otra parte la Ley de Salud para el Distrito Federal es incompleta al respecto, pues dicha Ley no satisface los requerimientos necesarios que permitan una salud pública en el Distrito Federal.

Pues en el Capítulo XV, mediante el rubro DE LA VENTA DE ALIMENTOS EN LA VÍA PÚBLICA, en su artículo 62 menciona lo siguiente:

“ Artículo 62.- La venta de alimentos en la vía pública deberá cumplir con las condiciones higiénicas que establezca el gobierno, la Ley General y sus reglamentos; en ningún caso se podrá realizar en condiciones y zonas consideradas insalubres o de alto riesgo.”⁵⁷

De lo anterior nos damos cuenta de lo incompleta que es esta Ley, pues en ningún momento establece los mecanismos por el cual va ha permitir dicha venta de alimentos, asimismo se menciona que no se podrá realizar dicha actividad en zonas consideradas insalubre o de alto riesgo, y en ese sentido la vía pública pues no cuenta con elementos suficientes para poder determinar que su venta es higiénica y no daña la salud de la sociedad, pues es de todos sabido que existen zonas demasiadas contaminadas, y eso hace que el público en general al consumir dichos alimentos se contaminen y llegan a enfermarse de tal manera que produce un malestar y perjuicios en su vida cotidiana, incluso hasta la muerte.

El autor José Nodase, en el momento de que nos habla de los problemas sociales en relación a la salud dice lo siguiente: “ El bienestar social y los problemas de población guardan

⁵⁷ Agenda de Salud. “Ley de Salud para el Distrito Federal”. Editorial ECA, S.A. de C.V. Edición 2003. México. Pág. 20.

una estrecha relación con la enfermedad. A pesar de que el índice de nacimientos ha venido disminuyendo constantemente desde el siglo XIX en todos los países de amplio desarrollo económico, la población a aumentado consideradamente por que los índices de mortalidad y morbilidad se han reducido en proporción mucho mayor, debido a la conquista de numerosas enfermedades y a la prevención y radicación de otras por sanidad e higiene. Las enfermedades tienen relación directa en muchos casos con la falta de energía de la población, como ocurre en muy pocas regiones por las fiebres palúdicas y el parasitismo, que mina las fuerzas del hombre y ocasionan una general desgana para el trabajo.”⁵⁸

Focos de infección pueden llegar a ser todas las instalaciones que realmente no obedecen a un plan de sanidad.

Como consecuencia de esto, aquí hay una verdadera colisión de intereses ya con lo que es la sociedad en su conjunto, no en relación a la posibilidad de comercio, si no en la afectación de los intereses sociales, en virtud de que existe la garantía individual de el derecho a la salud establecida en nuestro artículo 4º Constitucional, y esta debe salvaguardar los intereses de la sociedad.

En relación a la ecología y protección al ambiente, pues indudablemente que los grandes industriales, y las grandes empresas generarán mas problemas a la sociedad que cualquiera de los grupos de comerciantes ambulantes que estuviesen unidos en cualquier mercado, y esto es por el volumen de sus desperdicios.

Así tenemos como los desechos tóxicos, los grandes desechos de las empresas productoras, pues eso realmente ya no llega a ser problema de la propia empresa, y es un problema del gobierno, pero el gobierno en realidad es ineficiente en cualquiera de sus niveles, y por lo tanto, sobreviene una afectación severa a la salud del público en general, y esto hace que este interés preponderante, tienda a proteger la salud de los ciudadanos en contra de no

⁵⁸ NODASE, José. “Elementos de Sociología”. Editorial Selecto. Trigésima Quinta Edición. México. 1999. Pág. 300.

solamente del ambulante, si no primariamente sobre los grandes productores de mercancías, y el tratamiento necesario de los materiales de desecho.

Por otra parte, los comerciantes ambulantes al establecer tianguis, mercados, plazas o centros de ventas de mercancías y alimentos, pues indudablemente generarán suficiente basura que dañe y desequilibre el medio ambiente, además de que causa daños a la comunidad en general y costos respecto a la recolección de basura por la mala educación y la falta de depósitos o contenidos para hacerlo, además de un pésimo servicio de recolección, asimismo genera otro daño que es el hecho de que cuando se acumula la basura y llueve, pues simplemente se bloquean y se tapan las alcantarillas y el sistema de drenaje, causando encharcamientos, trafico vehicular, focos de infección y por ende un costo adicional al gobierno en cuanto a la limpieza de dicho sistema.

4.3.5.- EN LA PRODUCCIÓN DE BIENES Y SEVICIOS

Evidentemente, en lo que es el ambulante, pues no se puede hablar mucho de servicios, no se puede estar pidiendo el servicio de una persona que se ha encontrado en la calle, que no esta establecido y que de alguna manera pues va ha rendirnos un servicio o bien va a pasar a nuestros domicilios a trabajar.

Sin duda, este tipo de circunstancias pues no son dadas a la posibilidad del ambulante, pero es importante hacer la aclaración que en diversos lugares del Distrito Federal existen personas dedicadas a proporcionar servicios de cualquier índole, llámese plomero, carpintero, albañil, cargador, trabajador en general; y de alguna manera el hecho de ofrecer servicios relacionados con el sexo, como son las sexoservidoras, pues realmente constituye un servicio que de alguna manera deberá ser también regulado, ordenado y en ciertos casos permitido siempre y cuando no constituya un daño para la sociedad y no sea insalubre para el público en general.

Lo mismo, la producción de bienes, pues en los talleres pequeños por muy pequeño que sea, pues hay ciertas instalaciones a través de las cuales, pues se tiene que tomar las medidas de seguridad necesarias para llevar a cabo la producción, pero encontramos talleres dedicados a la pintura, artesanías o simplemente un pequeño lugar donde se fabrican cualquier tipo de mercancías, cuadros, plásticos, pulseras, collares, dijes, etc.

Por otro lado, esta producción de bienes y servicios, pues simple y sencillamente, no va a poder tener una consistencia trascendental a través de la cual, se pueda lograr una mayor y mejor consolidación de todo lo que es el aspecto operativo en la producción de bienes y servicios, puesto que en el ambulante, esto resulta imposible, ya que las herramientas con las que cuenta o la tecnología que usa pues es antigua y en un momento dado que se necesite una gran cantidad de productos, pues simplemente no los va ha poder realizar o si no va ha tardar un determinado tiempo para producirlos lo que le generará un costo extra al tratar de competir con una empresa dedicada a lo mismo, la cual cuenta con un sistema operativo moderno, cuenta además con la tecnología necesaria para realizarla y pues en general con todas las facilidad para lograrlo.

4.3.6.- EN CONTRIBUCIÓN

Habíamos dicho que uno de los principales problemas para lo que sería el comercio informal sería el hecho de no cumplir una obligación constitucional como es contribuir al gasto público, tal y como lo señala el artículo 31 en su fracción IV, la cual dice lo siguiente:

“ Artículo 31. Son obligaciones de los mexicanos: ...

IV. Contribuir para los gastos públicos, así de la Federación como del Estado y Municipio en que residan, de la manera proporcional y equitativa que dispongan las leyes.”⁵⁹

⁵⁹ “Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos”. Editorial Sista. Edición 2002. México. Pág. 26.

De lo anterior, nos damos cuenta que es una obligación constitucional el que todos los Mexicanos aportemos una cantidad de manera equitativa y proporcional para así formar un gasto público que permita satisfacer los intereses de la sociedad.

Evidentemente que el comerciante establecido de alguna manera va ha tener que erogar una cierta cantidad de dinero para el pago de honorarios de un contador que le permita no solamente llevar la contabilidad del negocio si no también evaluar la cantidad de impuesto municipal , estatal y federal que devengue su actividad, impuestos como el Impuesto Sobre la Renta, el Impuesto al Valor Agregado, el Impuesto al Activo, el Impuesto Especial sobre Productos y Servicios, Aranceles en materia de comercio exterior, etc. Son algunos de tantos impuestos que empresas tienen que pagar para poder subsistir y poder desarrollarse y así contribuir con su obligación constitucional.

Y estos impuestos se tienen que pagar, por que en caso de que no lo hacerlo, existirá un procedimiento por medio del cual se hará coercible y obligatorio el pago, es decir, va haber un procedimiento de liquidación que le va ha determinar la cantidad que adeuda, además de un pago por multas, infracciones y recargos, y en el caso de que no se pague, habrá un embargo de la negociación.

Y en ese sentido, nos damos cuenta de que el comerciante formal cuenta con una legislación que regula y sanciona su situación, y que en algunos casos puede haber hasta privación de la libertad por el delito de defraudación fiscal.

Situación bastante distinta presenta el comerciante ambulante, y esto se da por su misma naturaleza, la de ser transitoria, y el poder colocarse de un puesto a otro, o simplemente cambiarse de residencia rápidamente.

La inspección de la autoridad Hacendaría o de Tesorería, en muchas de las ocasiones tarda, y una visita domiciliaria, reviste de grandes formalidades para llevarse a cabo, pues de alguna manera no deben violarse los derechos del comerciante y además de que dichas visitas

se fundamentan y motivan, y en el caso de que no se haga así, pues estaríamos hablando de una visita ilegal.

El caso es, que la mayoría de los informales ni siquiera lleva un cuaderno de entrada y salidas de la mercancía, y esto hace si no imposible la visita domiciliaria, cuando menos presenta dificultades que son difíciles de realizar, ya que es necesario cuando menos un orden interno en su negocio.

Por lo que, pues hay una afectación a todo lo que sería el ingreso vía impuesto por el comercio, en virtud de que el ambulante a pesar de que puede llegar a pagar un derecho por el espacio o suelo que ocupa, en muchas de las ocasiones, este honorario o este pago de derechos no llega directamente a las arcas del erario municipal, estatal o federal, si no que se queda con los inspectores y por ciertas personas corruptas que abusan del lugar en que se encuentran para enriquecerse ilegítima e ilícitamente; por lo tanto, la posibilidad de un financiamiento a través de un gasto público para llevar a cabo obras de infraestructura, o de salud o en materia de educación, pues no va a poderse llevar a cabo por el gobierno de manera eficiente y de que la mayoría de los mexicanos contribuyeran para ese fin.

De ahí que esta sería también otra circunstancia que generaría un punto mas en la balanza de el Interés Preponderante de que debemos de considerar a continuación.

4.3.7.- EN TRÁNSITO

Uno de los problemas que ha causado malestares en la población, es el hecho de que las vialidades tanto vehiculares como peatonales han sido bloqueadas por los comerciantes ambulantes de manera desordenada.

El comerciante formal tiene su local o establecimiento en donde no afecta el tránsito peatonal y vehicular y en donde el entorno de la ciudad no se ve afectado en cuanto a su

imagen, y por supuesto de que está regulado por una Ley de Establecimientos Mercantiles que en algunos casos le permite el uso de la vía pública siempre y cuando no afecte estas circunstancias.

De ahí, que el comerciante informal produce graves problemas a la afectación a los derechos de tránsito del ciudadano, y es el hecho de que los ambulantes rápidamente se expanden, y una persona que camina por una acera del centro o de un territorio conglomerado, pues al ir caminando se va a encontrar con varios puestos en donde va a existir gran cantidad de mercancías que puede adquirir.

Evidentemente, que colocar su puesto, va a ocupar un cierto espacio en una banqueta reducida, y que definitivamente hace que la libertad de tránsito, ya se afecte y es el caso de que el ciudadano, en muchas ocasiones tiene que exponer su vida al ir caminando por el arroyo de la calle con el riesgo de ser atropellado, todo por que los comerciantes acaparan completamente las banquetas.

Esto definitivamente hace que haya una afectación a los derechos de tercero, como una de las limitaciones a la garantía constitucional establecida en el artículo 5° de la carta magna, ya que cuando se ataca los derechos de tercero, se puede nulificar la garantía, pero este derecho tiene que vedarse solamente por determinación judicial o por resolución gubernativa, que para el caso que nos ocupa, sería la más idónea para nulificar, vedarse o reglamentarse dicha garantía, puesto que este ataque a los derechos de tránsito de los peatones y de los vehículos en la actualidad ha causado serios daños a la vialidad.

Y estos daños se dan de manera más severa cuando dentro de las instalaciones del Sistema de Transporte Colectivo, METRO, existe el comercio, estorbando a los usuarios un servicio que es evidentemente y primordialmente de transporte, asimismo afuera de estas instalaciones se encuentran instalados, comenzando desde las escaleras que permiten el acceso y la salida de los usuarios creando un desorden, y para el caso de una emergencia o catástrofe, traería como consecuencia pérdidas materiales y humanas, y eso no es todo, también en vías de gran afluencia vehicular y peatonal, en escuelas, hospitales, en lo que es nuestro patrimonio

cultural y de la nación, como el Centro Histórico, edificios, monumentos, plazas públicas, parques, bosques, zonas de reserva ecológica y en todo lo que respecta a nuestro acervo histórico y cultural se debe de reglamentar la actividad que realizan los comerciantes ambulantes para establecer las zonas de donde y como debe ser su actividad.

Y debe de ser así, puesto que el Reglamento de Construcciones para el Distrito Federal en su artículo 11 menciona lo siguiente:

“Artículo 11. Se requiere de autorización del Departamento para:

- I. Realizar obras, modificaciones o reparaciones en la vía pública;
- II. Ocupar la vía pública con instalaciones de servicio público, comercios semifijos, construcciones, provisionales o mobiliario urbano;
- III. Romper el pavimento o hacer cortes en las banquetas y guarniciones de la vía pública para la ejecución de obras públicas o privadas, y
- IV. Construir instalaciones subterráneas o aéreas en la vía pública.”⁶⁰

De lo anteriormente plasmado vemos como en su fracción II, se requiere de autorización para ocupar la vía pública y ejercer el comercio, lo cual habla de que debe de existir una comunicación por parte de la delegación y del gobierno del Distrito Federal con el comerciante, lo cual en la practica no existe.

Así también, tenemos que el artículo 12 del Reglamento de Construcciones del Distrito Federal manifiesta lo siguiente:

“Artículo 12. No se autorizará el uso de las vías públicas en los siguientes casos:

- I. Para aumentar el área de un predio o de una construcción;

⁶⁰ “Reglamento de Construcciones para el Distrito Federal”. Editorial Trillas, S.A. de C.V. Cuarta Edición. México. 2003. Pág. 27.

- II. Para obras, actividades o fines que ocasionen molestias a los vecinos tales como la producción de polvos, humos, malos olores, gases, ruidos y luces intensas;
- III. Para conducir líquidos por su superficie;
- IV. Para depósito de basura y otros desechos;
- V. Para instalar comercios semifijos en vías primarias y de acceso controlado, y
- VI. Para aquellos otros fines que el departamento considere contrarios al interés público.⁶¹

En vista de la que anteriormente se señaló es claro de que existe la prohibición para instalar puestos en determinados lugares y con las mismas condiciones que el presente reglamento menciona como molestias a los vecinos, producción de polvos, humos, mal olor gases, ruidos, basura, violación de zonas restringidas; a lo que el comerciante ambulante hace caso omiso.

Por lo que hemos mencionado, es claro que el comerciante ambulante viola los derechos de tránsito que el individuo tiene para poder desplazarse de un lugar a otro, y eso representa un punto de vital importancia en referencia al ejercicio del comercio, el cual debe y tiene que estar reglamentado para evitar problemas y malestares de toda índole, y sobre todo lo que representa a la seguridad de los peatones que día tras día se va viendo disminuida, así como a lo referente a las calles y avenidas que son bienes de dominio público, y en que el comerciante ambulante se ha apropiado, trayendo como consecuencia que el usuario de un transporte público o concesionado, o en su caso un vehículo particular, tenga que desviarse por otro trayecto, y otra situación que se causa con mas severidad en esta ciudad de México Distrito Federal y otras ciudades de la República es el trafico vehicular que se propicia por esta ocupación de los comerciantes en vías de acceso tan importantes.

⁶¹Ibidem. Pág. 29.

4.3.8.- EN SU MERCANCÍA

En lo referente a las mercancías que venden los comerciantes, aquí si hay serios daños a la economía en general, tanto a nivel privado como público.

Puesto que los comerciantes formales están regulados por un conjunto de disposiciones jurídicas que normatizan su actividad, así como también es verificada y sancionada por las diversas autoridades fiscales, aduanales y en las procuradurías del país.

Pues en ese sentido, vemos que el comerciante formal tiene por ley que vender mercancía legalmente introducida al país, tiene que pagar el impuesto respectivo por su compra y venta, y por ende es presumible que su mercancía cuenta con documentos que amparen su tenencia o posesión legítima.

En el caso del comerciante ambulante, su mercancía no cuenta con la documentación necesaria que acredite su legal introducción al país o que haya pagado los impuestos respectivos que la legislación mexicana establece.

Vemos mercancía que es producida por el mismo comerciante, mercancía plagiada o pirata, mercancía de contrabando, robada y en algunos casos insalubre o tóxicos para el público en general, principalmente de países asiáticos.

En ese sentido, este tipo de mercancía se convierte en un mercado ilícito o ilegal, claro esta que existen operativos que combaten este tipo de mercados, pero estos son ineficientes ya que estos operativos se centran en la búsqueda del productor inicial o el contrabandista que introduce la mercancía lo cual no es malo, al contrario es excelente, pero no deben de olvidar al distribuidor que se encuentra en la vía pública, pues al no hacerlo vemos como el comerciante vende grandes cantidades de productos a destajo y a precios inferiores a los que se deberían de vender, creando así una deslealtad frente al comerciante formal.

Ya que nuestro país cuenta con una serie de mercancías que satisfacen a la sociedad, ya sean productos importados o creados dentro del mismo país y que estos son vendidos por los comerciantes formales, pero con precios mas elevados, pues en estas mercancías están introducidas al precio del producto gastos de operación, impuestos, publicidad, rentas, derechos, salarios y demás gastos que hacen que el producto sea mas caro, además de que gozan de una garantía del mismo y esta es otorgada al consumidor, dando así el suficiente acreditamiento del negocio o del establecimiento.

Razón evidente de que el comerciante al no tener esos gastos pues venden esas mercancías a un precio mas bajo, pero lo importante en el caso que nos ocupa, es de que están comerciando con un mercado de naturaleza ilícita, pues creemos que no es malo que el comerciante se desarrolle plenamente vendiendo productos que ellos mismos realizan, pues la garantía del Libre Comercio y de la Libre Concurrencia se los permite, y esta regidos por la ley de la oferta y la demanda; lo malo y lo que no se debe de permitir es que el comerciante este vendiendo productos de contrabando, plagiados o piratas y además robados, lo que crea un mercado ilícito y a su vez desleal frente al comerciante formal, pues no es justo que un comerciante haya gastado grandes cantidades de dinero y tiempo para importar un producto, y llegue un comerciante informal y venda enfrente de su local o establecimiento comercial el mismo producto que este vende, pero a un precio mas bajo por ser mercancía de contrabando o plagiada.

Por tal razón, la teoría del Interés Preponderante debe de proteger al comerciante formal frente al comerciante que vende y distribuye este tipo de mercancía, pues como lo manifestamos, esta es ilegal y crea deslealtad frente al comerciante formal, que cada vez se va a ver en la necesidad de cerrar sus comercios, despedir empleados, dejar de contribuir al fisco, disminuir la inversión extranjera y demás daños a la economía empresarial e industrial y sobre todo la nacional.

Y por cuestiones de seguridad financiera del país, al permitirse esta venta de mercancía se disminuyen los ingresos que en un momento dado tiene derecho a recibir nuestro gobierno,

creando un daño a la economía pública, y esto se traduce a un gasto público mas deficiente y que va a olvidar los diversos programas de salud, educación y seguridad en la sociedad.

4.4.- EL COMERCIO INFORMAL Y EL DERECHO SOCIAL

Para poder terminar, necesitamos establecer una definición de lo que actualmente se esta perdiendo, que es el Derecho Social.

La globalización y las diversas situaciones políticas, económicas y sociales que actualmente estamos viendo han creado que se eludan de todas nuestras legislaciones el derecho social, o si no, disminuir esa protección que se daba con anterioridad.

Esto en virtud de que el concepto de Derecho Social así lo establece, ya que el autor Lucio Mendieta y Núñez, así lo menciona, y vamos a encontrar que este es el objetivo principal del Derecho Social.

Dicho autor dice: “ El Derecho Social es el conjunto de leyes y disposiciones autónomas que establecen y desarrollan diferentes principios y procedimientos protectores en favor de las personas, grupos y sectores de la sociedad, integrados por individuos económicamente débiles, para lograr su convivencia con las otras clases sociales de un orden justo.”⁶²

Para la administración gubernamental actual, parece ser que ya no hay pobres, de tal manera que ahora todo esta pasando a manos de la iniciativa privada, la cual va establecer una ley del trabajo adecuada a sus intereses, para poder explotar la médula de los trabajadores y que estos debido a sus bajos ingresos tanto económicos como educativos, hacen que estos fácilmente se empleen en trabajos donde no se van ha desarrollar, si no que solo van a ser

⁶² MENDIETAY NUÑEZ, Lucio. “El Derecho Social”. Editorial Porrúa, S.A. Cuarta Edición. México. 1999. Pág. 66.

explotados y van a subsistir con un miserable Salario Mínimo que definitivamente no le va ha alcanzar para sobrevivir ni a el ni a su familia, creando así enormes brechas de desigualdad y marginación.

De lo anterior podemos darnos cuenta que al no haber un trabajo bien remunerado y con suficientes prestaciones que le permitan al trabajador desarrollarse plenamente, aunado a que las instituciones dedicadas a la protección de esta clase de trabajadores cada vez se ven mas afectadas por la situación económica y a los malos manejos que hacen los funcionarios de estas dependencias, logrando entre si que los individuos se vean en la necesidad de buscar sustento de otra manera, y esta se da en varias formas, ya sea introducirse al vecino país del norte, dedicarse a diversas conductas ilícitas, o de la que estamos hablando, y esa es el comercio ambulante o informal.

Así, pues simple y sencillamente el Derecho Social ya no lo esta existiendo en nuestra legislación, y si lo vemos fríamente, en cuanto al comercio ambulante, pues este ya no necesita la protección del derecho social, en algunos casos, si no es que en la mayoría.

Hay ambulantes a los cuales les ha ido muy bien, y han establecido grandes comercios ambulantes por varios locales, y esto hace que el derecho social ya no sea tan aplicable a este tipo de comercio, pues las ganancias económicas son buenas.

En tal situación es preciso mencionar que el Derecho Social se ocupa de clases económicamente débiles y visto que el comerciante ambulante cada vez está detentando un poder económicamente fuerte, en virtud de que puede acceder al comercio con mayor ventaja que un comerciante formal.

En ese sentido es claro que este derecho no lo necesita, tanto el poder judicial como el ejecutivo no debe de proteger este tipo de actividad, si no que debe de regularlo e integrarlo a la vida económica del país, y este proceso se debe dar a través del poder legislativo que debe crear una ley o un reglamento que satisfaga a todos los intereses de la sociedad, evitando la informalidad en el comercio, evitar deslealtad, atacar el comercio ilícito en el que varios

comerciantes han logrado un crecimiento a base de actos ilegales, y que cada día van a tener mayores ingresos, libres de impuestos o derechos, que les permitan sobornar a las autoridades fiscales y de seguridad, y así crear grandes centros comerciales como tepito, la merced, el mercado de sonora, el centro histórico, paraderos de transporte colectivo, y diversos tianguis o mercados en donde son guaridas y refugios de diversos delincuentes y en donde va ha imperar la mafia, el crimen organizado y bandas delictivas que atacan al consumidor y al público en general.

4.5.- PROPUESTA DE SOLUCIÓN (ARTÍCULO 5º CONSTITUCIONAL)

Como hemos visto, la diferenciación en el Interés Preponderante, no es exactamente lo mismo pero, hay una ventaja y desventaja en lo que es el comercio formal frente al informal, una serie de daños y violaciones a las leyes que el comerciante informal crea.

De ahí, en lo que es la infraestructura operativa, pues no tiene caso el hecho de criticar si una empresa invierte mas en estrategia que la otra.

Así, las cuatro afectaciones a la sociedad que son las que en un momento determinado resultan del comercio ambulante serían la limpieza y la ecología, el otorgamiento de una contribución, eliminar el comercio ilícito y respetar el derecho al libre tránsito.

Evidentemente, que en relación a la limpieza y a la ecología, pues esta es una situación muchísimo mayor a lo que sería la contribución o el mercado ilícito o el tránsito de las personas, pues el daño que se produce por la falta de sanidad es demasiado peligroso para la sociedad, pues en un momento dado puede haber una epidemia que ni siquiera el sector salud va ha poder controlar, agregando que nuestro servicio de salud es lento, burócrata y deficiente en cuanto a la atención del público

De tal naturaleza, que independientemente de que el gobierno tenga su sistema de recolección fiscal, un sistema de seguridad pública y de leyes urbanas, pues lo interesante sería entonces la limpieza y la ecología, en la que hay una afectación a la sociedad, y por lo mismo, la necesidad de una resolución gubernativa que pueda coordinar el esfuerzo y de esta forma, lograr mayores posibilidades de éxito en cada una de las situaciones.

De ahí, que consideramos que debe de existir una coordinación para respetar el Derecho Humano Fundamental al Comercio, y por supuesto de esta manera, que los pobres y desvalidos, no sean objeto del abuso laboral del que actualmente son, y esto se logrará a través de una reforma laboral que permita mayores oportunidades de desarrollo del trabajador en todos los aspectos, tanto económicamente como profesionalmente.

Y así, el artículo 5º Constitucional, consideramos pueda decir lo siguiente:

Artículo 5.- A ninguna persona podrá impedirse que se dedique a la profesión, industria, comercio o trabajo que le acomode, siendo lícitos. El ejercicio de esta libertad solo podrá vedarse por determinación judicial, cuando se ataquen los derechos de tercero, o por resolución gubernativa, dictada en los términos que marque la ley, cuando se ofendan los derechos de la sociedad; Siendo que la ley reglamentaria, sobre la instalación de establecimientos mercantiles formales e informales, deberá cubrir esencialmente los derechos de la sociedad, en especial la salud y la ecología, con lo que se debe de obligar a todo tipo de comercio el respetar este tipo de derechos.

En términos generales, el comercio ambulante si responde a la garantía de comercio.

Y si bien es cierto, la afectación verdadera no es en si una competencia desleal, puesto como hemos visto no cae dentro de lo que sería la competencia desleal en cuanto a mercados lícitos.

En virtud de que los comerciantes, en ningún momento establecen maquinaciones a través de las cuales hacen caer el comercio establecido, simple y sencillamente existe una

conurrencia en el mercado, pero no se debe de olvidar que el comerciante no debe de negociar con mercancías ilícitas porque en ese entonces estaremos cayendo en un mercado no permitido por el artículo 5° constitucional el cual dice: "A ninguna persona podrá impedirse que se dedique a la profesión, industria, comercio o trabajo que le acomode, siendo lícitos...", y al ser permitido este tipo de mercado será desleal frente al comerciante formal.

De ahí que si el comerciante tiene tantita estrategia, pues va a empezar a llevar a cabo su comercio ambulante hacia varios puntos de la ciudad, y podrá empezar a tener cadenas de puestos ambulantes, que de alguna manera, puedan llegar a convenir a sus intereses, siempre y cuando no negocie con mercancía ilícita, ni dañe los derechos de tercero, ni ofenda los derechos de la sociedad.

Claro esta que si su inversión es mucho mas formal, pues pueda ser una cadena de locales, y claro esta si reúne los capitales necesarios o acepta inversión extranjera pues evidentemente que sus locales y sus empresas serán mas grandes, y estas pueden integrarse a un sistema fiscal que pueda recolectar con suficiente eficiencia el impuesto que por derecho y obligación se tiene frente a la nación.

De ahí, que esta libertad de comercio, puede ser primordialmente vedada por cuestiones de salud, por cuestiones de limpieza y ecología, por que esas si son situaciones que ofenden a los derechos de la sociedad, y como consecuencia podría acarrear la nulificación de la garantía individual del comercio.

Además, de que cuando dañen los derechos de terceros, esta garantía también puede nulificarse en cuanto al lugar y la forma de establecerse, siempre y cuando se legisle y exista un ordenamiento emanado de la Constitución en el sentido de permitir el comercio en zonas que no ocasionen un estorbo al peatón o transeúnte, a la afluencia vehicular, y por supuesto en lugares que por su naturaleza no se dañe el patrimonio de la nación y no estorbe a instituciones o centros de servicios como escuelas, hospitales, establecimientos comerciales, servicios de transporte y los demás que fijen las leyes.

Asimismo, se debe nulificar la garantía de comercio al que venda o distribuya mercancía que por su naturaleza o por que las leyes la han marcado o definido como ilícita, prohibiendo la venta en la vía pública de mercancía robada, de contrabando, plagiada o pirata, y esta se hará a través de operativos eficientes y ajustados a pleno derecho.

CONCLUSIONES

1.- Es valido que el comerciante informal pueda estar ejerciendo el comercio en la vía publica, en virtud de que el artículo 5° Constitucional y el artículo 28° del mismo ordenamiento, permite a la sociedad ejercer el comercio y el acceso a los mercados y eso no se puede negar al público en general porque es un principio constitucional y un principio internacional, el cual se esta haciendo uso de ese mismo Derecho, el cual se cataloga como un Derecho Minimo Fundamental del ser humano, pero ese derecho no debe de ser ilícito, ni debe de atacar los derechos de tercero ni que se ofendan los derechos de la sociedad..

2.- La preponderancia entre lo que es el comercio formal y comercio informal, denota básicamente 2 puntos de diferenciación vitales e importantes, como es el hecho de que el comercio ambulante, puede estar afectando una garantía individual tan trascendental como es la limpieza y la ecología, o bien la protección a la salud del individuo; por otra parte pues afecta también los intereses del fisco y del país en la recaudación fiscal.

3.- Evidentemente que en lo que se refiere a la llamada competencia desleal, del comerciante formal frente al informal, esta en estricto sentido no se da, puesto que entonces sería competencia desleal el hecho de competir con grandes inversiones como WAL MART o como LIVERPOOL o grandes empresas, que estarían compitiendo deslealmente con los comerciantes pequeños, pero es desleal el hecho de comerciar con mercancías ilícitas como el contrabando, la plagiada o robada a precios por debajo del comerciante formal o establecido, y que es permitido y solapado por las autoridades.

4.- No es una competencia desleal por que también existe la garantía individual de la libre concurrencia; básicamente esto responde mas que nada a la posibilidad de atracción del consumidor a través de las estrategias competitivas, siempre y cuando el mercado sea licito, existan las suficientes reglas de competencia, y en el caso de alimentos, este debe ser higiénico.

5.- Por lo que hace a la falta de pago de impuestos por parte de los ambulantes, puesto que básicamente es problema del fisco, su persecución y la extracción de dicho impuesto, corresponderá al interés del propio gobierno, el cual debe y está obligado a buscar la manera de integrarlo a la formalidad económica del país y obtener un impuesto por la venta de productos y por el uso de bienes de dominio público, ya que se esta negociando y realizando su actividad con bienes que le pertenecen a la nación y a la sociedad y de que los impuestos son una parte del gasto público.

6.- Como consecuencia la afectación en el Interés Preponderante, sería el Derecho a la Salud que si es una situación seria, y que podría significar para el ambulante, la restricción en la utilización de su garantía individual, ya que se tendría que solicitar una resolución gubernativa, en virtud de que se están ofendiendo los derechos de la sociedad, puesto que podrían ser focos de infección, con lo que las garantías de salud se verían totalmente inhibidas.

7.- En términos generales, el comercio es básicamente competencia, y como consecuencia de esto, no es viable que el gobierno este reprimiendo una Garantía Constitucional tan importante como es el desarrollo a la propia existencia, y esto solamente por una estrategia a través de la cual se le quitan las posibilidades a los pobres de poder subsistir decorosamente solo por que sean mano de obra barata para las empresas que ni siquiera son nacionales, lo que se debe reprimir es el mercado ilícito, la corrupción de las autoridades que dejan que pasen a nuestro territorio mercancías de contrabando y las que permiten la venta en la vía pública.

8.- Las consideraciones que encontramos respecto de la jerarquización de bienes jurídicos tutelados y la preponderancia de esos intereses, estará mas que nada dada al interés común, y es de bien común, el hecho de que toda la sociedad pueda desarrollarse en forma integral, de hecho el artículo 25° Constitucional en su primera parte así lo establece también como garantía individual.

9.- Por otro lado, el ejercicio del comercio ambulante también responde a otra garantía que será el artículo 28° Constitucional en la libertad de concurrencia, puesto que realmente no es una competencia desleal, si no básicamente son inversiones y formas de vender.

10.- Desde el punto de vista del Interés Preponderante la ley tiene siempre que ofrecernos la posibilidad de la satisfacción de los intereses de la mayor parte de la población a la cual deba de representar, y no solamente la protección de los pequeños intereses de una elite cerrada que es la que trata de acaparar todos y cada uno de los medios de producción situación que evidentemente esta prohibida por nuestra Constitución, ya que eso significa un monopolio.

11.- La idea que la Teoría del Interés Preponderante va ha favorecer, es el hecho de proteger ha el interés de los ambulantes, y mas que nada a darles la posibilidad de establecerse en plazas estructuradas especialmente para el comercio ambulante con los servicios de sanidad necesarios para ello, es decir, sea higiénico, y que dichos lugares en que se establezcan sean zonas que no dañen los derechos de terceros, es decir, se evite la obstaculización del tránsito peatonal o vehicular o que ponga en riesgo entradas y salidas de algún sitio específico como hospitales, casas, comercios, escuelas, dependencias de gobierno, etc; así también de que la venta de mercancías deba ser licitas, acreditando su legal tenencia, por lo cual se harán verificaciones en la vía pública, se cobre un impuesto por el uso de suelo y por las mercancías que se venden; por otra parte se debe tener ubicados cada uno de los comerciantes en un padrón delegacional, municipal o estatal para que estos cumplan con sus obligaciones, y por otra parte se requiera de un permiso o licencia para el funcionamiento de su actividad, y que esta sea revocable para el caso de incumplir con alguna obligación,. por ende se necesita una Ley u ordenamiento legal que regule esta actividad y que sancione su falta de cumplimiento por parte del comerciante.

12.- Por otro lado, si se quiere inhibir la garantía, pues simple y sencillamente se tiene que demostrar lo insalubre del comercio, se tiene que demostrar que el comercio daña los derechos de terceros, así también se debe demostrar que su mercado o los productos que se venden son ilícitos, para que de esta forma exista una resolución gubernamental que inhiba el goce de una garantía tan trascendental como es el Derecho al Comercio.

BIBLIOGRAFÍA

1. AGUILAR ALVAREZ DE ALBA, Alfonso. “Elemento de la Mercadotecnia”. Editorial Compañía Editorial Continental. Trigésima Edición. México. 2000.
2. BARAJAS MONTES DE OCA, Santiago. “Comentarios al Artículo V Constitucional”. Editorial Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas. Décimo Cuarta Edición. México. 1995.
3. “Bicentenario de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano”. Secretaría de Gobernación. Tercera Edición. México. 2000.
4. “Bicentenario de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano”. Secretaría de Gobernación. Tercera Edición. México. 2001.
5. BURGOA ORIHUELA, Ignacio. “Las Garantías Individuales”. Editorial Porrúa, S.A. Vigésima Séptima Edición. México. 1998.
6. CALVO, Octavio y PUENTE, Arturo. “Derecho Mercantil”. Editorial Banca y Comercio. Quincuagésima Edición. México. 2001.
7. DOMÍNGUEZ VARGAS, Sergio. “Teoría Económica”. Editorial Porrúa, S.A. Décimo Quinta Edición. México. 1999.
8. GARCÍA DE LEÓN CAMPERO, Salvador. “La Micro, Pequeña y Mediana Industria en México y los Retos de la Competitividad”. Editorial Diana. Tercera Edición. México. 2003.
9. GOLDSTEIN, Raúl. “Derecho Penal y Criminología”. Editorial Astrea. Cuarta Edición. Buenos Aires, Argentina. 2000.
10. GÓMEZ GORDOA, José. “Los Títulos de Crédito”. Editorial Porrúa, S.A. Cuarta Edición. México. 2000.

11. GÓMEZ GRANILLO, Moisés. “Teoría Económica”. Editorial Esfinge. Tercera Edición. México. 1994.
12. HERRERA MEZA, Humberto Javier. “Iniciación al Derecho de Autor”. Editorial Limusa Grupo Noriega Editores. Quinta Edición. México. 2002.
13. MANTILLA MOLINA, Roberto. “Derecho Mercantil”. Editorial Porrúa, S.A. Vigésima Novena Edición. México. 1998.
14. MENDIETA Y NUÑEZ, Lucio. “El Derecho Social”. Editorial Porrúa, S.A. Cuarta Edición. México. 1999.
15. MOTO SALAZAR, Efraín. “Elementos de Derecho”. Editorial Porrúa, S.A. Edición 2001. México.
16. NODASE, José. “Elementos de Sociología”. Editorial Selecto. Trigésima Quinta Edición. México. 1999.
17. OCHOA TORRES, Juan Manuel. “Antecedentes, Consecuencias y la Solución al Comercio Ambulante”. Editorial Edamex. Primera Edición. México. 2002.
18. PALACIOS LUNA, Manuel. “El Derecho Económico en México”. Editorial Porrúa, S.A. Cuarta Edición. México. 1999.
19. PINA, Rafael, de. “Diccionario de Derecho”. Editorial Porrúa, S.A. Vigésima Primera Edición. México. 1995.
20. PRATT FAIRCHILD, Henry. “Sociología”. Editorial Fondo de Cultura Económica. Vigésima Edición. México. 2002.
21. PRECIADO HERNÁNDEZ, Rafael. “Lecciones de Filosofía del Derecho”. Editorial Yules. Vigésima Primera Edición. México. 1998.
22. RABASA, Emilio y CABALLERO, Gloria. “Mexicano esta es tu Constitución”. Editorial Miguel Porrúa Grupo Editorial. Décima Cuarta Edición. México. 1998.

23. VELA TREVIÑO, Sergio. "Antijuridicidad y Justificación". Editorial Trillas. Quinta Edición. México. 1999.
24. WITKER, Jorge. "Derecho Económico". Editorial Harla. Vigésima Octava Edición. México. 1998.

LEGISLACIÓN:

1. "Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos". Editorial Sista. Edición 2002. México.
2. Agenda de Salud. "Ley General de Salud". Editorial ECA, S.A. de C.V. Edición 2003. México.
3. Agenda de Salud. "Ley de Salud para el Distrito Federal". Editorial ECA, S.A. de C.V. Edición 2003. México.
4. Legislación de Comercio. "Código De Comercio". Editorial Sista. Edición 2000. México.
5. "Ley Federal de Competencia Económica". Editorial Sista. Edición 2002. México.
6. "Ley para el Funcionamiento de Establecimientos Mercantiles en el Distrito Federal". Editorial Sista. Edición 2002. México.
7. "Programa de Reordenamiento del Comercio en Vía Pública". Editorial Leyes y Reglamentos de México. Edición 2003. México.
8. "Reglamento de Construcciones para el Distrito Federal". Editorial Trillas, S.A. de C.V. Cuarta Edición. 2003. México.

OTROS:

1. "Diccionario Jurídico 2000", Desarrollo Jurídico Copyright 2000. Todos los Derechos Reservados.
2. Jurisprudencia Visible en : GÓNGORA PIMENTEL, Genaro David y ACOSTA ROMERO, Miguel. "Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos". Editorial Porrúa, S.A. Quinta Edición. México. 2000.

UNIVERSIDAD LATINA, S.C.



CAMPUS CENTRO

“LUX VIA SAPIENTIAS”

ESCUELA DE DERECHO

CON ESTUDIOS INCORPORADOS OFICIALMENTE POR LA
UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA DE MÉXICO

**LA EVALUACIÓN DEL EJERCICIO DEL COMERCIO
FORMAL E INFORMAL A LA LEY DE LA TEORÍA DEL
INTERÉS PREPONDERANTE**

T E S I S

QUE PARA OBTENER EL TÍTULO DE:

LICENCIADO EN DERECHO

P R E S E N T A:

CHRISTIAN CARLO PICO GUTIÉRREZ

ASESOR: LIC. ANTONIO MANUEL VEGA ROJAS