



**UNIVERSIDAD NACIONAL  
AUTÓNOMA DE MÉXICO**

**FACULTAD DE ESTUDIOS  
SUPERIORES ARAGÓN**

**“EL CONTRATO DE MEMBRESÍA COMO SIMULACIÓN JURÍDICA”  
(LA NECESIDAD DE REGULARLO EN MÉXICO)**

**TESIS  
QUE PARA OBTENER EL GRADO DE  
MAESTRO EN DERECHO  
P R E S E N T A  
LEOPOLDO RANGEL CANCINO**

**Tutor: M. en D. Francisco Jesús Ferrer Vega**

**CAMPUS ARAGON**



Febrero de 2009



Universidad Nacional  
Autónoma de México

Dirección General de Bibliotecas de la UNAM

**Biblioteca Central**



**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.

## **DEDICATORIAS**

### **A DIOS**

*DOY GRACIAS A NUESTRO SEÑOR POR LAS BENDICIONES QUE NOS HA DADO Y POR PERMITIRME LLEGAR A ESTE MOMENTO DE MI VIDA DONDE SE LLEGA A UNA META MAS.*

### **A MIS PADRES**

*AQUELLOS QUE ME DIERON LA VIDA, DANDO LA SUYA POR DELANTE LOS QUE ME FORJARON COMO HOMBRE Y ME DIERON LOS VALORES DE AMOR, RESPETO, HONRADEZ, HONOR, CON LO QUE ME HACE SER ORGULLOSAMENTE SU HIJO, GRACIAS MARCE, GRACIAS TOMY, LOS AMO.*

### **A MIS HERMANOS**

*ALEJANDRO ARTURO, JOSÉ ANTONIO, MARIO HECTOR, CESAR ÁNGEL SAÚL CARLOS, IVAN DE JESÚS, A TODOS GRACIAS POR SU APOYO INCONDICIONAL Y POR CREER EN MI, TAMBIÉN ES POR USTEDES QUE DOY ESTE GRAN PASO.*

### **AI MIS OTROS PADRES**

*JOSEFINA Y JESÚS, POR SU CARIÑO Y AYUDA SE LO MUCHO QUE ME QUIEREN, AQUÍ Y EN EL CIELO EN DONDE SE ENCUENTRA ÉL, GRACIAS GORDITOS LOS AMO.*

---

A TI ELI

GRACIAS POR SER ESPOSA, AMIGA, COMPAÑERA Y  
COMPLICE DE TODAS NUESTRAS LOCURAS Y PERO SOBRE  
TODO POR SER LA MADRE DE MIS HIJAS TE AMO

A PAU Y MIRIS

A USTEDES PEQUEÑAS POR SER EL MOTOR QUE MUEVE  
MI UNIVERSO, POR HACERME CONOCER QUE LA VIDA ES  
UN ABRAZO, UN BESO, UNA CARICIA, PERO SOBRE TODO  
UN "TE QUIERO PAPÁ", GRACIAS LAS AMO CORAZONES.

A MI SOBRINOS

MARCELA, FANNY, MARIANA, SHEYLA, HECTOR, LUIS,  
SAMANTA, MICHEL Y TI BEBÉ A LA QUE TODOVIA NO  
CONOZCO, PARA ELLOS GRACIAS POR ESTAR AQUÍ  
FORMANDO ESTE GRAN CLAN LOS AMO.

A MI FAMILIA

HERME, GASPAS, MARIEL, POLA, CARLOS, CHRISTINA,  
KARLA, REYNALDO, HOFFMAN, HUTMAN, CARLITOS,  
CRYSTAL, COROLINA PEPE, JOSE, SUSY, JULY Y BETO A  
TODOS ELLOS GRACIAS POR SER PARTE DE MI UNIVERSO  
Y SER UNA GRAN FAMILIA LOS AMO.

A LA ALMA MATER

DOY GRACIAS A LA UNIVERSIDAD NACIONAL  
AUTÓNOMA DE MÉXICO Y LA FACULTAD DE ESTUDIOS  
SUPERIORES DE ARAGÓN, POR TODO EL CONOCIMIENTO  
QUE ME HA DADO, POR SER Y SENTIRME PARTE ELLA, DE  
UNA OTRA FORMA, Y DARME LA OPORTUNIDAD DE SER  
MEJOR EN LA VIDA.

---

A MI SINODO

A TODOS Y CADA UNO ELLOS LES AGRADEZCO SU TIEMPO Y PACIENCIA PARA LA ELABORACIÓN DE ESTE TRABAJO DE INVESTIGACIÓN, Y SUS CONSEJOS PARA EL MISMO, ASÍ TAMBIÉN RECONOZCO EN USTEDES QUE SON LOS PILARES EN QUE SE CIMIENTA LA UNIVERSIDAD PARA HACERLA DÍA CON DÍA UNA DE LAS MEJORES DE MÉXICO Y DEL MUNDO GRACIAS POR SU APOYO Y CONOCIMIENTO.

A LA FIRMA RANGEL CANSINO Y ASOCIADOS

ALEJANDRO, ISIDRO, JAVIER, FERNANDO, ELIAN, SANDRA, THELMA, NOEMI, IVAN, NATALY, A USTEDES QUE DÍA CON DÍA ESTAMOS EN LA TRINCHERA Y QUE BUSCAMOS SER MEJORES ABOGADOS Y MEJORES ESTUDIANTES, QUE HEMOS HECHO DE ESTA FIRMA NO SOLO UN CENTRO DE TRABAJO, SINO TAMBIÉN UN LUGAR EN DONDE SE CREE CONOCIMIENTO, POR SER TODOS PROFESORES DE LA UNIVERSIDAD Y ESTUDIANTES DE LA MISMA, MUCHAS GRACIAS POR SU APOYO.

---

## ÍNDICE

### EL CONTRATO DE MEMBRESÍA COMO SIMULACIÓN JURIDICA (LA NECESIDAD DE REGULARLO EN MÉXICO)

Introducción _____	I
--------------------	---

#### CAPÍTULO 1 El Derecho Mercantil

1.1. Concepto _____	1
1.2. Antecedentes _____	7
1.2.1. Marco histórico _____	8
1.2.1.1. Origen del comercio _____	9
1.2.1.2. Edad Antigua _____	11
1.2.1.3. Roma _____	14
1.2.1.4. Edad media _____	16
1.2.1.5. Época moderna y contemporánea _____	20
1.2.1.5.1. México _____	25
1.3. Ubicación y objeto del Derecho Mercantil _____	29
1.3.1. Marco jurídico _____	31
1.3.1.1. Fuentes _____	32
1.3.1.2. Legislación _____	32
1.3.1.3. Costumbre _____	35
1.3.1.4. Jurisprudencia _____	36
1.3.1.5. Supletoriedad _____	37

#### CAPÍTULO II Ámbito de aplicación del Derecho Mercantil

2.1. El Acto de comercio _____	41
2.1.1. Concepto _____	42
2.1.2. Clasificación _____	43
2.1.3. Actos unilateralmente mercantiles o actos mixtos _____	44
2.2. Sujetos de Derecho Mercantil _____	44
2.2.1. Comerciante _____	45
2.2.2. Personas físicas _____	52
2.2.3. Personas morales _____	63
2.3. Obligaciones de los comerciantes _____	66
2.3.1. Publicidad de la calidad mercantil _____	67
2.3.2. El Registro del comerciante _____	87
2.3.3. Contabilidad _____	92
2.3.4. Conservación de la correspondencia _____	93
2.3.5. Inscripción en el sistema de información _____	94
2.4. Obligaciones mercantiles _____	95
2.4.1. Concepto _____	95
2.4.2. Fundamento legal _____	97

2.4.3. Cumplimiento de las obligaciones _____	97
2.4.4. Incumplimiento de las obligaciones _____	100
2.4.5. Cláusula penal _____	101
2.4.6. Interés legal _____	102

### CAPÍTULO III Contratos Mercantiles

3.1. Contratos mercantiles _____	104
3.1.1. Concepto _____	104
3.1.2. Etapas del contrato mercantil _____	108
3.1.3. La forma de los contratos mercantiles _____	110
3.1.4. Interpretación de los contratos mercantiles _____	112
3.1.5. Límites de la libertad contractual _____	112
3.1.6. Diferentes tipos de contratos mercantiles _____	113
3.2. Clasificación de los contratos _____	114
3.2.1. Contratos de adhesión _____	115
3.2.1.1. Teorías que justifican a los contratos de adhesión _____	121
3.2.1.1.1. La teoría publicista _____	122
3.2.1.1.2. La teoría contractualista _____	123
3.2.1.1.3. Teoría intermedia _____	124
3.2.1.1.4. La moderna corriente doctrinal _____	126
3.3. La legislación que regula el contrato de adhesión en México _____	127

### CAPÍTULO IV

#### El contrato de Membresía y la necesidad de regularlo en la legislación mexicana

4.1. El contrato de Membresía _____	140
4.1.1. La membresía en otras modalidades _____	191
4.1.2. Concepto _____	193
4.1.3. Naturaleza jurídica _____	194
4.1.4. Características _____	201
4.1.5. Regulación jurídica _____	202
4.1.5.1. En México _____	202
4.1.4.2. En el mundo _____	194
4.2. El contrato de membresía como contrato de prestación de servicios _____	203
4.3. El contrato de membresía como simulación jurídica en México _____	204
Conclusiones _____	209
Propuestas _____	211
Fuentes de Información _____	212

## INTRODUCCIÓN

La realización de esta investigación fue motivada por la existencia, cada vez más frecuente, de aquellos contratos de prestación de servicios, denominados Tiempo Compartido, sin embargo, este contrato tiene diferentes variantes entre los que podemos encontrar el de Membresía, el cual lo podremos observar en el desarrollo de este trabajo, este contrato tiene sus propias y determinadas características, pues no solo se le puede considerar como un contrato accesorio, pues en muchas ocasiones es principal. Por lo que se hace del mismo un verdadero paradigma jurídico.

Al pretender estudiar el contrato de membresía, uno se puede percatar que hay una gran escasez de material bibliográfico sobre la materia en especial, por lo que se tuvo que implementar una metodología que nos diera como resultado resolver los problemas tanto doctrinarios como conceptuales y jurídicos, por lo cual se tuvo que desarrollar de una manera lógica y sistemática, para que en cada punto se realizara un estudio de forma analítica, en términos generales, en método deductivo prevalece durante el trabajo de investigación.

Respecto al aparato crítico que se utilizó se consultaron tanto autores nacionales como extranjeros, estos últimos argentinos y españoles en su mayoría de quienes tomamos sus aportaciones y comentarios.

La elaboración del trabajo de investigación fue desarrollada en cuatro capítulos los cuales se dividieron en antecedentes; Ámbito de aplicación del Derecho Mercantil; los Contratos Mercantiles; y, el Contrato de Membresía. Para dejar al final una pequeña aportación y conclusiones, siendo todo esto el marco teórico.

Lo que se pretende al final es establecer la problemática que existe durante la contratación de un tiempo compartido, que no es igual que un contrato de Membresía, aunque ambos tiene características similares no son iguales, lo que conlleva a que muchas ocasiones pretendan establecer que son o mismo, o se utilice indistintamente para el mismo fin, trayendo como consecuencia una posible simulación jurídica lo que da como resultado que el acto sea inexistente.

# C A P Í T U L O I

## EL DERECHO MERCANTIL

### 1.1 Concepto

Como categoría histórica, el derecho mercantil cambia en función de nuevas exigencias sociales y principalmente en función de la evolución de la economía, agregándose nuevas ramas al viejo tronco del derecho mercantil y creándose constantemente nuevas instituciones, instrumentos y procedimientos de aplicación.

Mantilla Molina nos dice que el derecho mercantil “es el sistema de normas jurídicas que determinan su campo de aplicación mediante la clasificación de mercantiles dadas a ciertos actos y regulan éstos y la profesión de quienes se dedican a celebrarlos”.<sup>1</sup>

Otra definición es la de Fernando Vázquez e indica: “Es el conjunto de normas que regulan la actividad de los comerciantes o bien el concierto de reglas que rigen las relaciones nacidas del comercio”<sup>2</sup>

---

<sup>1</sup> MANTILLA MOLINA, Roberto L.- Derecho Mercantil. Editorial Porrúa. 24ª edición. México 1985. Pág. 23.

<sup>2</sup> VAZQUEZ ARMINIO, Fernando. “Derecho Mercantil”, Editorial Porrúa, México 1977 Pág. 19

Rocco, define al derecho mercantil como: “aquel que regula las relaciones de los particulares nacidos de la industria mercantil o asimilada a ella, en cuanto a su régimen y ejecución judicial.”<sup>3</sup>

Garrigues, nos dice que “es el que regula los actos de comercio pertenecientes a la explotación de industrias mercantiles organizadas, y los realizados ocasionalmente por comerciantes y no comerciantes, que el legislador considera mercantiles, así como el estatuto del comerciante individual y social y los estados de anormalidad en el cumplimiento de sus obligaciones contractuales”<sup>4</sup>

Ripert inicia su obra con la siguiente definición “el derecho comercial es la parte privado relativa a las operaciones jurídicas realizadas por los comerciantes, sea entre sí, sea con sus clientes... el derecho comercial rige también los actos de comercio sin consideración a la persona de su autor.”<sup>5</sup>

Barrera Graf considera que es “aquella rama del derecho privado que regula los actos de comercio, la organización de las empresas, las actividades del comerciante, individual y colectivo y los negocios que recaigan sobre las cosas mercantiles”<sup>6</sup>

---

<sup>3</sup> ROCCO, Alfredo.- Principios de Derecho Mercantil. Editorial Biblioteca de la Revista de Derecho Privado. Madrid, España. Pág. 5

<sup>4</sup> GARRIGUES, Joaquín.- Curso De Derecho Mercantil Tomo I . Editorial Porrúa. 2ª reimpresión. México 1998. Pág. 12.

<sup>5</sup> RIPERT, George.- Tratado Elemental de Derecho Comercial Volumen I. Traducción Felipe de Solá Cañizares. Tipografía Editora. Buenos Aires, Argentina. 1954. Pág. 1.

<sup>6</sup> BARRERA GRAF, Jorge.- Tratado De Derecho Mercantil. Editorial Porrúa. México, 1957. Pág. 1.

El maestro Rafael de Pina, nos define al derecho Mercantil como “el derecho de los comerciantes y para los comerciantes en el ejercicio de su profesión...es un derecho de los actos de comercio, de los que son intrínsecamente, aunque en muchos casos el sujeto que los realiza no tenga la calidad de comerciante.”<sup>7</sup>

Calvo Marroquín no dice que el derecho mercantil es “la rama del derecho privado que regula las relaciones de los individuos que ejecutan actos de comercio o que tienen el carácter de comerciantes.”<sup>8</sup>

Alfredo de la Cruz Gamboa concibe al derecho Mercantil como “el conjunto de normas jurídicas reguladora de la materia comercial, es decir, de los comerciantes, de los actos de comercio y de las cosas mercantiles”.<sup>9</sup>

Del análisis de las definiciones anteriores, se infiere la diversidad de criterios para definir al derecho mercantil, se puede ver lo problemático de dar una definición propia de Derecho mercantil, por lo que considero que todas son validas para entender lo que es este.

Mas sin embargo, en el camino por encontrar nuevos parámetros para delimitar el derecho mercantil me parece realmente trascendente citar al maestro Joaquín Rodríguez y Rodríguez, quien en su importante labor como investigador ha unificado dos modernas tendencias que pretendían el mismo objetivo y que sin embargo no han sido, por separado, suficientes para obtener una aceptación

---

<sup>7</sup> Ídem.

<sup>8</sup> CALVO MARROQUÍN, Octavio.- Derecho Mercantil. Editorial Banca y Comercio, México 1993. Pág. 6.

<sup>9</sup> DE LA CRUZ GAMBOA, Alfredo.- Elementos Básicos De Derecho Mercantil. Catedra Editores. México 1997. Pág. 16.

general por parte del mundo jurídico; la teoría del derecho mercantil como el derecho del tráfico en masa, propuesta por Heck, y la teoría del derecho mercantil como el derecho de las empresas organizadas, propuesta por Kesner y apoyada principalmente por Weiland y Mossa.

Así pues, el maestro Rodríguez concibe al derecho mercantil “como el derecho de los actos en masa realizados por las empresas”.<sup>10</sup>

Se determina como el derecho de los actos en masa porque de acuerdo a Heck, sólo el ejercicio repetido de una acción en masa, produce en general efectos importantes de adecuación interna y externa. Esto lo podemos apreciar dando lectura al artículo 75 de nuestro Código de Comercio, ya que todos los supuestos contenidos en el artículo, hacen referencia a actos que en práctica de la vida comercial del país implican operaciones en masa y respecto de las cuales la realización ocasional o aislada apenas si tiene trascendencia jurídica y económica.

A su vez, se determina como el derecho de las empresas organizadas, ya que en nuestra economía capitalista el papel desempeñado por los individuos aislados carece de importancia en comparación con las cifras gigantescas que representa la intervención de las empresas sociales. Fundamenta tal criterio el hecho de que en la práctica las operaciones de crédito, los seguros, el transporte, la fianza, las múltiples operaciones en la vida comercial, se han transformado en operaciones de empresa y sólo de empresa.

---

<sup>10</sup> RODRIGUEZ RODRIGUEZ, Joaquín.- Curso De Derecho Mercantil ,Tomo I. Editorial Porrúa. 19ª edición. México 1988. Pág. 13.

Sin embargo para que dicha definición fuera acogida por nuestro sistema jurídico, sería necesario puntualizar una serie de aspectos, traducidos en los siguientes puntos:

“El derecho mercantil no es el derecho de una clase profesional, sino el derecho de las empresas, en lo que concierne a su organización y el de los actos que pertenecen al tráfico profesional de las mismas.

- a) El derecho mercantil no debe de ocuparse de los actos aislados de comercio.
- b) Los actos aislados u ocasionales deben de ser abandonados al campo del derecho civil.
- c) Es comerciante, el que es titular de una empresa mercantil, ya se trate de una persona física o sociedad.
- d) Las sociedades que adoptan formas mercantiles son consideradas como comerciantes, porque su organización implica la existencia de una empresa.
- e) Todos los titulares de empresas mercantiles deben inscribirse ante el Registro Público de Comercio.
- f) El derecho mercantil solo debe de ocuparse de regular aquellas operaciones jurídicas realizadas en masa por las empresas mercantiles.
- g) Es indispensable recoger en el derecho mercantil las operaciones jurídicas que se realizan sobre las empresas y consagrar de un modo explícito el principio de conservación de la misma, el de la unidad de trato y el de la variabilidad de sus elementos sin que afecte ello a la unidad económica de la empresa y a la protección de los elementos que la integran.
- h) El derecho mercantil debe de ocuparse de organizar un régimen adecuado a las situaciones de insolvencia teniendo en cuenta los siguientes principios:
  - 1. La empresa, aunque sea de carácter privado significa un interés colectivo;

2. La quiebra, como fenómeno económico, no interesa sólo a los acreedores y al deudor, sino que es una manifestación económica jurídica en la que el Estado tiene un interés preponderante y fundamental;
3. La empresa representa un valor objetivo de organización, la conservación de la empresa debe de ser norma directa fundamental en la regulación de la quiebra y para ello deben facilitarse los medios de evitar la declaración de la misma y una vez declarada ésta, se debe hacer posible su conclusión mediante convenios que pongan fin a la quiebra con el mantenimiento de la empresa.”<sup>11</sup>

La definición vertida anteriormente, resulta eficaz y novedosa, siempre y cuando se llevaran a la práctica los puntos necesarios para su funcionamiento.

No obstante, cabe señalar que no es necesario modificar la esencia fundamental de la concepción de los actos mercantiles, para obtener una definición válida de derecho mercantil, cuanto más, si tenemos en cuenta que el mismo no se limita solamente a los actos de comercio y a los actos masivos realizados por individuos o sociedades.

Por lo tanto, cualquier definición de las que quedaron asentadas inicialmente nos es útil, ya que por la mutabilidad del derecho mercantil y su constante evolución es imposible obtener un concepto básico del derecho mercantil válido para todos los tiempos. Todos los conceptos serán correctos, pero solo para un momento y una época determinada, dependiendo de la concepción general que se tenga en ese tiempo del derecho mercantil.

---

<sup>11</sup> Ibidem, Pp. 13-14.

## 1.2. Antecedentes

El hombre en su constante afán de evolución, asumió desde su origen una actitud de incansable combatiente frente a un medio que le fue siempre hostil. Pero antes de pensar en resolver los problemas que le planteaba la convivencia con sus semejantes, derivados de la integración de los primeros grupos sociales, el hombre no pudo sustraerse a una áspera y cotidiana lucha por su propia subsistencia, para lo cual tuvo que hacer valer su ingenio y su calidad de ser racional.

El individuo al evolucionar, en su búsqueda de satisfacer sus necesidades primarias, encontró apoyo en la unión con sus semejantes, obteniendo así fácilmente los medios para subsistir y mayor protección individual; el desarrollo del conocimiento a través de la investigación científica y el uso de la tecnología, son el reflejo de su evolución, desde el tiempo en que se sirvió de la recolección de frutos silvestres para satisfacer sus necesidades más urgentes, hasta la fabricación en nuestros días de alimentos artificiales en comprimidos; desde el uso de las más rudimentarias herramientas, hasta los más complicados mecanismos electrónicos, en fin, han desfilado acontecimientos de gran trascendencia científica y se han ensayado por convicción y mayormente por fuerza, multitud de nuevas y complejas doctrinas e ideologías.

El fenómeno económico no ha permanecido al margen de este avance, es más, se podría incluso aseverar que este ha sido uno de los pilares de dicha evolución, ya que nadie puede negar la importancia del comercio en el desarrollo de nuevas y más rápidas formas de comunicación, además de los descubrimientos derivados de esta actividad: la invención del crédito, como fuerza

creadora de la riqueza, el invento del dinero y de la personalidad jurídica de las sociedades mercantiles, han permitido avances que de otra forma no se hubieran podido obtener, sin ellos, podríamos afirmar categóricamente que nunca se habría concretado el proyecto para los viajes espaciales.

Y sin embargo, a pesar de los grandes beneficios que se han aportado a la humanidad en su nombre, el comercio ha sido a su vez el motor de la producción de armas de destrucción masiva y de conflictos entre los Estados, que so pretexto de motivos religiosos o nacionalistas han desatado guerras y devastado gran parte de nuestro mundo.

### **1.2.1. Marco histórico**

El nacimiento del comercio y del derecho mercantil, no fueron de ninguna manera ligados, y de ninguna forma estuvieron cerca de coincidir históricamente, cientos de años transcurrieron después del origen del comercio para que se dieran en las civilizaciones más avanzadas de entonces, los primeros vestigios de derecho mercantil.

El derecho mercantil, como producto tardío del derecho privado, nace en la Edad Media, como consecuencia de un esquemático e insuficiente derecho civil, que no cubría en absoluto las necesidades de los comerciantes.

Su nacimiento se da en Italia, en el seno de los gremios y de las corporaciones de los comerciantes matriculados, como un medio para regular el intercambio de mercaderías entre plazas y mercados distintos, pero

principalmente como un vehículo para la solución de problemas y diferencias que pudieran surgir de tales relaciones.

Así pues, dice Barrera Graf: “el derecho mercantil nació como un derecho especial (no excepcional), frente al común o general que era y seguiría siendo el derecho civil; como un derecho profesional (de los comerciantes); de carácter consuetudinario y uniforme, por regular solemnemente y en todas partes, iguales necesidades y similares relaciones de los mercaderes. Era el derecho creado por los propios comerciantes, para regular las diferencias surgidas en razón del trato o comercio que profesionalmente realizaban”.<sup>12</sup>

Sin embargo, aunque el Derecho Mercantil no figuraba como una rama independiente del derecho, esto no quiere decir, que en épocas anteriores no existieran preceptos o reglas de exclusivo contenido comercial.

### **1.2.1.1 Origen del comercio.**

El hombre, al igual que los demás seres que habitan nuestro planeta, posee y realiza en mayor o menor medida ciertas aptitudes, conductas y capacidades afines, como su capacidad de comunicarse, su capacidad de adaptación y modificación del medio para su supervivencia, el hecho de que pueden esclavizar a otros seres en su beneficio, y que son capaces de hacer la guerra, etc.; sin embargo, posee también cualidades propias y exclusivas derivadas de su propia naturaleza, que lo diferencian de los demás entes vivientes, una de ellas es la capacidad de realizar actividades comerciales.

---

<sup>12</sup> BARRERA GRAF, Jorge.- Instituciones De Derecho Mercantil. Editorial Porrúa. Tercera reimpresión. México, 1999. Pág. 3.

El comercio es una actividad exclusiva y esencialmente humana, al no existir otro animal sobre la tierra que pueda comerciar. Tal situación se explica porque la existencia de dicha actividad supone una consideración de valores, y la calidad humana se distingue de la simplemente animal por ser valorativa; el hombre es un sujeto de relación social que aspira a los valores y busca su realización. Por eso trata de enriquecer el mundo incorporando y tratando de realizar las nociones de justicia, libertad, belleza. Y como para satisfacer sus necesidades requiere de bienes que no tiene a su inmediato alcance, los cambia por otros, orientando dicho cambio con un sentido de valor de los bienes. Y es precisamente en ese cambio de satisfactores en que consiste el comercio.<sup>13</sup>

En los albores de la humanidad, el hombre tomaba de la naturaleza todos los satisfactores que le eran indispensables para cubrir los requerimientos que su propio ser le exigía; se integró en grupos sociales nómadas, es decir, que no permanecían en un solo lugar por mucho tiempo, sino que viajaban durante toda su vida, situación que no les permitía crear sus propios artículos de consumo, vivían de los animales que cazaban, y de los frutos y semillas que recolectaban a su paso. Intercambiaban ocasionalmente algunos de los objetos que poseían, tales como armas, pieles, alimentos, por otros que le eran indispensables a través del *trueque*, el cual era directo de propietario a propietario, entre los miembros de distintos grupos, y aunque en sí mismo no podría ser llamado como mercantil, tiene como consecuencia inmediata el comercio.

Pero no es hasta que estos grupos se vuelven sedentarios, que se crean técnicas para la producción y almacenamiento de los bienes producidos, dando

---

<sup>13</sup> Cfr. CERVANTES AHUMADA, Raúl.- "Derecho Mercantil 1er Curso". Editorial Porrúa. 3ª reimpresión. México 1980. Pág. 2.

lugar a la división del trabajo y creándose de esta forma excedentes en la producción que eran igualmente intercambiados por otros bienes, incrementándose significativamente esta actividad, que permitía a su vez el establecimiento de relaciones entre las tribus para el intercambio de dichas mercancías, así, los que eran excelentes cazadores podían intercambiar pieles o armas a los que producían objetos de barro, etc.

Cabe señalar que aún en ese momento, no se desarrollaba una actividad propiamente comercial, tal y como la que conocemos hoy en día, y aunque el trueque, se volvió cada vez más recurrente, no es hasta que el hombre comenzó a intercambiar bienes o cosas, pero no para consumirlos sino para cambiarlos por otros, que nace la figura del comerciante y del comercio moderno.

### **1.2.1.2 Edad antigua**

Los gérmenes más remotos de este derecho, provienen de principios e instituciones que datan del 2000 A.C. cuando grandes pueblos como Asiria, Fenicia, Babilonia, Grecia, Rodas, Persia y Egipto habiendo alcanzado un alto nivel de prosperidad, se regían ya por ordenanzas mercantiles. Se cree que la más antigua legislación que contiene disposiciones de carácter mercantil sea el Código de Hammurabi, escrito en Babilonia en tabletas de arcilla alrededor del 2000 A.C., que contenía 285 textos sobre derechos personales, derechos reales, comercio, familia, indemnización por daños y perjuicios y legislación del trabajo. En lo referente a la materia comercial trataba del préstamo a interés, el contrato de sociedad, el depósito de mercancías y el contrato de comisión.

Los Persas con sus expansiones territoriales fomentaron el comercio asiático y aumentaron el número y seguridades de las comunicaciones, estableciendo ciertos mercados regulares.

La actividad comercial de los fenicios dio nacimiento a las modalidades sociales de los puertos y las factorías; así como la regulación del comercio por medio de tratados, que contribuyeron en gran parte a la iniciación del crédito. Fueron factor importante en el desarrollo del mediterráneo, fundaron los principales puertos y colonizaron algunos más. Creta, Chipre, Rodas, Menfis, Tiro, Creta eran los ejes sobre los que giraba la economía en esa época, teniendo todos amplia influencia del pueblo fenicio. Su poder económico consistía en no sólo comerciar sus productos, sino producirlos.

En cuanto a las primeras leyes de carácter mercantil, éstas nacieron para resolver los conflictos que se suscitaban en el intercambio de mercancías, principalmente en lo que se refiere a la transportación de las mismas y a su producción en un país o reino determinado. Es por ello que no resulta difícil entender porque las mismas hacen referencia a actividades marítimas.

De entre todas las ordenanzas mercantiles de la edad antigua sobresalen las denominadas Leyes Rhodias, que deben su nombre a la isla habitada por un pueblo heleno, sometido por los fenicios, Rodas (*Rodhos*), donde la legislación referente al comercio marítimo alcanzó gran perfección, y que a través de su incorporación al derecho romano, han ejercido un influjo que perdura hasta nuestros días. La más famosa de todas las ordenanzas de Rodas fue sin duda alguna la *Lex Rhodia de lactu*, precursora de la reglamentación de la avería (que incluye a la echazón, es decir, la protección a los dueños de las mercancías que

en un momento de peligro se hayan echado al mar para la protección del navío, a través de la distribución de dichas pérdidas entre todos los interesados en la suerte del buque, como los dueños de las mercancías que fueron salvadas), de préstamo a cambio marítimo, del seguro.

Los griegos por su parte, con su expansión colonial y su comercio, propiciaron la generalización del uso de la moneda acuñada. Realizaban intenso comercio interno e internacional y había entre ellos comerciantes especializados en la banca. A ellos se debe la invención del préstamo a la gruesa, que requiere una mención especial, llamado *Foenus Nauticum*, el cual se constituye como el más remoto antecedente de las sociedades personales actuales, y que consistía en una operación de crédito en cuya virtud un capitalista, entregaba un objeto de valor, generalmente dinero, a un empresario marítimo, con la obligación de rembolsar y pagar cuantiosos intereses si el viaje resultaba satisfactorio y sin obligación alguna en el caso de que éste fuera ruinoso.

Los hindúes por su parte también desarrollaron algunas instituciones de derecho mercantil, y aunque su derecho era bastante disperso, por la dificultad de las comunicaciones, (cada región de la India tenía sus propias leyes, denominadas, *dharmasastras*, que eran textos métricos que contenían los deberes y reglas de casta), ha llegado a nosotros una compilación muy importante, conocida como las Leyes de Manú. Los historiadores no se ponen de acuerdo acerca de la antigüedad de dicho ordenamiento, se dice, que su época de codificación data del 800 al 200 a.c., sin embargo la verdadera antigüedad de las leyes, como costumbre, propiamente data del 2000 a.c., y en eso radica principalmente su aceptación entre los *munis* (sabios) hindúes, ya que no se trataba de un ordenamiento improvisado, reconstruía y daba fuerza de Ley a

situaciones de hecho que eran regidas por la costumbre, que tal y como reconoce Manú “es la Ley suprema, declarada tal por la revelación y por la tradición.”

El Código de Manú, como también se le conoce, hace referencia a la profesión de comerciante, destacándola como una actividad honrosa y reglamenta algunas instituciones comerciales, como la compraventa de mercancías provenientes de ultramar, las que se consideraban válidas aunque la cosa vendida no hubiere sido propiedad del vendedor.

También los chinos tuvieron gran estimación por la actividad mercantil. En China funcionaban los tribunales de comercio desde tiempos inmemoriales, tal y como lo señala Marco Polo (1254-1324) al referirlo que siglos antes de su visita, existían allí tanto el papel moneda como las letras de cambio.

### **1.2.1.3. Roma**

De acuerdo a Goldschmidt, Roma alcanzó durante su plenitud, una importancia tan grande que no fue superada sino a partir del siglo XVIII de nuestra era. A pesar de ello en el derecho romano no existió un derecho mercantil separado del *ius civile* o del *ius gentium*;<sup>14</sup> los historiadores al tratar de explicar tal situación, argumentan el desprecio por parte de los romanos hacia la actividad comercial, aseveración que no resulta del todo cierta, ya que no es exacto que los romanos profesaran de manera general aversión al comercio, sino sólo al comercio a pequeña escala, de acuerdo a textos de Cicerón.

---

<sup>14</sup> Cfr. BARRERA GRAF. Instituciones De Derecho Mercantil. , pág. 51.

La verdadera razón de la inexistencia de un derecho mercantil autónomo en el Imperio Romano, la encontramos en la flexibilidad de su derecho pretorio. Recordemos primeramente que las primeras disposiciones de derecho comercial romano pertenecían al *ius gentium*, ya que el ejercicio del comercio no se consideraba actividad exclusiva de los ciudadanos, sino que era permitido a los extranjeros que iban a Roma o estaban domiciliados en ella, por lo que de los problemas que surgieran respecto de esta actividad, debían conocer los *praetores peregrinus*, que eran jurisconsultos romanos que con el pretexto de interpretar la Ley, la modificaban sin cesar para amoldarla a nuevos fenómenos sociales y mantenerla así en constante renovación, a la par de las costumbres. Esa cualidad de flexibilidad que los *praetores* le otorgaban a la ley era suficiente para regular la actividad mercantil sin necesidad del establecimiento de normas especialmente destinadas a reglamentar dicha actividad.

De acuerdo a Hamel y Lagarde, se pueden señalar en el ordenamiento romano tres clases de instituciones comerciales:

I.- Las que no se limitaban a una profesión determinada, como la *actio institoria*, que, contrariamente al derecho civil general, que desconocía la representación, permitía a los terceros que habían realizado un negocio comercial con personas *alieni iuris*, como los esclavos o hijos de familia, exigir el pago directamente del dueño del esclavo o del *paterfamilias*.

II.- Las instituciones especiales de derecho marítimo formaban el segundo grupo. En ellas podemos señalar las importadas de los pueblos griego y fenicio, como son el *nauticam foenus* y la *Lex Rhodia de lactu*; así como algunas instituciones romanas originales, como la *actio exercitoria*, por medio de la cual el armador o

propietario de una nave (*exercitor*), que no la dirigía personalmente, debía responder de los actos y contratos celebrados por el capitán de la nave (*magíster navis*), quien era nombrado por dicho armador, generalmente en la persona de su hijo, su empleado o su esclavo; o la *receptum nautarum, cauponum. Stabulariorum*, por la cual se obligaba al armador (*nautares*) a responder de las pérdidas y de los daños sufridos por las mercancías y los equipajes recibidos a bordo del navío, salvo que dichos daños o pérdidas derivaran de hechos propios del cargador o del pasajero. El edicto pretorio que establecía esta responsabilidad fue extendido posteriormente, imponiéndose la obligación de custodia y la misma responsabilidad a los hosteleros y mesoneros (*caupones y stabularii*)

III.- El tercer grupo lo formaban las instituciones del derecho bancario romano. El ejercicio de la banca era desempeñado por los *argentarii* o cambistas y por los *numulari* o banqueros propiamente dichos. Su actividad, según textos de *Ulpiano*, estaba sometida al control estatal, bajo la autoridad del *preafectus urbi*. Entre las instituciones típicas del derecho bancario romano, podemos señalar la *receptum argentariorum*, por medio de la cual el banquero se obligaba frente a un tercero, a pagar la deuda de su cliente; y la institución del *Liber accepti et depensi*, o sea, nada menos que el invento de la contabilidad mercantil, que la vida comercial debe a los banqueros romanos.<sup>15</sup>

#### 1.2.1.4. Edad media

A la caída del imperio romano y debido a las luchas que se daban entre los pueblos, hubo una decadencia generalizada de las actividades comerciales e

---

<sup>15</sup> Cfr. CERVANTES AHUMADA, Op. Cit. Pág. 5.

industriales, la organización feudal extremadamente localista y autosuficiente fue factor preponderante para el estancamiento del comercio.

La creación de los “mercados”, como lugares públicos para la transacción de mercancías; el cambio de política de las Villas, que dio lugar al nacimiento de las ciudades; y el acaecimiento de las cruzadas, que abrió las vías de comunicación con el cercano oriente; impulsaron nuevamente las operaciones mercantiles, fomentando un intercambio de productos de los distintos países europeos, creándose importantes centros comerciales como Venecia, Génova y Florencia.

Es precisamente en el seno de las ciudades medievales donde nace el derecho comercial, principalmente de las italianas, con el florecimiento del comercio urbano y de la actividad económica general. Se manifestó primeramente como un derecho profesional que sólo cubría y amparaba a los mercaderes que vivían del comercio, haciendo de éste una ocupación ordinaria así como un derecho autónomo frente al derecho común y las normas dictadas por la autoridad política.

Los comerciantes, pequeños y medianos efectuaban operaciones comerciales dentro de las plazas y fuera de ellas, comerciando con provincias lejanas, realizando actividades al por mayor, obteniendo grandes ganancias, con las cuales financiarían tiempo después a reyes y emperadores para las guerras y conquistas.

En el aspecto político hacía falta un poder suficientemente fuerte e ilustrado que pudiese dar leyes con validez general y que resolvieran de modo adecuado los problemas creados por el auge mercantil.

Esta misma debilidad del poder público dio lugar a que las personas dedicadas a una misma actividad se agruparan para la protección y defensa de sus intereses comunes, surgen así los gremios y corporaciones de comerciantes, los cuales estaban presididos por uno o más cónsules a quienes de ordinario asistían dos consejos: el *consilium minus* y el *concilium maius* o *generale* y se regían por estatutos escritos. Varias eran las funciones de los gremios: organizaban y presidían las ferias y mercados; enviaban cónsules al extranjero para proteger a los asociados y asistirlos en caso de infortunio y enfermedad; protegían la seguridad de las comunicaciones y, por último, como función importantísima, dirimían las contiendas que pudieran surgir entre los socios, para lo cual establecieron tribunales que no aplicaban las normas de derecho común, sino los usos y costumbres de los mercaderes.

Las normas consuetudinarias, los estatutos de estas corporaciones y las decisiones de los tribunales consulares dieron nacimiento a importantes colecciones de normas jurídicas, las cuales fueron codificadas en las plazas de comercio de mayor significación.

Por su importancia debemos citar entre esas compilaciones a las siguientes:

El consulado del mar, de origen barcelonés aplicado en todos los puertos del mediterráneo occidental, en el siglo XIV, que fue creado por las hermandades

y universidades, como se denominaba a las agrupaciones de profesionales en España, de aquella localidad.

Los Roolles de Olerón, de origen francés, que datan del siglo XII, el cual recogió decisiones de comercio marítimo en la costa atlántica francesa, particularmente en el Golfo de Vizcaya y que tuvieron notable importancia para el derecho marítimo, al parecer obra de un escribano del tribunal marítimo de la isla de Olerón, de la que recibe el nombre.

Las leyes de Wisby, que propiamente eran una adaptación y traducción de los Roolles de Olerón, y que regulaban el comercio en el mar báltico, obra de los negociantes y patrones barcos de esa isla.

El *guidon de la mer* (gallardete del mar) creado en Rúan, que no es, a diferencia de las anteriores, una exposición integral concerniente al derecho marítimo, pues que contiene reglas sobre el seguro marítimo principalmente.

Los *capitulare nauticum*, de Venecia (1255).

En España, bajo el poder los árabes, el Fuero Juzgo y el privilegio General de Aragón, fueron otras importantes reglas para el comercio (siglo XIII)

En Inglaterra la Carta Magna de Juan sin Tierra, en 1215, la *Carta Mercatoria* y el edicto de los comerciantes, en 1285, fueron obras muy importantes.

Los consulados Italianos crearon las *Consuetudini* de Génova en 1056, el *Constitutum usus* de Pisa en 1161, el *Liber Consuetudinum* de Milán en 1216 y la tabla amalfitana entre el año 1100 y el 1300.

No debe restarse importancia tampoco a las ferias medievales, que a partir del siglo XII tuvieron gran auge en Europa, mismas que contribuyeron en la formación y fijación de los usos y costumbres mercantiles, destacándose aquellas que regulaban el tráfico marítimo. De entre las cuales sobresalen las de París, Champagne, Montpellier y Lyon en Francia, las de Francfort en territorio germano, las de Florencia y Nápoles en Italia, las de Brujas, las de Ninji—Nogovorov en Rusia y en España las de Medina del Campo, por su carácter internacional.

En el mar báltico los peligros de la navegación ocasionados por la piratería, dieron origen a las ligas y asociaciones comerciales, tales como la liga del Rin, la liga de Suavia y la más poderosa de ellas, la liga Hanseánica o Hansa Teutónica, que llegó a abarcar más de cien ciudades. Estas ligas tenían por objeto la protección del comercio contra los ataques de los piratas y señores feudales, así como la negociación de tratados comerciales.

#### **1.2.1.5. Época moderna y contemporánea.**

Dos acontecimientos marcan el inicio de la era moderna, mismos que revolucionaron por completo el mundo antiguo y por supuesto el comercio: el descubrimiento de América y el paso hacia las Indias orientales a través del Cabo de Buena Esperanza. La actividad comercial abandona entonces el Mediterráneo, propiciando el decline de los puertos comerciales italianos y ofreciendo oportunidad a los Estados Occidentales (España, Portugal, Francia, Holanda y

Gran Bretaña), quienes pasan a ocupar un lugar de privilegio en los dominios del comercio.

Diversos fueros, bandos, edictos y ordenanzas, fueron dictados entonces para resolver los problemas mercantiles, resaltando la importante labor realizada en Francia y España, toda vez que ambos países se preocuparon en mayor medida por encausar el nuevo movimiento mercantil y de protegerlo por medio de leyes.

Con este espíritu fueron creadas las ordenanzas de Colbert en Francia a fines del siglo XVIII. La primera de ellas, la “Ordenanza de Comercio”, de marzo de 1673, trata del comercio terrestre y la segunda, la “Ordenanza del Comercio Marítimo”, de agosto de 1681, versa sobre el derecho del mar, siendo ambas verdaderos códigos de derecho mercantil que a la postre se convertirían en fuente de inspiración para la creación del actual Código de Comercio Francés. La importancia de las ordenanzas de Luis XIV, como también se les conoce, estriba, sobre todo, en la sistematización de los principios y reglas esparcidas en innumerables fuentes legislativas y doctrinales.

En España, los consulados expidieron también ordenanzas de gran trascendencia sobresaliendo las de Burgos, en el siglo XV, del mismo nombre, confirmadas por Don Carlos y Doña Juana el 18 de septiembre de 1538, las cuales trataban materias tanto de derecho mercantil marítimo como terrestre, regulando mayormente lo referente a los seguros y las averías.

El Consulado de Sevilla, instituido en 1539, formó las ordenanzas de 1554, aprobadas por Carlos I, regulando primordialmente lo relativo al seguro.

Sin embargo, las ordenanzas que más importancia tuvieron durante esa época, son las expedidas por la Universidad y Casa de Contratación de Bilbao, tanto por constituir un Código dedicado exclusivamente a la materia mercantil, como porque su vigencia y aplicación se extendieron a toda España y a las Colonias de ésta, como veremos más adelante. Estas ordenanzas las podemos ubicar durante tres periodos distintos, por lo que se les ha clasificado en tres etapas: la primitiva, la antigua y la nueva. Las ordenanzas primitivas fueron redactadas en 1459 por el fiel de los mercaderes, con intervención y consentimiento del corregidor. Las antiguas, formadas ya por el consulado (jurisdicción obtenida por los bilbaínos en 1511), fueron confirmadas por Felipe II el 15 de diciembre de 1560 y adicionadas a fines del siglo XVIII... las nuevas, más conocidas y perfectas, formadas por una junta nombrada por el prior y cónsules y revisadas por una comisión que designó al efecto, recibieron la confirmación de Felipe V el 2 de diciembre de 1737, conocidas con el nombre de *Ordenanzas de la Ilustre Universidad y Casa de Contratación de la muy noble y muy leal Villa de Bilbao*.

Las ordenanzas de Bilbao se dividen en 29 capítulos (con 723 números). Y además de contener disposiciones relativas a la jurisdicción del consulado, el régimen interior de la corporación y a la policía del puerto y de las naves, regulan todas las instituciones del comercio en general, del terrestre y del marítimo, llenando cuantos vacíos existían en materia de letras de cambio, comisión, sociedades, contabilidad y quiebras.

En Suecia por su parte, el Rey Carlos IX expidió en 1667 una codificación y en Dinamarca el Rey Cristián V expidió en el año de 1683.

El Código denominado “Derecho Territorial del Estado Prusiano” (*Allgemeins Landsrecht*) de 5 de febrero de 1794, fue realmente la primera codificación completa de Derecho Mercantil en el mundo. Complementándose el 24 de diciembre de 1794, cuando se expidió la “Ley Judicial General de los Estados Prusianos”, que contenía preceptos sobre procedimiento en cuestiones mercantiles marítimas, derecho cambiario y sobre seguros y concursos.

Pero no fue hasta el siglo XIX cuando el Derecho Mercantil se codificó formalmente en los principales Estados Europeos, con exclusión de Inglaterra; en Francia se inició este proceso de codificación a través de la redacción y promulgación del Código de Comercio Napoleónico del año 1807, cuya aplicación se extendió a todos los países conquistados por Napoleón, influyendo incluso en la corriente legislativa de dichos países en épocas posteriores.

Este Código cambia radicalmente el sistema del derecho mercantil, al modificar las bases esenciales de la materia, no se trataba ya de un derecho de una clase determinada –los comerciantes— sino un derecho regulador de un tipo específico de actos: los actos de comercio. Cambia el fundamento, hasta entonces subjetivo del derecho comercial, a una base objetiva, que deriva de la naturaleza intrínseca de los actos a los que se aplica. Sin que esto implicara que dejara de influir el elemento subjetivo, ya que se seguían presumiendo como mercantiles los actos realizados por los comerciantes, pero sin importar ya la pertenencia a un gremio o la inscripción en una matrícula de mercaderes.

En ese entonces las ordenanzas expedidas por los consulados españoles, resultaban ya anticuadas para los problemas que traía la modernidad, por lo que se promulgó, en el año de 1829, por Fernando VII, el nuevo Código de Comercio

Español, cuya creación y redacción se debe al jurista español, Pedro Sáinz de Andino, superando incluso al Código de Comercio francés, al regular materias omitidas o defectuosamente tratadas en éste.

Durante el siglo XIX, bajo la influencia legislativa francesa, los demás Estados Europeos, crearon a su vez sus propios Códigos de Comercio, cobrando mayor relevancia el Italiano de 1882, cuya aportación radica en haber ampliado el concepto jurídico de comercio, tanto por calificar de mercantiles mayor número de actos que la ley francesa, como por ser su enunciación puramente ejemplificativa y por lo tanto, susceptible de ampliarse por analogía, a diferencia de su antecesor, cuyo carácter taxativo impedía su ampliación y lo volvía estático.

Para el año de 1900, el Imperio Alemán, creó su nuevo Código de Comercio, cambiando radicalmente la postura adoptada en su Código de Comercio de 1861, de influencia napoleónica, regresando al carácter subjetivo que caracterizó en un principio a nuestra materia. Este Código regulaba sólo los actos realizados por comerciantes y no así a los actos de comercio aislados. Dicha postura causó gran polémica en la esfera jurídica internacional, obteniendo por un lado, halagos y alabanzas y por otro rechazo, al considerar la postura del legislador alemán como retrograda.

La actitud adoptada por los legisladores Suizos es de especial mención, ya que para ellos no había una justificación real para hacer una distinción entre la materia mercantil y la civil, por lo que carecían de un Código de Comercio, incluyendo todas las disposiciones relativas al comercio dentro de su Código Federal de las Obligaciones, promulgado en 1881. El ejemplo de Suiza fue

seguido por otras naciones como Italia, Polonia y Líbano, y otras más como Holanda, Brasil y Francia mostraron su aceptación a la nueva corriente.

#### **1.2.1.5.1 México.**

Los antiguos imperios prehispánicos, tenían especial consideración al comercio, al cual se le debe un lugar destacado dentro de la organización política para los comerciantes; a los que se les conocía con el nombre de pochtecas, cuya importancia económica trascendía a su vez a la esfera política. Tenían una especie de corporación, con un jefe que era un funcionario muy respetado y poseían también tribunales especiales, que dirimían las controversias entre comerciantes. Algunas de sus figuras comerciales, como los tianguis, siendo el más famoso el ubicado en Tlatelolco, aún perduran en nuestros días.

El descubrimiento de América y la Conquista trajeron consigo la aplicación de los ordenamientos españoles de la época, en los nuevos territorios.

En el año de 1494, los reyes católicos concedieron el poder por conocer y resolver las diferencias entre los mercaderes, a la Universidad de Mercaderes de la Ciudad de Burgos. Para ese entonces apenas y se había hecho el descubrimiento de América, por lo que no pudo ejercer sus facultades en el nuevo continente. Para 1511, se concedió análogo privilegio a la Villa de Bilbao, más sin embargo, no fue hasta 1539, una vez consumada la conquista de México, que los consulados influyeron en la vida comercial del nuevo mundo, recayendo esta facultad jurisdiccional en la Casa de Contratación de Sevilla, la cual ejercía el monopolio del comercio en las Indias, y que contaba como anexa a la Universidad de Cargadores de las Indias, de reciente creación.

Para el año de 1581, los mercaderes de la ciudad de México, perteneciente a la Nueva España, constituyeron su propia universidad, autorizada por Felipe II en 1594, y la cual en un principio sólo acataba las ordenanzas de Burgos y Sevilla, pero muy pronto le fueron conferidas facultades legislativas y en el año de 1604, Felipe III, aprobaba ya, las ordenanzas del Consulado de la Universidad de Mercaderes de la Nueva España, cuya competencia se extendió a las provincias de la Nueva España (Nueva Galicia, Nueva Vizcaya, Yucatán, Guatemala y Soconusco) y que versaba sobre cuentas de compañías, consignaciones, fletamentos y seguros, riesgos, averías, daños, quiebras, fletes y otras contrataciones tocantes y convenientes a dicho comercio.

Cabe señalar que las ordenanzas de Burgos y Sevilla no tuvieron vigencia alguna en México, aún cuando así lo ordenaba el Consulado de México, aplicándose en su lugar las Ordenanzas de Bilbao, ordenamiento más completo y técnico que los anteriores, y que poseía como cualidad especial el sólo regular la materia mercantil.<sup>16</sup>

Por la importancia que habían adquirido algunas ciudades en el comercio del Virreinato, como Guadalajara y Puebla, pero primordialmente el puerto de Veracruz, fueron creados en dichas ciudades diversos consulados, aunque no tuvieron demasiada trascendencia en la vida jurídica colonial.

El rey Carlos II dictó el 18 de mayo de 1680, la Recopilación de Indias o Leyes de Indias, misma que ordenó todas las materias jurídicas para las colonias españolas, y mantuvo el respeto por el orden de prelación de los textos hispanos, establecido por las Leyes del Toro y el Ordenamiento de Alcalá: en primer lugar el

---

<sup>16</sup> Cfr. *Ibidem*, Pág. 72.

derecho indiano (Leyes de Indias, ordenanzas de los consulados locales y reglamentos de éstos); en segundo lugar la Nueva Recopilación, sustituida a su vez por la Novísima recopilación en 1805 y por último las Siete partidas.

Aún cuando ya se había consumado la independencia de México, las ordenanzas de Bilbao seguían teniendo aplicación en el territorio nacional. Esta situación cambió a partir de 1824, cuando fueron suprimidos los consulados y se dispuso, por decreto, que de las controversias del orden mercantil debería conocer el Juez común, asistido, por supuesto, por dos colegas comerciantes.

Diversas leyes y reglamentos fueron creados entonces para regular el comercio en el México Independiente: en mayo de 1832 se promulgó la Ley sobre derecho de la propiedad de los inventores o perfeccionadores de algún ramo de la industria; en julio de 1842 se crearon tribunales especiales que conocían de las causas mercantiles así como las Juntas de fomento, que protegían los intereses del comercio; en ese mismo año se dictó el Reglamento de Corredores; y en 1853 se creó la Ley sobre Bancarrotas, entre las más importantes.

México no contó con un Código de Comercio, sino hasta 1854, cuyo trabajo de elaboración fue encomendado por el presidente Santa Anna, al reconocido jurisconsulto Teodosio Lares, quien se encargaba entonces del Ministerio de Justicia, Negocios Eclesiásticos e Instrucción Pública. Este Código, conocido también como Código Lares, en justo homenaje a su autor, constaba de 1091 artículos y aunque no constituía propiamente una innovación en el ámbito jurídico mundial, regulaba sistemáticamente el comercio en México, gracias a la inspiración del autor en los modelos europeos, y cabe señalar, era notablemente superior a las viejas ordenanzas.

Los problemas internos que vivía nuestra nación, que ocasionaron el derrocamiento del gobierno santaanista, al triunfar la Revolución de Ayutla, provocaron a su vez la inaplicabilidad del Código de Lares. Lo anterior se debió a las facultades que la nueva Constitución de 1857, concedía a las Entidades Federativas, para legislar en materia de comercio, por lo que no es de esperarse que algunos de los Estados crearan sus propios Código de Comercio locales, inspirados algunos en el Código de Lares.

La facultad para legislar en materia de comercio, pasó de nuevo al ámbito federal por reforma hecha el 14 de diciembre de 1883, a la fracción X del artículo 72 de la constitución. Y bajo esta potestad se elaboró un nuevo Código de Comercio, basado esencialmente en el Código español de 1885 y el código italiano de 1882, además del Código belga de 1867 y el argentino de 1859. Este Código entró en vigor el 1º de enero de 1890 y su vigencia perdura en la actualidad.

Las facultades para regular la mayor parte de las materias originalmente comprendidas en el Código de Comercio de 1890, han sido sustraídas para conferírseles a leyes especiales, como la Ley de Títulos y Operaciones de Crédito de 1932, la Ley de sociedades Mercantiles, de 1934, la Ley sobre el contrato de seguro de 1935, la ley de quiebras y suspensión de pagos de 1942, abrogada por la nueva Ley de Concursos mercantiles, etc.

Algunas de las instituciones comprendidas por este código han sido radicalmente modificadas, otras tantas complementadas y muchas más desaparecidas, y sin embargo podemos afirmar aún regula los elementos constitutivos del derecho mercantil mexicano: el acto de comercio, el concepto y

las clases de comerciante, la regulación procesal de los juicios mercantiles, las obligaciones de los comerciantes y la regulación de las obligaciones comerciales y de los contratos mercantiles más usuales (compraventa, permuta, comisión, depósito mercantil, prenda, etc). Por lo que, aun cuando se han nombrado comisiones para redactar un nuevo anteproyecto de Código de Comercio, las modificaciones hechas al mismo en el transcurso del siglo pasado han sido suficientes para adaptarlo a la modernidad, sin que esto implique que no deje de ser obsoleto o deficiente al tratar algunas materias, y en un punto de vista personal, considero necesaria la redacción de un nuevo Código de Comercio mexicano, acorde con las políticas económicas adoptadas a nivel mundial, que garantice la salvaguarda de los intereses comerciales nacionales.

### **1.3. Ubicación y objeto del Derecho Mercantil**

Es necesario mencionar que las normas mercantiles se aplican a las personas que realizan los actos de comercio legalmente calificados como tales, y no a los actos en sí mismos, pues el destinatario de toda norma es la persona. Lo qué debe entenderse por acto de comercio, es un problema que los diferentes doctrinarios no han podido resolver de una manera definitiva y satisfactoria, por lo que encontrar un concepto único para definir esta figura jurídica ha resultado imposible.

La doctrina ha denominado al acto de comercio como “todo acto de intermediación en el cambio con ánimo de lucro”.

Otro concepto es el que da el Ministro de la Suprema Corte de Justicia Góngora Pimentel al señalar que es “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.<sup>17</sup>

Así también Joaquín Escriche, indica que son “las negociaciones, contratos y operaciones mercantiles que están comprendidas en las disposiciones del Código de Comercio”.<sup>18</sup>

Por otra parte el Maestro Rodríguez toma la tesis que concibe a los actos de comercio como aquellos realizados en masa por empresas.<sup>19</sup>

Se toman estas tres definiciones para observar lo disímulo que puede ser el concepto del acto de comercio y ninguna de éstas se han escapado de la crítica por los demás doctrinarios.

El derecho mercantil es una de las grandes ramas del derecho privado, aunque indiscutiblemente, en la actualidad participa de una gran cantidad de de normas de derecho público, como la regulación de la actividad bancaria, al procedimiento de concursos mercantiles y la propiedad industrial, entre otras y tiene por objeto proveer a la adecuada organización y protección de un amplio sector del sistema económico nacional; y es facultad del Congreso de la Unión, legislar en materia de comercio, de conformidad con la fracción X del artículo 73 de la Constitución General de República por lo que las leyes mercantiles tienen carácter federal.

---

<sup>17</sup> INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS. Diccionario Jurídico Mexicano. Tomo I Pág. 78.

<sup>18</sup> ESCRICHE Joaquín. Diccionario Razonado de Legislación y Jurisprudencia Editorial UNAM, México 1993

<sup>19</sup> Cfr. RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ, Joaquín. Ob.cit. Pág. 26-28

### 1.3.1 Marco jurídico

Cuando se habla del marco jurídico se establece la regulación por la cual el derecho mercantil esta sistematizado, al ser descodificado el código civil y crearse el código de comercio en 1889 surge de manera independiente lo que conocemos como derecho mercantil en nuestro país.

Sin embargo, este marco en donde se regula el derecho mercantil, se encuentra establecido en diversas fuentes legislativas.

Con el fin de separar y en consecuencia establecer con exactitud los términos de fuentes del conocimiento jurídico y las fuentes del derecho, es necesario hacer el siguiente comentario; las fuentes del conocimiento jurídico son aquellas a la que acude el estudioso de la ciencia del Derecho, para tratar de desentrañar los fenómenos que son materia de su proceso cognoscitivo, es decir, son todos aquellos instrumentos o medios que puede allegarse el estudioso del Derecho para acrecentar sus conocimientos y que pueden ser directas, en cuanto que permitan al sujeto el contacto entre el objeto de conocimiento y el sujeto en su intelecto, e indirectas, todas aquellas a través de las cuales y por otros medios por el cual el investigador obtiene su conocimiento inclusive por medio de glosas, comentarios, etcétera.

Por lo que respecta a las fuentes del Derecho, son aquellas circunstancias sociales que dan origen a una norma jurídica al margen de las numerosas clasificaciones que se han dado sobre ellas ( Reales, Formales e Históricas)

### **1.3.1.1 Fuentes**

Las fuentes del derecho mercantil, las menciona el maestro Garrigues de la siguiente manera: "La rubrica fuentes del derecho mercantil contiene una expresión equívoca, impuesta por la doctrina tradicional. No tratamos, en efecto, de las fuentes del derecho mercantil como modos o formas peculiares de manifestarse este derecho, sino de las normas (legales y consuetudinarias) relativas a la materia mercantil.

En consecuencia se debe de considerar como fuentes del derecho mercantil la legislación, la costumbre, usos, la jurisprudencia, y la supletoriedad del derecho común.

### **1.3.1.2 Legislación**

Como fuentes formales del derecho se señalan fundamentalmente la legislación, la costumbre y la jurisprudencia:

La Legislación es la fuente de mayor importancia en el derecho mercantil, suele definirse como el proceso por el cual los órganos competentes del Estado formulan leyes. Pero la ley entendida como la norma general, abstracta e impersonal, no sólo es la regla emanada del poder legislativo, sino que dentro de ese concepto debemos comprender también a los reglamentos y a los tratados Internacionales.

Así, son fuentes de derecho mercantil mexicano entre otras:

En cuanto a las leyes:

El Código de Comercio

La Ley General de Sociedades Mercantiles

La Ley General de Sociedades Cooperativas

La Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito

La Ley Monetaria de los Estados Unidos Mexicanos

La Ley de Instituciones de Crédito

La Ley General de Organizaciones y Actividades Auxiliares de Crédito

La Ley Sobre el Contrato de Seguro

La Ley Federal de Instituciones de Finanzas

La Ley de Concursos Mercantiles

La Ley del Fomento y Protección de la Propiedad Industrial

La Ley de Inversión Extranjera

La Ley Federal de Protección al Consumidor

La Ley General de Instituciones y Sociedades Mutualistas de Seguros

La Ley de Cámaras de Comercio y de la Industria.

La Ley de Correduría Pública

La Ley Comercio Exterior

La Ley de Navegación

La Ley Monetaria

La Ley del Ahorro Escolar

Nueva Ley de Instituciones de Fianzas

La Ley de Mercado de Valores

La Ley General de Deuda Pública

La Ley General de Crédito Rural

La Ley de Sociedades de Inversión

La Ley General de Organizaciones y Actividades Auxiliares del Crédito

La Ley de la Casa de Moneda de México

La Ley Orgánica del Patronato del Ahorro Nacional

La Ley Orgánica de Sistema Banrural

La Ley Federal de las Entidades Paraestatales

La Ley de Nacional Financiera

La Ley Orgánica del Banco del Pequeño Comercio

La Ley Federal de Protección al Consumidor

La Ley del Banco de México

En cuanto a los reglamentos:

El Reglamento del Registro Público de la Propiedad

El Reglamento de la Ley de Comercio Exterior

El Reglamento de la Ley Federal de Correduría Pública

El Reglamento de las Cámaras de Compensación

El Reglamento de las Uniones Nacionales de Crédito

El Reglamento de la Comisión consultiva de Fianzas

El Reglamento de Ventas Comerciales en Almoneda en el Distrito Federal

El Reglamento de la Ley del Ahorro Escolar

El Reglamento de la Ley que crea el Fondo de Garantía y Fomento para la Agricultura, Ganadería Avicultura

El Reglamento del Seguro de Grupo

El Reglamento sobre las Funciones que en Materia de Seguros realizará la Comisión Nacional Bancaria y de Seguros

El Reglamento de Cooperativas Escolares

El Reglamento de la Ley del Seguro Agropecuario y de Vida Campesino

El Reglamento de la Bolsa de Valores

El Reglamento de la Comisión Nacional Bancaria y de Seguros en Materia de Inspección, Vigilancia y Contabilidad

El Reglamento de la Ley de Entidades Paraestatales

El Reglamento sobre Promociones y Ofertas

El Reglamento Orgánico de Nacional Financiera, Sociedad Nacional de Crédito, Institución de Banca de Desarrollo

El Reglamento de la Comisión Nacional de Seguros y Fianzas

El Reglamento del Artículo 95 de la Ley Federal de Instituciones de Fianzas, para el cobro de fianzas otorgadas a favor de la Federación, del Distrito Federal, de los estados y de los municipios distintas de las que garantizan obligaciones fiscales federales a cargo de terceros

El Reglamento Interior de la Comisión Nacional Bancaria

El Reglamento de Agentes de Seguros y Fianzas

El Reglamento de la Procuraduría Federal del Consumidor

El Reglamento de Sistemas de Comercialización mediante la integración de grupos de consumidores

### **1.3.1.3. Costumbre**

La Costumbre suele definirse como el “uso implantado en una colectividad y considerando por ésta como jurídicamente obligatorio”.

Los usos en cambio, son cláusulas implícitas en los contratos que sirven para interpretar o complementar la voluntad de las partes.

No obstante tal distinción, nuestras leyes mercantiles aluden frecuentemente e indistinta a la costumbre y a los usos como fuentes del derecho mercantil mexicano, como en los casos de los artículos 280 y 304 del Código de Comercio. Por ello conviene determinar si las expresiones de “costumbre” y “usos” que emplea la ley tienen la misma connotación y esa labor corresponde al interprete de la norma que utilice tales vocablos, de cuyo contenido habrá de derivar si la ley se refiere a una o a otro, dado con frecuencia emplea ambos términos indistintamente, de manera que, si la expresión legal denota una práctica generalizada estará haciendo referencia a la costumbre, fuente del derecho, y si, en cambio, alude a una práctica entre partes determinadas tendremos que hace referencia al uso, fuente de los contratos, independientemente del vocablo con que se exprese el concepto.

Por último recordemos, que la costumbre es fuente del derecho mercantil, cuando la ley ordena o autoriza expresamente su aplicación a determinada materia, o cuando se refiere a una situación no regulada por la legislación comercial. Por lo tanto, se trata de una fuente supletoria del derecho mercantil.

#### **1.3.1.4 Jurisprudencia**

Como sabemos la Jurisprudencia es el criterio constante y uniforme de aplicar el derecho, mostrando en las sentencias de un tribunal supremo; criterio que es obligatorio reconocer y aplicar por parte de los inferiores jerárquicos de dicho tribunal.<sup>20</sup>

---

<sup>20</sup> Cfr. NORIEGA CANTÚ, Alfonso. Lecciones de Amparo. Segunda edición, Edit. Porrúa México 1980. Pág.110

En nuestro sistema jurídico sólo la Suprema Corte de Justicia de la Nación y los Tribunales Colegiados de Circuito, tribunales federales, que conocen del juicio de amparo, son órganos competentes para integrar la jurisprudencia.

De conformidad con la Ley de Amparo y la Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación, las ejecutorias de la Suprema Corte de Justicia constituyen jurisprudencia, siempre que lo resuelto en ellas se sustente en cinco sentencias en el mismo sentido no interrumpidas por otra en contrario, y que hayan sido aprobadas por lo menos por ocho de los ministros si se trata de jurisprudencia del pleno, o por cuatro en los casos de jurisprudencia de salas. También constituyen jurisprudencia la tesis que resuelve las contradicciones de tesis.

Las ejecutorias de los Tribunales Colegiados de Circuito, constituyen jurisprudencia siempre que lo resuelto en ellas se sustente en cinco sentencias en el mismo sentido no interrumpidas por otras en contrario y que hayan sido aprobadas por unanimidad de votos de los magistrados que los integran.

A través de la jurisprudencia, los tribunales interpretan la ley de manera constante, uniforme, a fin de determinar el sentido de y alcance de una disposición legal que ha de aplicarse a cada caso concreto.

#### **1.3.1.5 Supletoriedad**

La supletoriedad en materia mercantil, ha sido establecida por diversas disposiciones mercantiles, entre otras la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito , la Ley de Instituciones de Crédito . Particularmente el Código de Comercio, el artículo 2º del propio ordenamiento establece:

*“A falta de disposiciones de este ordenamiento y las demás leyes mercantiles serán aplicables a los actos de comercio las del derecho común contenidas en el Código Civil aplicable en materia federal.”*

Sabemos que el derecho común es el derecho civil y el artículo 2° del Código de Comercio se refiere al derecho civil contenido en el Código Civil Federal, recordemos que de acuerdo a los cambios realizados en nuestra Constitución Política Federal, el Código Civil para el Distrito Federal dejó de ser aplicable para toda la república en materia Federal, por lo que se refiere a la supletoriedad se aplica el Código Civil Federal.

Asimismo la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito en su artículo 2 también determina la supletoriedad al establecer:

“Los actos y las operaciones a que se refiere el artículo anterior, se rigen:

**I.-** Por lo dispuesto en esta Ley, y en las demás leyes especiales, relativas; en su defecto,

**II.-** Por la Legislación Mercantil general; en su defecto,

**III.-** Por los usos bancarios y mercantiles y, en defecto de éstos,

**IV.-** Por el Derecho Común, declarándose aplicable en toda la República, para los fines de esta ley, el Código Civil del Distrito Federal.”

En general el derecho común sólo debe aplicarse a falta de disposición expresa en las leyes mercantiles y en el orden que las mismas establezcan.

Este criterio lo sostienen los maestros Joaquín Rodríguez y Rodríguez, Miguel Martínez y Flores y Arturo Díaz Bravo, por supuesto hay criterios en contrario como lo señala el ilustres maestro Mantilla Molina y Rafael de Pina Vara.

Por otra parte hay criterio establecido por el Tribunal Colegiado de Circuito en Materia Civil en la que señala como requisitos para que exista la supletoriedad los siguientes:

- a) Que el ordenamiento que se pretenda suplir lo admita expresamente, y señale el estatuto supletorio;
- b) Que el ordenamiento objeto de supletoriedad prevea la institución jurídica de que se trate;
- c) Que no obstante esa previsión, las normas existentes en tal cuerpo jurídico sean insuficientes para su aplicación a la situación concreta presentada, por carencia total o parcial de la reglamentación necesaria, y
- d) Que las disposiciones o principios con los que se vaya a llenar la deficiencia no contraríen, de algún modo, las bases esenciales del sistema legal de sustentación de la institución suplida.

Los elementos aquí señalados están mencionados en la jurisprudencia emitida con la siguiente voz: SUPLETORIEDAD DE LA LEY. REQUISITOS PARA QUE OPERE.<sup>21</sup>

También es de considerarse que la supletoriedad en materia procesal mercantil encuentra su sustento en el artículo siguiente conforme a las reformas del 2008:

---

<sup>21</sup> Fuente: Apéndice 2000 TomoVI, Común, Jurisprudencia Tribunal Colegiado de Circuito Tesis: 588  
Página: 532

**“Artículo 1054.-** En caso de no existir convenio de las partes sobre el procedimiento ante tribunales en los términos de los anteriores artículos, salvo que las leyes mercantiles establezcan un procedimiento especial o una supletoriedad expresa, los juicios mercantiles se regirán por las disposiciones de este libro y en su defecto se aplicará supletoriamente el Código Federal de Procedimientos Civiles y en caso de que no regule la institución cuya suplencia se requiera, la ley de procedimientos local respectiva.”

Así también en el artículo 1063 del Código de Comercio que a la letra establece:

“Los juicios mercantiles se substanciarán de acuerdo a los procedimientos aplicables conforme este Código, las leyes especiales en materia de comercio y en su defecto por el Código Federal de Procedimientos Civiles y en último término por el Código de Procedimientos Civiles local.”

Por lo tanto la supletoriedad en materia procesal mercantil tiene como aplicación en primera instancia el Código Federal de Procedimientos Civiles y en caso de que dicho ordenamiento no lo contemple el código procesal local.

## C A P Í T U L O II

### AMBITO DE APLICACIÓN DEL DERECHO MERCANTIL

#### 2.1. El acto de comercio

Con el fin de abordar este tema, se tiene que hacer remembranza al concepto de derecho mercantil del cual se desprenden dos elementos que constituyen los elementos de estudio como los son: el acto de comercio y la actividad del comerciante en el ejercicio de su profesión.

Existen diversos criterios por parte de la doctrina por lo que debe entenderse como acto de comercio, lo anterior debido fundamentalmente a la dificultad de encuadrar todas las hipótesis legales en una sola definición.

La Maestra Quintana Adriano, indica que son tres las causas por lo cual se vuelve imposible poder dar una definición exacta del acto de comercio siendo estas; en primer lugar la velocidad de la evolución histórica del derecho mercantil; en segundo lugar el constante crecimiento del ámbito comercial; y en tercer lugar su cada vez mayor especialización.<sup>22</sup>

---

<sup>22</sup> Cfr. QUINTANA ADRIANO, Elvia Arcelia. Ciencia del Derecho Mercantil. Editorial Porrúa, México 2004 Pág. 216

De lo anteriormente mencionado podría ser factor lo señalado por la Maestra Quintana Adriano en segundo término, por lo siguiente; existe el derecho mercantil como tal desde hace siglos y en sí el derecho mercantil es inherente su especialización por realizarlo de acuerdo los sujetos y al objeto o fin del acto.

Por lo que establecer una definición total para los actos de comercio, se vuelve imposible por el constante crecimiento del ámbito comercial.

### **2.1.1 Concepto**

Se debe de establecer que no hay una definición que nos indique de manera particular al acto de comercio, por lo que los doctrinarios han realizado una clasificación de los mismos, partiendo como base la enunciación que realiza el Código de Comercio, es así como el Maestro Genaro Góngora Pimentel señala “I. Denomínese “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.”<sup>23</sup>

El mismo realiza la siguiente aclaración “Estos actos se encuentran expresamente reglamentados de manera enunciativa, y no taxativa, en dicha regulación mercantil. . .”<sup>24</sup>

---

<sup>23</sup> INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS, Nuevo Diccionario Jurídico Mexicano., Editorial Porrúa-UNAM, México 1998 Pág. 92

<sup>24</sup> Ídem.

## **2.1.2 Clasificación**

El artículo 75 del Código de Comercio, enumera de una forma particular los actos de comercio, sin embargo la clasificación que hacen los doctrinarios de estos, son los siguientes:

### **Actos de Intermediación en el cambio.**

“Son aquellos en la que la intermediación de un sujeto comerciante implica una intermediación en el cambio de bienes o servicios con la intención de obtener un beneficio, esto, es un lucro.”

### **Actos Lucrativos.**

Son aquellos actos que se realizan con la finalidad de obtener una ganancia, pero que el propósito de ese lucro también lleve consigo una especulación comercial.

### **Actos Masivos por su realización.**

Se consideran actos de comercio masivos, todos aquellos que son realizados por los comerciantes masivamente, es decir, todas aquellas actividades que realiza el comerciante en el ejercicio de su actividad de manera constante y grandes proporciones.

### **Actos practicados por empresas.**

Son todos aquellos que realiza el comerciante, persona física o moral, de una manera organizada y sistematizada para el mejor ejercicio de su actividad.

### **2.1.3. Actos unilateralmente mercantiles o actos mixtos**

En relación a este punto se puede argumentar la existencia de que en el acto participe un comerciante y otro que no lo es y tendríamos la duda en determinar su naturaleza si es mercantil o no. Al respecto adjetivamente el Código de Comercio determina en su artículo 1050 “Cuando conforme a las disposiciones mercantiles, para una de las partes que intervienen en el acto, éste tenga naturaleza comercial y para la otra tenga naturaleza civil, la controversia que del mismo se derive se regirá conforme a las leyes mercantiles.”

De acuerdo a la disposición anterior, podríamos determinar que necesariamente en un acto celebrado por un comerciante y un civil en caso de controversia, tendríamos que aplicar la legislación mercantil para su solución, hecho que no es tan tajante, en virtud de que existen criterios emitidos en el sentido de que el que no es comerciante puede demandar en la vía civil, siempre y cuando no se afecten las disposiciones mercantiles.

## **2.2 Sujetos de Derecho Mercantil**

A continuación expondremos quienes son los sujetos del derecho mercantil tomando en consideración exclusivamente al comerciante.

### **2.2.1. Comerciante**

Las relaciones jurídicas, no son otra cosa que lazos que se establecen entre personas respecto a sus actos y que constituyen los derechos subjetivos, éstos constan de tres elementos constitutivos: el sujeto, que habrá de ser dos por los menos; el objeto, que se traduce como una cosa del mundo exterior sobre la cual recae; y el contenido específico de la misma relación que determinan, es decir, la existencia de un derecho subjetivo, que pertenece a uno de los sujetos y un deber jurídico, que corresponde al otro. A cada rama del derecho corresponde el estudio de las relaciones de una categoría especial. Al derecho mercantil corresponde el estudio de las relaciones jurídicas de naturaleza mercantil, que vienen a ser las que se derivan de la realización de los actos mercantiles o del ejercicio del comercio. Son sujetos de las relaciones mercantiles, las personas que en ellas intervienen originando entre ellas obligaciones respecto a su conducta.

Por la diversa intensidad o modo de intervención de las personas o sujetos en las relaciones jurídicas mercantiles, varias son las consecuencias que de ello se derivan: unas veces será el caso de considerar relaciones jurídicas mercantiles todas las que se originan de la realización de ciertos actos (mercantiles por objeto de un modo absoluto), sea cual fuere la calidad de la persona y otras sólo será el caso de considerar relaciones jurídicas mercantiles, aquellas que se originan sólo respecto a ciertas personas, los comerciantes y no respecto de otras, como sucede con los actos mercantiles por el objeto de modo relativo o con los mercantiles subjetivamente. En consecuencia, se consideran sujetos de las relaciones mercantiles a todas las personas que intervienen en la realización de un acto de comercio absoluto (sujetos ocasionales) y también consideramos en

especial a los comerciantes como categoría específica de sujeto de otra categoría de actos (sujetos mercantiles propiamente). De estas dos categorías de sujetos, sólo ocupará nuestra atención el estudio de los comerciantes.

“El comerciante es la figura principal del derecho mercantil. Cualquiera que sea el sistema legal que se siga para la delimitación de la materia propia del derecho mercantil, el concepto que estará siempre en el centro del criterio diferenciador, será el de comerciante. Si se quiere decir que el derecho mercantil es un derecho profesional, el derecho de los comerciantes, sería indispensable precisar este concepto, cuyo alcance vendría a determinar el de la materia mercantil; si se quiere decir que el derecho mercantil es el de los actos mercantiles, no hay un solo sistema de derecho comparado en el que no haya actos de comercio que no lo sean en razón de ser realizados por comerciantes. Es decir, que tanto si se trata de una concepción subjetiva del derecho mercantil, como de una objetiva, siempre y en todo caso el concepto de comerciante estará en la base de la misma”.<sup>25</sup>

El sujeto propio y característico de nuestra disciplina lo fue desde el nacimiento de ésta, porque que recordemos que el derecho comercial nace en torno suyo, como un derecho de clase, como un derecho profesional y subjetivo; en su origen fue un derecho de los comerciantes y para los comerciantes, para la protección y defensa de sus intereses. Criterio que a pesar de haber sido cambiado por el *Code de Commerce* francés de 1808 —a un criterio objetivo, por el objeto del acto de comercio— ha vuelto a tener vigencia en la doctrina y en algunas legislaciones como la alemana, a través de su Código de 1900, y en otras más a través de la figura de la empresa (o del empresario).

---

<sup>25</sup> RODRÍGUEZ Y RODRÍGUEZ, Op. Cit. Pág. 35

El derecho mercantil mexicano es un derecho de los actos de comercio, pero al mismo tiempo por el concepto de comerciante se determinan la naturaleza mercantil de numerosos actos, esto es, que muchos de los actos considerados como de comercio por el Código de Comercio, deben tal carácter al ser realizados por comerciantes; inclusive frente a la importancia que el Código de Comercio y la legislación mercantil en general, dispensan a la institución de la empresa y a pesar, incluso, de que nuestras leyes adoptan y se alinean a esa tendencia empresarial, en boga en los países desarrollados, ya sean capitalistas o socialistas. No obstante que así fuera, no se prescindirá de la figura del comerciante, sólo se agregaría como característica a su ejercicio como ocupación ordinaria el que fuera en torno a una negociación mercantil.

En el lenguaje vulgar, se conoce como comerciante a las personas que negocian comprando y vendiendo o permutando géneros o mercancías, es decir, a las personas que realizan operaciones de compraventa o de permuta con el propósito de lucro. Tal es el concepto de originario de comerciante (mercader, marchante, traficante). Esto se debe, al origen histórico de la palabra comerciante, que deriva de la figura del “mercado” y ésta supone relaciones de compraventa.

El concepto jurídico de comerciante es más amplio que la noción vulgar, ya que en efecto, son calificadas también como comerciantes, a personas que se dedican a actividades completamente distintas a las enunciadas en el párrafo superior, de carácter industrial y agrícola inclusive. En claro ejemplo de lo anterior citaremos el artículo 75 de nuestro Código de Comercio, el cual reputa como actos de comercio, entre otros: las empresas de construcción, las de fábricas o manufacturas, las de transporte, las editoriales, las de turismo, las de

espectáculos públicos, así como las empresas mineras y petroleras, y los titulares de todas esas empresas, que realizan actividades que desde el punto de vista común y corriente no son comerciales, son consideradas como comerciantes.

Para caracterizar al comerciante caben dos sistemas. Uno material y otro formal; según el criterio material, serán comerciantes, aquellos que se dediquen, de un modo efectivo, a realizar ciertas actividades catalogadas como mercantiles; de acuerdo al segundo, son comerciantes los que adoptan una determinada forma o se inscriben en ciertos registros especiales. El derecho mexicano adopta ambos sistemas. Al comerciante individual se le aplica el criterio material; a los comerciantes persona moral, el formal.<sup>26</sup>

El concepto de comerciante, ya se determine por concepto material o formal, es único. Se aplica por igual a todos los que reúnen las características legales adecuadas, con independencia del volumen o importancia de su negocio o de cualquier otra consideración. En este aspecto, puede decirse que tan comerciante es el más modesto de los vendedores como el gran industrial.

El distinguido jurista argentino Malarriaga, define al comerciante como: “la persona capaz de existencia visible., que realiza, o por cuya cuenta son realizados en ciertas condiciones, actos de comercio.”<sup>27</sup>

Por su parte su connacional Roberto Fernández, lo describe así: “Es comerciante quien ejerce una profesión comercial, extendiéndose por tal toda

---

<sup>26</sup> Ibidem. Pág. 36.

<sup>27</sup> Cit Por. ENCICLOPEDIA JURÍDICA OMEBA, Tomo III. Editorial Driskill, S.A. Buenos Aires, Argentina. 1992. Pág. 300.

explotación o empresa que tenga por objeto la realización de actos de comercio.”<sup>28</sup>

De los conceptos anteriores podemos observar la predominante influencia de la doctrina francesa en la doctrina argentina, visiblemente objetiva, que al ser a su vez, fuente para la creación de nuestro Código de Comercio, se materializa en nuestra propia legislación.

El preciso analizar ahora, la visión propia de nuestro sistema jurídico acerca de esta institución.

El maestro Acevedo Balcorta nos da una definición de comerciante y nos dice que “se reputa comerciante en derecho a la persona física o moral que real o presuntivamente(sic) realiza habitual y profesionalmente actos de comercio de carácter especulativo.”<sup>29</sup>

Para Mantilla Molina es comerciante quien “tiene una negociación mercantil. Es el hecho objetivo ostensible de tener una negociación, lo que engendra el estado de comerciante, cualesquiera que sean los actos que realiza, cualquiera que sean las otras actividades a que se dedique la misma persona. Por el contrario no será comerciante, aunque con frecuencia y reiteración realice actos de comercio, quien no los ejecute por medio de negociación establecida.”<sup>30</sup>

---

<sup>28</sup> Idem.

<sup>29</sup> ACEVEDO BALCORTA, Jaime A.- Derecho Mercantil. Editorial Dirección de Extensión y Difusión Cultural Campus Universitario Chihuahua. México. 2000. Pág. 45.

<sup>30</sup> MANTILLA MOLINA Roberto. Ob. Cit. pág. 91

Alfredo de la Cruz lo determina como sujeto mercantil y dice: "sujeto mercantil es toda persona física o moral que esta ligada en un momento determinado a una relación jurídica mercantil."<sup>31</sup>

Nuestro Código de Comercio vigente, en su artículo 3º, nos enumera a las personas consideradas como comerciantes, sin dar propiamente una definición de la institución, el cual a la letra dice:

"Se reputan comerciantes:

- I. Las personas que teniendo capacidad legal para ejercer el comercio hacen de él su ocupación ordinaria;
- II. Las sociedades constituidas conforme a las leyes mercantiles;
- III. Las sociedades extranjeras o las agencias y sucursales de éstas, que dentro del territorio nacional ejerzan actos de comercio."

De acuerdo a lo anterior, el código utiliza distintos **critérios** para determinar la calidad de comerciante. Por una parte, tenemos que cuando se trata de personas físicas (comerciantes individuales) requieren que éstos ejerzan el comercio en forma habitual para atribuirles tal carácter.

Por otro lado, menciona que serán comerciantes las sociedades mercantiles constituidas conforme a la Ley comercial, sea cual sea su objeto. Esto es: la forma atribuye a las sociedades mercantiles su calidad de comerciantes, independientemente de que se dediquen o no al ejercicio del comercio.

---

<sup>31</sup> CRUZ GAMBOA Alfredo de la, Ob. cit, Pág. 16

Las sociedades mercantiles adquieren la calidad de comerciantes por el sólo hecho de su constitución, por cuanto, como antes se indicó la ley establece una presunción *iuris tantum* de que lo son si se constituyen con arreglo a las leyes mercantiles.

Dicho de otro modo: las sociedades mercantiles, en principio, son reputadas como comerciantes por la ley sin necesidad de ejercer efectivamente la profesión propia de éstos. Sobre esta peculiaridad de las sociedades mercantiles dimanada de los criterios formal y objetivo de la Ley, el autor Rocco hace el siguiente comentario.

El motivo de distinción para atribuir la calidad de comerciante a las sociedades mercantiles es manifiesto, porque mientras el hombre haya en la vida multitud de fines que puede realizar de distintos modos y en todas las formas posibles de actividad, la persona jurídica (la sociedad mercantil) nace para realizar uno determinado, y su actividad la marca y limita éste, que es, en otros términos, la Ley fundamental e inmutable de la persona jurídica.<sup>32</sup>

De la lectura del artículo 3º de nuestro Código de Comercio podemos inferir un punto más, de acuerdo al mismo nuestra legislación reconoce dos clases de comerciantes: los comerciantes personas físicas y los comerciantes personas morales o jurídicas. Los primeros son individuos humanos que deben llenar los requisitos que la Ley establece para serlos. Los segundos, son las sociedades mercantiles, que como vimos anteriormente, son siempre comerciantes, ya sean nacionales o extranjeras, bajo cierta condición.

---

<sup>32</sup> Cfr ROCCO, Alfredo.- Ob. cit.. Pág. 230.

### **2.2.2. Personas físicas.**

Como persona física entendemos al hombre, es decir, el hombre y la mujer como sujetos de derechos y obligaciones. A este respecto, no cabe hacer distinción alguna en cuanto a nacionalidad, casta, raza o cualquier otro género de diferencia que históricamente pudo haber tenido alguna trascendencia.

Todos los hombres, seres humanos, son sujetos de derechos y obligaciones y aun cuando su capacidad jurídica pueda estar limitada, atendiendo a diversas circunstancias, estas circunstancias no pueden ser a tal grado que anulen la personalidad.

Requisitos Para Ser Comerciante.

Atendiendo a nuestra legislación, y de acuerdo al artículo 3º fracción primera del Código de Comercio, son comerciantes, las personas que teniendo capacidad legal para ejercer el comercio, hacen de él su ocupación ordinaria.

Los elementos de la definición legal expuesta son:

A) La Capacidad.

Cabe preguntarnos, por principio, ¿Qué es la capacidad?. Y de acuerdo a la doctrina, podemos distinguir tres tipos de capacidad: La Capacidad de Goce, la capacidad de Ejercicio y la Capacidad Legal.

Por capacidad de Goce entendemos, la aptitud en la que está el individuo o la facultad que tiene una persona para ser sujeto de derechos y obligaciones. La Capacidad de ejercicio no es otra que la facultad para ejercer por sí mismo estos derechos o cumplir por sí mismo obligaciones.

La capacidad legal, que es la que nos interesa para fines de este trabajo, es la aptitud o potestad que le otorga la Ley a una persona para la realización de ciertos actos.

Erróneamente se ha manejado que la capacidad legal que menciona el artículo 3º del Código de Comercio, es la capacidad de ejercicio, pretendiendo establecer como excepciones las prohibiciones hechas a determinadas personas para ejercer el comercio. Y es este punto el que marca la diferencia entre una y otra. La capacidad de ejercicio la tienen todas las personas, con excepción de las señaladas por el artículo 450 del Código Civil, mientras que la capacidad legal, la poseen las personas que una determinada Ley establezca, en nuestro caso hablamos de la Capacidad Legal para ejercer el comercio, determinada por el Código de Comercio.

De acuerdo al artículo 5º del Código de Comercio, toda persona que según las leyes comunes (esto es, el Derecho Civil) es hábil para contratar y obligarse, y a quien la ley no se lo prohíba expresamente, tendrá capacidad legal para ejercer el comercio.

La capacidad legal para ejercer el comercio, la tendrá entonces quien cumpla con estos dos requisitos establecidos del artículo citado en el párrafo que antecede, y que son:

1.- Que conforme a leyes comunes, sea hábil para contratar y obligarse; que no se traduce en nada más, que el que posea la capacidad de ejercicio; es decir, toda persona a excepción de los menores de edad no emancipados (incapaces) o los mayores de edad en estado de interdicción.

Los menores de edad no emancipados, los mayores de edad declarados en estado de interdicción (esto es, los disminuidos o perturbados en su inteligencia, aunque tengan intervalos de lucidez, aquellos que padezcan alguna afección originada por enfermedad o deficiencia persistente de carácter físico, psicológico o sensorial por adicción a sustancias tóxicas como el alcohol, los psicotrópicos o los estupefacientes, siempre que debido a la limitación o a la alteración en la inteligencia que esto les provoque no puedan gobernarse y obligarse por sí mismos, o manifestar su voluntad por algún medio), no pueden por sí mismos ejercitar sus derechos o contraer válidamente obligaciones. Tienen incapacidad natural y legal de acuerdo con el derecho común y, por lo tanto, se dice, no pueden ser comerciantes, porque se encuentran legalmente impedidos para el ejercicio del comercio (artículos 3° y 5° del Código de Comercio y 243 y 450 del Código Civil)

Existe una confusión generalizada sobre este punto, y que deviene de la interpretación del artículo 5 del Código en Comento, en cuanto a la posibilidad de que este grupo de personas pudiera ejercer el comercio a través de representantes.

La clave para resolver esta duda y el origen de la misma, radica en la interpretación que se haga de la palabra hábil. De todo nuestro vasto e inmenso universo lingüístico, nuestro legislador determinó utilizar la palabra hábil, preciso

es entonces determinar el origen y significado de esta palabra. Así pues, el real diccionario de la Lengua Española la define como un adjetivo que indica inteligencia, capacidad, aptitud, disposición, destreza. El diccionario Océano Uno al referirse a la palabra habilidad, señala “Capacidad y disposición para los negocios. Cada una de las cosas que una persona ejerce con destreza.”<sup>33</sup> Atendiendo a su interpretación gramatical, obtenemos que el que contrata y se obliga, lo hace porque su inteligencia así lo percibe y por su propia destreza. Por lo tanto las personas incapaces en estado de interdicción, no tendrían esta capacidad, careciendo entonces de facultades legales para ejercer el comercio y a su vez de la calidad de comerciantes.

Lo cual concordaría con la opinión de algunos autores, como el maestro Barrera Graf, el cual denomina, a este grupo de personas, como empresarios mercantiles y de quienes afirma carecen de la calidad de comerciantes.

Sin embargo, en este caso particular, esto no es suficiente, pues dicha definición se presta a infinidad de interpretaciones, por lo que es necesaria una interpretación legislativa de la misma, adentrémonos entonces en el espíritu del legislador de 1889, ¿por qué utilizar la palabra hábil? Como el propio diccionario de la Real academia de la Lengua así lo establece, esta palabra es también sinónimo de capaz, apto, ya que de otra manera si hubiera sido la voluntad del legislador el negar la calidad de comerciante a este grupo de personas, lo hubiera hecho expresamente, para evitar posteriores confusiones, como la que nos **atañe**.

En este orden de ideas, considero que si son comerciantes de pleno derecho, en base a que el artículo 3º fracción primera del Código de Comercio es

---

<sup>33</sup> Diccionario Enciclopédico Ilustrado Océano Uno. Editorial Océano. Barcelona, España. 1995.

claro: serán comerciantes las personas que teniendo capacidad legal para ejercer el comercio hacen de él su ocupación ordinaria;

Y de acuerdo al numeral 5º del mismo ordenamiento, tiene la capacidad aquellas personas que de acuerdo a las leyes comunes sean hábiles para contratar y obligarse y no les está expresamente prohibido.

Con leyes comunes nos referimos al derecho civil y de acuerdo al mismo, el artículo 23 del Código Civil, establece que los incapaces pueden ejercitar sus derechos y contraer obligaciones por medio de sus representantes; asimismo, el artículo 1798 del Código Civil Vigente establece, que son hábiles para contratar todas aquellas personas no exceptuadas por la Ley. Y al no establecerse restricción alguna para la figura de la representación, tenemos entonces que los menores incapaces y las personas en estado de interdicción, son a su vez comerciantes, sólo si se encuentran en los supuestos establecidos en el Código de Comercio.

Al efecto, el artículo 556 del Código Civil Federal I dispone que si el padre o la madre del menor ejercían algún comercio, el juez con informe de dos peritos, decidirá si ha de continuar o no la negociación, a no ser que los padres hubieran dispuesto algo sobre este punto, en cuyo caso se respetará su voluntad, en cuanto no ofrezca grave inconveniente, a juicio del Juez.

El texto del artículo 556 citado, ha sido objeto de interpretación extensiva por la doctrina. En esta forma debe afirmarse que en todos los casos en que los incapaces – y no sólo los menores de edad-, adquieran a título gratuito una negociación mercantil (empresa) o, tratándose de los declarados en estado de

interdicción, que antes de esa declaración hayan sido titulares de una empresa, el Juez deberá decidir si se continua o no la explotación de la misma. En apoyo de esta opinión puede consultarse lo que disponía en el artículo 102 de la Ley de Quiebras y Suspensión de Pagos, (ahora Ley de Concursos Mercantiles) en el sentido de que los tutores que ejercían el comercio en nombre de los menores o incapacitados, en los casos previstos en la legislación civil, quedaban sometidos a la responsabilidad penal derivada de las quiebras culpables o fraudulentas.

2.- Aquellas personas a las que la Ley no se los prohíbe expresamente.

En los términos de la legislación mercantil no pueden ejercer el comercio:

- a) Los corredores (artículos 12 fracción I y 68 del Código de Comercio). Estableciéndose como pena para los que violen esta prohibición la destitución (artículo 70 fracción segunda código de comercio)
  
- b) Los quebrados que no hayan sido rehabilitados (artículo 12 fracción II del Código de Comercio). Hay que advertir, sin embargo, que el artículo 106 de la Ley de Quiebras y Suspensión de Pagos ( ya abrogada) establecía que podrán ser condenados a no ejercer el comercio hasta por el tiempo que dure la condena principal de los comerciantes y demás personas reconocidas responsables de quiebras culpables o fraudulentas. Por tanto, los quebrados fortuitos no podrán ser sujetos de tal condena y por lo tanto no se les es aplicable la prohibición establecida por la fracción segunda del artículo 12 del Código de Comercio, que en esta debe considerarse modificada por el citado artículo 106 de la Ley de Quiebras y Suspensión de Pagos.

c) Los que por sentencia ejecutoria hayan sido condenados por delitos contra la propiedad, incluyendo en éstos, la falsedad, el peculado, el cohecho y la concusión (artículo 12 fracción III del Código de Comercio)

En otras leyes se contienen también prohibiciones en compatibilidades para el ejercicio del comercio. Así, en la Ley de Notariado para el Distrito Federal, por cuanto se refiere a los notarios en ejercicio y en otras leyes.

La Ley Federal del Trabajo, en su artículo 378 fracción segunda señala que queda prohibido a los sindicatos ejercer la profesión de comerciantes con ánimo de lucro.

El Ejercicio del Comercio en forma ordinaria.

De acuerdo a Rafael de Pina, para que alguien pueda ser calificado como comerciante; “es preciso que ejerza el comercio no en forma esporádica o accidental, sino de manera habitual, reiteradamente, haciendo de esa actividad el verdadero ejercicio de una profesión. Esta afirmación nos conduce nuevamente a ligar la figura del comerciante con la de negociación o empresa mercantil, en la que indudablemente el ejercicio del comercio adquiere las características de habitualidad y reiteración señalada”.<sup>34</sup>

Mantilla Molina, asume una postura menos rígida, al hacer una interpretación más flexible de la Ley y establecer que: “No es necesario para que ésta exista, que absorba por completo la actividad del individuo o que consagre a ella, todo su

---

<sup>34</sup> PINA VARA, Rafael de. Derecho Mercantil Mexicano, Edición Vigésimo octava, Editorial Porrúa, México 2002 Pág. 50

patrimonio. Ni siquiera se exige para adquirir la calidad de comerciante que la ocupación en el comercio sea la principal. Basta ocuparse en él de manera accesoria, con tal que sea ordinaria; basta dedicar a especular mercantilmente una parte, cualquiera que sea, del patrimonio, para que se cumpla el requisito de la ocupación ordinaria en el comercio; es suficiente, en una palabra, la reiteración de actos mercantiles aptos para conferir la calidad de comerciantes.<sup>35</sup>

Independientemente de que el criterio del maestro de Pina, va de la mano de la modernidad y de la evolución del derecho mercantil, al adoptar una postura acorde a la noción vanguardista de la empresa, como único medio de materialización de actos mercantiles. Considero aún más apropiado lo expresado por Mantilla Molina, el cual se adecua más a lo establecido por nuestra legislación mercantil, al incluir también, a diferencia del anterior, a los pequeños comerciantes y a los comerciantes ocasionales.

Respecto a este punto surgen dos importantes cuestionamientos: ¿Es posible el ejercicio del comercio sin la posesión de la calidad de comerciante? ¿Es necesaria una revisión del concepto de comerciante, para adecuarlo a la realidad que vivimos?.

Se menciona que dentro de las relaciones mercantiles intervienen infinidad de personas y no sólo aquellas a las que la ley les reconoce la **calidad de comerciantes**, esto por ser nuestro derecho mercantil, un derecho de los actos de comercio, y no un derecho de clase, por lo que tampoco es necesaria la modificación del concepto de comerciante, ya que el campo de aplicación de

---

<sup>35</sup> MANTILLA MOLINA, Op. Cit. Pp. 97-98.

nuestra materia, no esta circunscrito de manera alguna, a la actividad realizada por éste.

#### La Mujer Casada Comerciante.

En la actualidad, la mujer casada, en cuanto al ejercicio del comercio se refiere, se encuentra en la misma situación jurídica que el hombre; y aunque para las nuevas generaciones resultaría impensable considerarlo siquiera de otro modo, dentro de la evolución del derecho mercantil, en referencia a la figura del comerciante persona física, existieron, de acuerdo a la ideología de la época, diversas restricciones para el ejercicio del comercio para la mujer casada; que no fueron suprimidas sino hasta 1954, por decreto publicado el 6 de enero, en el Diario Oficial de la Federación, al derogar el artículo 8° del Código de Comercio, el cual establecía la aprobación del marido para que su esposa pudiera efectuar actividades comerciales.

Todo ello, en virtud de la serie de debates que en torno a este tema se establecieron, por causa de la contradicción que existía entre el ordenamiento civil y el mercantil, específicamente, entre los artículos comprendidos del 8 al 11 del Código de Comercio y el artículo 2º y el 169 del Código Civil, el primero de ellos proclama, que la capacidad jurídica es igual para el hombre y la mujer y que, en consecuencia, ésta no queda sometida, por razón de su sexo, a restricción alguna en la adquisición y ejercicio de sus derechos. Por su parte, el artículo 169 de Código Civil para el Distrito federal establece que los cónyuges podrán desempeñar cualquier actividad excepto las que dañen la moral de la familia o la estructura de ésta. Cualquiera de ellos podrá oponerse a que el otro desempeñe la actividad de que se trate.

Hoy en día, el estado, a través del aparato legislativo ha reconocido plenamente igualdad de derechos tanto para el hombre como para la mujer. Consagrando este reconocimiento en nuestra Constitución, en su artículo 2º y en consecuencia, en todas las leyes que de ella emanan.

Esta restricción a la que hacemos referencia existió a su vez, en los Códigos Europeos vigentes durante el siglo XX. En los países latinos, donde subsistía la concepción romana, según la cual la mujer está sometida al marido (in manu maritii), éste podía no sólo prohibir a su mujer el comercio e impedir que adquiriera la calidad de comerciante, sino también impugnar todos los actos de la mujer realizados sin licencia moral. Rompió la tradición la propia Italia, en julio de 1917, al derogar los artículos que establecían tal prohibición, de su legislación mercantil.

En la República Federal Alemana, la ley de junio de 1957, De Equiparación del Hombre y la Mujer, derogó el derecho concedido al marido para prohibir la explotación de la industria mercantil a su esposa.

En Francia, el 13 de julio de 1965, se modificó el artículo 4º de su Code de Commerce, declarando que la mujer casada puede ejercer libremente el comercio.

España fue una de las naciones europeas, donde más arraigo produjo esta prohibición, ya que no fue hasta 1975 que se reconoció igualdad de derechos a los cónyuges para el libre ejercicio del comercio, aunque en 1961 ya se tenían avances en la materia, al reducir la potestad absoluta que tenía el cónyuge varón

para restringir este derecho, cuando fuera utilizado con mala fe o con abuso de derecho.<sup>36</sup>

### Los Comerciantes Individuales Extranjeros.

El artículo 33 de nuestra Constitución declara que los extranjeros tienen derecho a las garantías que otorga y, en tal virtud, y de acuerdo con el artículo 5° del mismo ordenamiento podrán dedicarse a la profesión, industria, comercio, o trabajo que les acomode, siendo lícitos.

Por su parte el artículo 13 del Código de Comercio, dispone que los extranjeros serán libres para ejercer el comercio, libertad desde luego limitada por lo convenido en los tratados internacionales y por lo dispuesto en las leyes que reglamenten los derechos y las obligaciones de los extranjeros, entre las que se encuentra de modo especial la Ley General de Población y su reglamento.

A partir de 1988 se ha fomentado la participación de la inversión extranjera en la economía y comercio nacionales, dándole más facilidades legales y administrativas. El proceso culmina con la Ley de Inversión Extranjera que amplía las posibilidades de participación de dicha inversión, manteniendo restricciones importantes en áreas estratégicas y limitaciones para su participación en algunas áreas.

Los extranjeros comerciantes, en cuanto al ejercicio del comercio se refiere deberán sujetarse a las disposiciones del Código de Comercio y demás leyes mexicanas, según lo dispuesto en el artículo 14 del Código de Comercio.

---

<sup>36</sup> GARRIGUES, Joaquín. Ob. cit. Págs. 273-274..

### 2.2.3. Personas morales.

Ya establecimos quienes poseen la calidad de comerciantes personas físicas, con apego a la legislación mercantil. Preciso es ahora, determinar quienes son los comerciantes personas morales o sociales de acuerdo a la misma.

El multicitado artículo 3º del Código de Comercio confiere tal carácter a las sociedades constituidas conforme a las leyes mercantiles; y a las sociedades extranjeras o las agencias y sucursales de éstas, que dentro del territorio nacional ejerzan actos de comercio.

¿Qué debemos entender por sociedad mercantil? La exigencia de su detallado análisis, por la importancia de la misma en el presente trabajo, será motivo del punto inmediato siguiente.

#### Otras Personas Morales Comerciantes.

El Maestro Manuel García Rendón, afirma que, nuestro derecho administrativo tipifica otras personas morales, como los organismos públicos descentralizados y las sociedades nacionales de crédito, que sin ser sociedades mercantiles, formalmente, ejercen de manera habitual la profesión de comerciantes, habida cuenta de que los fines que persiguen son de lucro.<sup>37</sup>

Ahora bien, de acuerdo a lo expresado por el maestro García Rendón, surge una nueva interrogante: ¿Existe un fundamento para que estas personas sean consideradas como comerciantes?.

---

<sup>37</sup> GARCÍA RENDÓN, Manuel.- Sociedades Mercantiles. Editorial Harla. México 1993. Pág. 9.

La respuesta a este cuestionamiento la obtenemos nuevamente de la fracción I del artículo 3º del Código de Comercio. Ya que menciona simplemente el término personas, sin hacer nunca referencia a las personas físicas en particular, por lo que cabe que otras personas morales, no constituidas como sociedades mercantiles, ejerzan el comercio de manera habitual. Y en cuanto a la capacidad, tenemos, que la Ley las faculta para la realización de dichas actividades, por lo que concluimos que tal y como lo afirma el maestro García, existen otro tipo de personas morales comerciantes. Analicemos ahora las más importantes:

Los Organismos Públicos Descentralizados se caracterizan por carecer de socios y por estar investidos de capacidad jurídica, autónomo y dotados de patrimonio propio. Entre ellos se encuentra Petróleos Mexicanos, cuyos fines consisten en la exploración, extracción, refinación y comercialización de hidrocarburos y sus derivados; anteriormente encontrábamos a la Compañía Nacional de Subsistencias Populares (CONASUPO), que estaba constituida con el objeto de regular la distribución y venta de productos de primera necesidad; y otros muchos organismos públicos descentralizados cuya enumeración resultaría demasiado prolija.

Las Sociedades Nacionales de Crédito, son personas morales que, sin estar constituidas en cualquiera de las formas establecidas por la Ley General de Sociedades Mercantiles, realizan los fines de lucro por excelencia: los de intermediación en el mercado de dinero.

Las Sociedades de Responsabilidad Limitada de Interés Público, son verdaderos cárteles organizados por comerciantes, cuyo funcionamiento estaba

vigilado estrictamente por el Estado, en razón que la doctrina las considera de derecho administrativo—mercantil, pues están reguladas por una ley especial que participa dentro de las características del derecho administrativo como de las notas del derecho comercial.

De acuerdo a lo anterior podemos determinar que las personas morales comerciantes en primer término tienen su sustento legal en el Artículo 3º fracción II y III del Código de Comercio; en segundo término en base a la Ley General de Sociedades Mercantiles, la cual determina los diferentes tipos societarios a saber:

1. Sociedad en Nombre Colectivo
2. Sociedad en Comandita Simple
3. Sociedad de Responsabilidad Limitada
4. Sociedad Anónima
5. Sociedad en Comandita por Acciones
6. Sociedad Cooperativa (la cual cuenta con una ley especializada)

Así también es de considerarse que existen diversas disposiciones que se refieren a las sociedades mercantiles, como la Ley de Inversión Extranjera la cual en su artículo 15 determina la exigencia de solicitar permiso a la Secretaría de Relaciones Exteriores para la constitución y nombre de las sociedades.

Por último hemos de manifestar que no existe una disposición legal que defina lo que es una sociedad mercantil, sin en cambio tal definición se ha obtenido por exclusión de artículo 2688 del Código Civil Federal que a la letra dispone:

**“Artículo 2688.** Por el contrato de sociedad los socios se obligan mutuamente a combinar sus recursos o sus esfuerzos para la realización de un fin común, de

carácter preponderantemente económico, pero que no constituya una especulación comercial.

Es así que si consideramos en base al anterior numeral que si la sociedad constituye una especulación comercial estaremos en presencia de una sociedad mercantil.

### **2.3. Obligaciones de los comerciantes**

En este punto analizaremos las obligaciones que el comerciante tiene que realizar, de acuerdo al Artículo 16º Código de Comercio.

El artículo 16º del Código de Comercio al referirse a las obligaciones del comerciante nos dice que:

**"Todos los comerciantes, por el hecho de serlos, están obligados:**

***I A la publicación, por medio de la prensa, de la calidad mercantil con sus circunstancias esenciales, y, en su oportunidad, de las modificaciones que se adopten;***

***II A la inscripción en el registro público del comercio, de los documentos cuyo tenor y autenticidad deban hacerse notorios;***

***III A mantener un sistema de contabilidad conforme al artículo 33;***

***IV A la conservación de la correspondencia que tenga relación con el giro del comerciante.”***

Como podemos observar son varias las obligaciones que los comerciantes tienen que acatar, además de que se distinguen algunas que de un modo concreto o particular establecen las leyes mercantiles y que de alguna manera llevan un orden para todos los comerciantes ya sea individuales o colectivos. Todo de acuerdo a las determinadas actividades del comercio y de los comerciantes.

### **2.3.1. Publicidad de la calidad mercantil**

Empezando a analizar cada uno de los requisitos que se le exigen al comerciante para el ejercicio de su profesión comenzaremos con el punto de la publicación por medio de la prensa y sobre todo de la calidad mercantil, de su negociación o giro (Artículo 16 fracción I )

La obligación que a los comerciantes se les impone de acuerdo con el artículo 16 fracción I del Código de Comercio, se relación con el artículo 17 del mismo ordenamiento que a la letra indica:

“Los comerciantes tienen el deber:

- I. De participar la apertura del establecimiento o despacho de su propiedad, por los medios de comunicación que sean idóneos, en las plazas en que tengan domicilio, sucursales, relaciones o corresponsales mercantiles; esta información dará a conocer: el nombre del establecimiento o despacho, su ubicación y objeto; si hay persona encargada de su administración, su nombre y firma; si hay compañía,

su naturaleza, la indicación del gerente o gerentes, la razón social o denominación y la persona o personas autorizadas para usar una u otra, y la designación de las casas, sucursales o agencias si las hubiere;

- II. De dar parte, en igual forma, de las modificaciones que sufra cualquiera de las circunstancias antes referidas.

Estas obligaciones son reconocidas conforme a Derecho por la Legislación en materia Mercantil, además de las que carecen de una importancia substancial en cuanto al ejercicio del comercio propiamente dicho, ya que se dejan por entero al arbitrio del comerciante y a la voluntad del comerciante, en virtud de que la ley no impone sanción alguna a quien no cumpla con estas disposiciones ni tampoco aplicación de alguna medida de apremio, ni arresto corporal a los comerciantes que no las lleven a cabo.

Ahora bien la idea que se da del artículo 17 del Código de Comercio. respecto de las ventajas que el comerciante recibiría con el reclamo consiguiente, porque además el resto de los comerciantes y en especial aquellos a quienes se dirigieron las circulares, bien pudieron establecer desde luego, o aún más tarde, relaciones de negocios con el que expide la circular, ya en fin, por la conveniencia de hacer públicos por ese medio, datos que en última instancia revelarían la capacidad y las posibilidades del comerciante.

Pero como ya lo mencionamos la Legislación Mercantil, no establece ninguna sanción directa para los que dejen de cumplir con la obligación del anuncio aludido. Ante el Derecho Positivo no pasa de entrañar el mencionado Artículo 17 del Código de Comercio buenos consejos a los comerciantes.

Hemos comentado, y dicho sin embargo, con razón, que las sanciones no son directas, en este caso, porque las ventajas que se establecen pueden reportar al anuncio de la calidad mercantil y dejar de manifestarse en ausencia de la calidad mencionada, así de esta manera se atiende sobre todo a la expansión del comercio moderno y hace mas importante y efectiva la influencia del anuncio en el campo de la las actividades comerciales.

Por lo tanto resulta de mucha importancia el anuncio de la publicidad mercantil, en el sentido de conocer a los nuevos comerciantes, así como a las personas que participan directamente en el negocio, pero considero que este anuncio debe ser de manera general, es decir, a toda la República , en virtud de que existen personas que defraudan por medio del comercio.

De acuerdo con los medios masivos de comunicación que utilizan los comerciantes. Las sociedades deben de participar la apertura del establecimiento o despacho de su propiedad por los; “Medios masivos de comunicación que sean idóneos, la clase de sociedad de que se trate, la indicación del gerente o gerentes, la razón social o denominación, y la persona o personas autorizadas para usar una u otra, y la designación de las casa y sucursales o agencias si hubiere, así como cualquiera alteración de estos datos”<sup>38</sup>

Como se puede observar, por lo regular los autores afirman sobre la publicidad mercantil, y además de los requisitos que conforme a las disposiciones legales (Código de Comercio), deben reunir para que se de la publicidad independientemente de los demás medios masivos de comunicación (radio, televisión cinematografía, espacios de publicidad etc.)

---

<sup>38</sup> RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ Joaquín. Ob.cit. Pág. 51

“La publicidad legal mercantil se efectúa, por una parte, mediante circulares e inserción de anuncios en el periódico oficial; por otra parte a través del Registro del Comercio”<sup>39</sup>

La obligación de anunciar la calidad mercantil se extiende a dirigir circular en las mismas condiciones, cuando variare cualquiera de las circunstancias enunciadas...”<sup>40</sup>

Al respecto se manifiesta que “La publicidad constituye hoy el instrumento predilecto de la competencia mercantil. Los competidores se valen de la prensa, de la radio, de la televisión, de las circulares de los anuncios en la vía pública, de mil modos y maneras que sean aptos para atraer la atención de los consumidores sobre los productos que fabrica el industrial o vende el comerciante”.<sup>41</sup>

Los comerciantes en el ejercicio de la actividad mercantil pueden valerse de los medios masivos de comunicación preferidos obviamente que no exista una práctica desleal en cuanto al producto (mercancía), que se desee colocar en el mercado para los consumidores.

El maestro Barrera Graf, al respecto dice que: “La empresa capitalista, o sea, aquel organismo económico-jurídico que existe en el sistema que nos rige, nace y se desarrolla en un régimen de libertad de comercio; es decir, en un sistema de libre empresa y de libre competencia, el cual supone, por un lado, el reconocimiento y la protección de la iniciativa individual en el ejercicio de la

---

<sup>39</sup> MANTILLA MOLINA Roberto. Ob.cit. Pág. 135.

<sup>40</sup> ATHIE GUTIÉRREZ, Amado. Derecho Mercantil, 2ª Ed. Editorial Mc GRAW- HILL S.A., México D.F. 1999. Pág. 30.

<sup>41</sup> GARRIGUES, JOAQUÍN. Ob. cit. Pág. 246.

actividad comercial, y por otro lado, la concesión por el derecho y por el Estado, de un trato igual de una idéntica oportunidad a todos los hombres para concurrir al mercado, para atraer la clientela y para imponerse a los competidores.”<sup>42</sup>

Tal es el caso que: “Las ordenes transcritas se reducen, en la práctica, a un romántico consejo, pues carecen de sanción, y por inútiles, los comerciantes no las cumplen, lo mismo que tampoco cumplen con la obligación general de publicar el anuncio de su calidad de comerciante”.<sup>43</sup>

En conclusión todos los comerciantes, por el solo hecho de serlo pueden utilizar cualquier medio de comunicación para la promoción de los productos que producen o en donde sólo son intermediarios, siempre y cuando no sean nocivos para los consumidores.

Manifestado lo anterior, considero importante hacer mención a algunos términos que son sobresalientes para la presente tesis y de mucha importancia para los contratos mercantiles y que de alguna manera se relacionan con la fracción I del artículo en comento.

### **Del domicilio o despacho mercantil.**

Domicilio deriva del *latín domus*, que quiere decir: “casa”. El domicilio de una persona física es el lugar en donde reside con el propósito de establecerse en él; a falta de éste, el lugar en que tiene el principal asiento de sus negocios; y a falta de uno y otro, el lugar en que se halle (Artículo 29 Código Civil para el

---

<sup>42</sup> BARRERA GRAF, Jorge. Tratado de Derecho Mercantil, Pág 393.

<sup>43</sup> CERVANTES AHUMADA, Raúl, Ob. cit. Pág. 317.

.Distrito Federal.). El domicilio de las personas morales es el lugar donde se encuentra establecida su administración.

El concepto jurídico comprende dos elementos: uno objetivo y el otro subjetivo. El primero está constituido por la residencia de una persona en un lugar determinado, y el segundo por el propósito de dicha persona de radicarse en ese lugar. La ley presupone que se conjuntan estos dos elementos cuando una persona reside por más de seis meses en ese lugar.

La ley utiliza indistintamente los conceptos de domicilio y población como sinónimos dando lugar a varias confusiones. Si bien en la mayoría de los casos utiliza el concepto de domicilio para referirse a la morada o casa (el domicilio conyugal), en otros lo utiliza para hablar de la población (el domicilio de los sentenciados).

También se afirma que para aclarar estas confusiones, se dice que "cuando la ley alude al domicilio como la casa habitación de una persona, implícitamente se refiere a la población donde se encuentra ubicada esa casa".

Este atributo de las personas tiene por objeto: a) determinar el lugar para recibir todo tipo de notificaciones y emplazamientos (Artículo 117 Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal); b) precisar el lugar donde debe cumplir sus obligaciones (Artículos 34 y 2028 Código Civil para el Distrito Federal); c) fijar la competencia del juez (Artículo 156 Frac V a XII Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal); d) establecer el lugar en donde deben realizarse determinados actos del estado civil, y, e) realizar la centralización de los bienes en caso de juicios universales -quiebra, concurso,

herencia (Artículos 157 y 739 Código de Procedimientos Civiles para el distrito Federal ).

Existen varios tipos de domicilio: real es aquel en que radica una persona con el propósito de establecerse en él (Artículo 29 del C.C.D.F.); legal, es aquel que la ley señala como lugar para el ejercicio de sus derechos y el cumplimiento de sus obligaciones aunque de hecho no se encuentre allí presente (Artículos 31 y 32 del C.C.D.F.).

Domicilio voluntario es aquel que surge cuando una persona, a pesar de residir en un lugar por más de seis meses, desea conservar su domicilio anterior, para ello debe hacer la declaración correspondiente dentro del término de 15 días, tanto a la autoridad municipal de su residencia anterior como a la de la nueva; convencional, es el lugar que una persona señala para el cumplimiento de determinadas obligaciones (Artículo 34 del C.C.D.F), y de origen que se refiere al lugar en donde se ha nacido.

Además el C.C.D.F, se refiere al domicilio conyugal (Artículo 163 del C.C.D.F.), y al domicilio familiar (Artículo 723 del C.C.D.F.).

El primero ha sido definido por la Suprema Corte de Justicia de la Nación como el lugar donde conviven los cónyuges y sus hijos, disfrutando aquellos de la misma autoridad y consideraciones.

Es la morada en que están a cargo de la mujer la dirección y el cuidado de los trabajos del hogar. Debiendo ser adecuada para hacer posible el cumplimiento de las obligaciones y el ejercicio de los derechos derivados del matrimonio.

Es decir, se requiere que además de ciertas consideraciones materiales como espacio, servicios, etc., sea un domicilio propio. Recientemente esta definición fue incorporada al ordenamiento civil del D.F., así, el propio Artículo 163 del C.C.D.F. define este domicilio como "el lugar establecido de común acuerdo por los cónyuges, en el cual ambos disfrutan de autoridad propia y consideraciones iguales". El segundo es uno de los elementos objeto del patrimonio de familia.

### **Domicilio fiscal.**

I. Lugar que el legislador señala al contribuyente para todos los efectos derivados de la relación tributaria sustantiva; muy especialmente para que la autoridad fiscal lleve a cabo una mejor administración de los ingresos fiscales, bajo el criterio de facilitar el cumplimiento de las obligaciones fiscales dentro de la circunscripción territorial que a cada persona contribuyente le corresponda.

II. El domicilio fiscal de las Personas Físicas casi es idéntico que el domicilio para efectos civiles; pero varía según se realicen actividades empresariales ( Artículo 16 del Código Fiscal de la Federación y el Artículo 107 Ley de Impuesto sobre de Renta); o que se trate de prestación de servicios personales independientes (Artículo 84 Ley del Impuesto sobre la Renta); pues en el primer caso lo es el local en que se encuentre el principal asiento de sus negocios; y, en el segundo, el local que se utilice como base fija para el desempeño de sus actividades.

Fuera de ambos casos, el Legislador Federal dispuso (Artículo 10 del Código Fiscal de la Federación) que el domicilio fiscal será el lugar en que la persona física tenga el asiento principal de sus actividades.

Para las Personas Morales el legislador siguió un criterio diferente y, así, dispuso que cuando residan en el país, su domicilio fiscal será el local donde se encuentra la administración principal del negocio.

Tratándose de establecimientos o sea, de cualquier lugar de negocios en que se desarrollen parcial o totalmente las actividades principales (Artículo 16 CFF), de Personas Morales residentes fuera del país, el domicilio fiscal será ese establecimiento; y de ser varios establecimientos, el domicilio fiscal será el local donde esté la administración principal del negocio en el país; o en su defecto, el que deseen señalar los contribuyentes.

El domicilio fiscal al igual que en Derecho Civil, es inviolable, y así, el legislador exige la observancia previa de ciertas formalidades esenciales para que el contribuyente pueda ser molestado en su domicilio fiscal (Artículos 43, 44, 46 y 47 CFF).

El señalamiento de domicilio fiscal, por parte del contribuyente, además de una obligación, constituye para éste una garantía si la autoridad fiscal pretende molestarlo o privarlo de sus bienes, derechos, propiedades o posesiones; pues el acto o actos tendientes a ello deben ser notificados precisa y personalmente en ese domicilio fiscal para que sean válidos y surtan todo efecto legal; pues de lo contrario el contribuyente tiene expedito el ejercicio de su derecho de impugnar ese acto y procedimiento viciados por ilegales, precisamente a través del llamado

recurso de nulidad de notificaciones (Artículo 116 Frac III, y 119, 129, 210 y 134 Frac I del CFF).

### **El nombre.**

Toda aquella designación, denominación razón social o nombre civil, bajo la cual, los comerciantes colectivos o individuales, realizan sus actividades mercantiles o identifican sus mercancías o servicios prestados.

Utilidad del nombre comercial: debido a la diversidad de los géneros y de sus especies, e incluso, de la homogeneidad que entre ellos existe, se ha precisado de encontrar sistemas y métodos para su identificación y distinción a través del lenguaje, entre otros procedimientos.

El género humano, tiene dos especies que se distinguen con vocablos comunes de "hombres" y "mujeres" y cada uno de ellos, cuyo número es incalculable como es fácil de comprender, debido a que cada día nacen y mueren miles de ellos, se les dota de ciertos elementos que permitan distinguirlos unos de otros, siendo uno de ellos, de entre los más importantes, el nombre civil, palabra o vocablo que se apropia o se da a una persona, a fin de diferenciarla y distinguirla de las demás, como principal razón, ya que a través del nombre, la mujer y el hombre han de cumplir con ciertos imperativos que les señalan las normas jurídicas de los Estados o países, registrar su nacimiento, su matrimonio su profesión, su defunción, sus bienes, etc.

Igual que el ser humano, las cosas que éste crea o distribuye, así como los servicios que presta, deben diferenciarse y distinguirse, pues, y ello es explicado

ampliamente en la teoría de la división del trabajo, no es una persona quien realiza dichas actividades.

Así tenemos que los productos que elabora un fabricante, también son elaborados, los mismos, por otros fabricantes, de manera que, para distinguirlos unos de otros, se les debe dotar de ciertos signos distintivos que, jurídicamente reciben la designación de "marcas" y ello persigue dos finalidades fundamentales como son: la de proteger el aviamiento (clientela), del industrial o empresario, evitando la competencia desleal; así como también, el asegurar al público que adquiera dichos productos, la certeza de la calidad que busca con su adquisición, pues éste se inclina para su elección, por las marcas que ya conoce.

Pero no solamente las cosas, objetos o servicios que el ser humano crea, elabora o presta, deben distinguirse y protegerse, sino también la actividad que despliega para obtenerlos o prestarlos, es decir, la empresa; entendida ésta como la actividad económica organizada y profesionalmente realizada por el empresario para la producción y el cambio de bienes o servicios; y, al igual que hablamos del género humano y de sus especies, también hablamos del género empresas y de sus especies, empresa civil, mercantil, intelectual, etc., interesándonos, en este caso, la segunda de las mencionadas.

También el ser humano se distingue de sus congéneres por su nombre civil, cuya reglamentación corresponde al derecho común; entre otros signos distintivos, la empresa igualmente, se distingue, de otras actividades mercantiles, por su nombre comercial y su reglamentación corresponde a dos ordenamientos jurídicos: la Ley de la Propiedad Industrial y la Ley General de Sociedades

Mercantiles, en donde se señalan los elementos que pueden configurarlo y los requisitos que se han de cumplimentar para ostentarlo y protegerlo.

La protección al nombre comercial es cosa que arranca del siglo pasado. Fue en la Convención de Unión de París de 1883 en donde por primera vez se acordó se protegiese el nombre comercial independientemente de la obligación de depósito o de la idea de nacionalidad. Así se otorgó amparo a los nombres de los fabricantes no sólo por lo que sus establecimientos representaban por sí, sino porque, a la vez, el nombre de comercio en infinidad de ocasiones venía a constituir una marca, según el uso de entonces.

En realidad, el derecho al nombre de comercio deriva de las reglas que establecen los usos dentro del comercio, es una modalidad de la protección contra la competencia ilícita.

Formación del nombre comercial: si el empresario, titular de la empresa, es una persona individual que ejercita o lleva a cabo negocios propios sin constituirse como persona moral, su nombre comercial puede coincidir con su nombre civil, o bien utilizar una denominación distinta, con tal que reúna las notas de distinción exigidas por la ley para los efectos de su protección.

Si el titular de la empresa es una Persona Moral Mercantil, también puede darse el supuesto indicado; como es bien sabido, las sociedades mercantiles para constituirse (Artículo 6º y 89 L.G.S.M), deben reunir los requisitos que les señala la ley de la materia que son, entre otros, los atributos de la personalidad, pues de una persona o entidad capaz de adquirir derechos y obligaciones se trata, que son: el nombre, domicilio y patrimonio.

El nombre, en este caso, no se forma libremente, pues la ley señala sus elementos; y, así tenemos, que para las sociedades de personas es una razón social, que se forma con los nombres de los socios y de las palabras o de sus abreviaturas de cuya sociedad se trate (Artículo 27 y 52 Ley General de Sociedades Mercantiles), López y Sánchez, S. en C.; y, para las sociedades de capitales exige una denominación social que se puede formar con un nombre de fantasía o bien con palabras que hagan referencia al objeto de la sociedad.

Dicha denominación será distinta de la de cualquier otra sociedad, y al emplearse ira siempre seguida de las palabras "Sociedad Anónima" o de su abreviatura "S. A." (Artículo 88 Ley General de Sociedades Mercantiles); como ejemplos tenemos: Nieves de Coyoacán S.A. o El Amigo del Hombre, S.A.

Pues bien, esta Persona Moral Mercantil, como cualquier persona física, también puede ser propietaria de determinadas negociaciones, mismas que pueden ostentar su nombre (denominación o razón social en su caso) u otro distinto; "El Gaucho Veloz. S.A.", es propietaria de la negociación "Bicicletas Aquiles" y de la negociación "Refacciones El Gaucho Veloz".

**Nombres Comerciales Protegidos por la Ley:** al efecto, establece el Art. 105 de la Ley de la Propiedad Industrial: "El nombre comercial y el derecho a su uso exclusivo estará protegido sin necesidad de deposito o registro, dentro de una zona geográfica que abarquen la clientela efectiva de la empresa o establecimiento industrial o comercial a que se aplique y tomando en cuenta la difusión del nombre y la posibilidad de que su uso por un tercero induzca a error a los consumidores...".

Por clientela efectiva de una negociación mercantil, para los efectos de este debemos entender toda la que acude o puede acudir a ella para la satisfacción de sus necesidades, con las mercancías producidas o vendidas, o con los servicios prestados, sin que el flujo relativo de los clientes se vea impedido por otra empresa que, al usar un nombre igual o semejante, provoque la confusión del público.

Ahora bien, el nombre comercial, como ya se ha dicho, debe ser distintivo, por lo que no son objeto de protección pues carecen de originalidad: los nombres descriptivos de los artículos que se expendan o de los giros que exploten; los emblemas, escudos o armas nacionales, "pues con ellos se induce al consumidor a presumir que los artículos ahí expedidos tienen procedencia oficial, o que el establecimiento es del gobierno" Artículo 90 de la Ley de la Propiedad Industrial.

Los Homónimos; las Armas, Escudos y Emblemas de los Estados de la Federación, Ciudades Nacionales y Extranjeras, Naciones y Estados Extranjeros, a menos que se cuente con el consentimiento expreso de ellos; los nombres y firmas de personas sin su autorización, o, si hubiesen fallecido, de sus parientes y herederos el signo de la cruz roja, etc. (Artículo 90 y 91 de la Ley de la Propiedad Industrial ).

**La Tutela del Nombre Comercial:** la Ley de la Propiedad Industrial concede al titular de un nombre comercial que es imitado o usurpado, una acción de carácter Administrativo y Penal, independientemente de la acción civil (daños y perjuicios Artículo 31 del Código de Procedimientos Civiles del Distrito Federal), y la acción inhibitoria tendiente a hacer que cese la usurpación".

**La usurpación del nombre:** Se traduce o en una infracción administrativa o en una sanción, según lo dispuesto por los Artículos 213, Frac. VI, y Frac. VII de la Ley de la Propiedad Industrial, que a la letra disponen acerca de la usurpación del nombre comercial, respectivamente

También la fracción V de este artículo 213 Ley de la Propiedad Industrial, al respecto menciona, "son infracciones administrativas: "Usar, dentro de la zona geográfica en que resida la clientela efectiva, un nombre comercial semejante en grado de confusión con otro que ya esté siendo usado por un tercero, para amparar un establecimiento industrial, comercial o de servicio del mismo o similar giro".

El Artículo 223, Son delitos: "Fracción I Reincidir en las conductas previstas en las fracciones II a XXII del Artículo 213 de esta ley de la Propiedad Industrial, una vez que la primera sanción administrativa impuesta por esta razón haya quedado firme".

Fracción II "Falsificar en forma dolosa y con fines de especulación comercial, marcas protegidas por esta ley;..."

El Artículo 223 Bis y 224 de la Ley de la Propiedad Industrial, previene: "Se impondrá de dos a seis años de prisión y multa de cien a mil días de salario mínimo general vigente en el Distrito Federal al que..." .

**Del ejercicio de la acción penal:** se requiere de los supuestos previstos en las fracciones I y II del artículo 223, se requiere que el instituto emita un

dictamen técnico en el que no se prejuzgara sobre las acciones civiles o penales que procedan (artículo 225).

Artículo 226 “...El perjudicado por cualquiera de los delitos que esta ley se refiere podrá demandar del o de los autores de los mismos, la reparación y el pago de los daños y perjuicios sufridos con motivo de dichos delitos, en los términos previstos en el artículo 221Bis de esta ley”.

**Competencia de los Tribunales:** “Son competentes los Tribunales de la Federación para conocer de los delitos relativos, así como de las controversias civiles que se susciten con motivo de la aplicación de la LPI, y si los intereses que se afectan sólo son particulares, podrán conocer, a elección del actor, los tribunales del orden común (Artículo 227).

**De las Acciones civiles de Indemnización e Inhibitoria:** ellas sólo proceden en los casos de imitación, invasión o usurpación, pero no en los casos de uso ilegal de menciones para la formación del nombre; además, deberán intentarse conjuntamente (Artículo 31 del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal), aplicable (supletoriamente), si se quiere conseguir, tanto la condena de daños y perjuicios como la cesación de la usurpación.

La acción de indemnización requiere que se pruebe el daño o el perjuicio, que consistirán en la privación de ganancias adicionales, haber desviado la clientela eventual, o en la disminución de las que se obtenían con anterioridad a la invasión, imitación o usurpación.

Como en el caso de las acciones penales, se requiere la previa declaración administrativa correspondiente, que también se obtendrá a instancia de parte interesada, y de acuerdo con el procedimiento marcado en la ley.

**La Publicación del Nombre Comercial:** "Quien esté usando un nombre comercial, podrá solicitar" a la Secretaría de Economía, "la publicación del mismo en la Gaceta de la Propiedad Industrial". Dicha solicitud "se presentará por escrito... acompañada de los documentos que acrediten la personalidad del solicitante, quien deberá demostrar su utilización efectiva" (Artículos 180 y 181 LPI).

Una vez satisfechos los requisitos legales, se procede al examen de novedad, es decir a la comparación entre el solicitado y todos los nombres comerciales que designan empresas del mismo giro que estén vigentes o en trámite", a fin de determinar si existe algún nombre comercial idéntico o semejante... o una marca de servicio registrada idéntica o semejante que pudieran confundirse con la denominación o el giro de la empresa o establecimiento al que se aplique el nombre comercial". (Artículo 108 LPI).

Los efectos de la publicación son los de establecer "la buena fe en la adopción y uso del mismo" y su duración es de "cinco años, a partir de la fecha de presentación de la solicitud". "Podrá renovarse indefinidamente por periodos de la misma duración", por medio de solicitud presentada "dentro del último semestre de cada periodo" (Artículos 180 y 184 LPI).

**La Transmisión del Nombre Comercial:** puede transmitirse simultáneamente con la negociación que designa, o en forma independiente (Artículo 111 y 112 LPI),

**Terminación del derecho de uso exclusivo del nombre comercial:** este se termina cuando deja de utilizarse. Los efectos de la publicación de un nombre comercial duraran diez años, a partir de la fecha de presentación de la solicitud y podrán renovarse por periodos de la misma duración. De no renovarse, cesaran sus efectos.

### **Establecimiento**

El establecimiento es 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 el 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 Frac I Código de Comercio.), la competencia judicial común, por lo que hace a la quiebra (Artículos 6º y 395 de la Ley de lo Concursal.), etc.

Como local, tiene valor desde el punto de vista del protesto de las letras, de la aceptación de las mismas y del pago (Artículos 91, 126, 143 de la LGTOC).

El establecimiento tiene un lugar importante en materia de marcas, ya que nos hace la diferencia entre una y otra negociación , y sobre todo en las 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 (Artículo 29 del C.C. D.F.).

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.

En derecho patrio, establecimiento se entiende generalmente como local en el que se asienta la empresa (Artículos 15, 17, 18, 21, Frac IV, 23, del C.Co.).

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.

En 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 del local 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 prorroga 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.

En México, encontramos algunas normas particulares sobre el arrendamiento de locales para empresas (Artículos 2398, 2440 C.C.D.F. y 5º y 6º del Decreto que Prorroga los Contratos de Arrendamiento de las Casas o Locales, de 1948); pero no hay legislación especial en favor de los arrendatarios comerciantes.

### **2.3.2. El registro del comerciante**

Ahora bien el artículo 16 fracción II del Código de Comercio nos dice: “La inscripción en el registro publico del comercio, de los documentos cuyo tenor y autenticidad deban hacerse notorios”.

Sobre el registro del comerciante y de los documentos que deben hacerse notorios, para la información de los terceros en el Registro Publico del Comercio,

podemos manifestar que los comerciantes colectivos (Personas Morales), están obligados a realizarlo ya que para los comerciantes individuales (Personas Físicas), este requisito es potestativo, porque quien expide dichos documentos tiene fe pública y hacen plena probanza en juicio y fuera de él por eso se les llama documentos auténticos.

Lo anterior según lo dispuesto por el artículo 19 de código de comercio que a la letra dice:

“Artículo 19 La inscripción o matrícula en el registro mercantil será potestativo para los individuos que se dediquen al comercio, y obligatorio para todas las sociedades mercantiles...”

Respecto a este artículo cabe hacer la aclaración que algunas editoriales que publican el Código de Comercio el artículo 19 lo tiene derogado, más sin embargo dicho artículo no esta derogado, sólo lo que fue derogado es lo que contraviene a la Ley de Navegación y así lo dispuso el artículo tercero transitorio de las reformas que se realizaron a dicha ley en 1994.

Ahora bien, el Registro Público del Comercio persigue como finalidad hacer del dominio publico la situación jurídica del comerciante, que funda el crédito de que disfruta, como garantía para los que con el contratan y en función de la riqueza y prosperidad económica del grupo en que el comerciante vive.

Este registro se rige en la actualidad por el reglamento del 22 de enero de 1979, que derogó al anterior.

Esta oficina es pública adonde pueden acudir todo comerciante a realizar tanto la inscripción de los comerciantes, como la toma de razón de los actos y contratos que la ley manda, en atención a que afectan la condición económica y jurídica de este comerciante.

El carácter de esta oficina es publico y se determina por la circunstancia de que todo el público puede inquirir datos que aparezcan en sus registros, así como porque las constancias que el encargado de la propia oficina expide hacen fe publica, es decir, plena probanza en juicio y fuera de el, por ser lo que llaman documentos auténticos.

En el Registro de Comercio, según lo dispuesto por el artículo 18 del Código de Comercio por la Secretaría de Comercio y Fomento Industrial, ahora, Secretaría de Economía, se inscribirán los actos mercantiles, así como aquellos que se relacionen con los comerciantes y que conforme a la legislación lo requieran.

Como ha quedado establecido y expuesto la obligación es potestativa para el comerciante individual en razón de que la calidad comercial en el sujeto no deriva de una matricula, sino de las circunstancias de la Fracción I del artículo 3 del Código de Comercio.

En el caso, en las Personas Morales, (Sociedades Mercantiles), la inscripción esta justificada ya que tratándose de (Entes Colectivos), que realizan actos comerciales, el publico en general, o los comerciantes en particular y especialmente los que con dichos organismos contratan, necesitan estar

protegidos, conocer los antecedentes, solvencia, responsabilidad domicilio, duración, personas usuarias de la firma social, monto del capital, etc.

También cabe mencionar que la Ley de Sociedades Mercantiles, en el (Artículo 2º), determina que el registro de las sociedades regulares depende el nacimiento de las personas colectivas comerciales (Sociedades. Mercantiles.), y de otorgar la personalidad jurídica distinta la de los socios.

Si bien este precepto fue adicionado con relación a las sociedades irregulares o de hecho, las cuales adquieren personalidad jurídica distinta a la de los socios (Artículo 2º L.G.S.M), aun cuando no se ajusten a la Ley General de Sociedades Mercantiles, y no cumplan con el requisito de inscribirse en el Registro Publico del Comercio, “para la Ley serán Sociedades de Hecho”.

Como ya mencionamos el registro mercantil es de dos formas potestativo y obligatorio.

Ahora bien, con las reformas del 29 de mayo del 2000. establece que el Registro Público del Comercio operará con un programa informático con una base de datos a nivel nacional. Así mismo se crea el folio electrónico para cada comerciante y que deberá contener lo dispuesto por el artículo 21 del Código de Comercio.

En el artículo 21 del mismo ordenamiento, en las fracciones de la I a la VII se ocupan de la inscripción personal. Que debe contener el nombre del comerciante, clase de comerciante u operaciones a que se dedique, fecha de

iniciación de estas actividades, fecha de iniciación de sus actividades, su domicilio, y sucursales.

Las demás fracciones restantes enumeran los demás actos sujetos a registro Fracciones: IX, X, XI; pero muchos actos de estos no son mercantiles sino civiles, por su tramitación.

La inscripción en los registros debe solicitarla el comerciante interesado acompañado de los documentos respectivos cuando estos sean necesarios para la validez de los actos, y excepcionalmente sin acompañar un documento autentico cuando la ley lo demanda o lo permite; sin que el registrador pueda oponerse a la inscripción, a no ser por falta de presentación del documento correspondiente cuando sea obligatoria. El procedimiento para la inscripción de actos mercantiles se sujetara a lo dispuesto por el artículo 21 bis del código en mención.

La falta de inscripción de un acto sujeto a registro no se sancionara exteriormente, es decir, aplicando un multa u otra sanción al infractor, sino que se sancionará intrínsecamente en el acto, en cuanto a sus consecuencias y efectos.

Las inscripciones de los Registros Mercantiles se han instituido, tanto en beneficio del comerciante, como en interés de las personas que con él contratan; pero principalmente por lo último.

La primera consecuencia de la falta de registro de un acto sujeto a él se sanciona, como dijimos, intrínsecamente (internamente), reduciendo la eficacia del acto; pues no surte efectos contra terceros (quienes no han intervenido en la

realización del acto, pero que pueden ser afectados por el), cuando el acto puede perjudicarlos, aunque una vez que los terceros conocen el acto, no pueden invocar falta de validez respecto de ellos ya que solo son fines de publicidad los que tiene el Registro Público.

### **2.3.3. Contabilidad**

En lo que respecta a la Contabilidad el Artículo 33º del Código de Comercio establece que el comerciante está obligado a llevar y mantener un sistema de contabilidad. Las razones en que supuestamente se funda es que el comerciante debe seguir un orden riguroso de cuenta y razón de todos sus movimientos: (Fiscales, de compras, ventas, mobiliario, pagos, de sus deudores y acreedores, etc.), y que se justifica por motivos de interés social, además del personal que pueda tener aquél, de saber en cualquier momento su situación económica y estado de sus negocios, ya que opera en múltiples casos a crédito.

Estos motivos son, en primer lugar, que la multiplicidad y rapidez de las transacciones mercantiles no permiten hacerlas constar por medios ordinarios de prueba, por la demora, que esta ocasionaría, amén de los gastos, para el libre desenvolvimiento del comercio, y, en segundo lugar, como una garantía de orden público, para el caso de que el comerciante, por no poder cumplir con sus compromisos, por causas de un fracaso en sus negocios, se vea obligado de acudir a una autoridad judicial, la que recurriendo a sus libros podrá determinar si ha habido malos o culpables manejos de su hacienda, o mala suerte en los negocios.

Existen dos clases de sanciones que se establecen por el incumplimiento de las disposiciones legales en materia de libros de contabilidad del comerciante, unas directas y otra indirectas.

Las sanciones directas se refieren a consecuencia en el efecto probatorio que pueden tener los libros de contabilidad, según lo establece el artículo 1295 del Código de Comercio y que son en síntesis: que en caso de conflicto entre dos comerciantes y de disparidad en los asientos de los libros, harán fe los de los libros llevados en regla, salvo prueba diversa rendida en contrario, a menos que se demuestre que la carencia se debe a fuerza mayor.

Las sanciones indirectas son la multa, por no llevarse los libros, y situaciones que se contemplan para el caso de quiebra.

Ahora bien desde el punto de vista hacendarío, el Código Fiscal de la Federación en su artículo 28 establece las reglas que deben de observar quienes estén obligados a llevar la contabilidad, asimismo los artículos del 26 al 29k del reglamento del Código Fiscal de la Federación, establece los requisitos que deben llevar los sistemas y registros contables.

#### **2.3.4. Conservación de la correspondencia**

La correspondencia de los comerciantes por identidad de motivos, lo mismo que su contabilidad, está sujeta a archivar y llevarse en completo orden, y en cuanto a la que ellos expiden tienen obligación de reproducirla en un libro copiador, ya sea por medio de un procedimiento manual, mecánico, fotográfico o

electrónico esto de acuerdo a lo dispuesto por el artículo 48 del Código de Comercio.

Este libro copiador debe ajustarse a las mismas reglas dadas respecto a la forma de llevar y hacer los asientos y los libros de contabilidad.

También la correspondencia tiene fines probatorios en juicio y esta sujeta a las mismas reglas dadas respecto a la comunicación y exhibición de los libros, esto de acuerdo a lo dispuesto por el (Artículo 50 del C.CO.).

Estas últimas medidas demuestran la función complementaria que respecto a la contabilidad, tiene la correspondencia mercantil, como un medio usual de concertar y perfeccionar las operaciones mercantiles. Artículos del 47 al 50 del Código de Comercio.

### **2.3.5. Inscripción en el sistema de información**

La Ley de Cámaras Empresariales y sus Confederaciones establece otra obligación para los comerciantes y es la de proporcionar información al Sistema de Información Empresarial Mexicano donde determinen la actividad, giro y región correspondiente. Lo cual deberán realizar dentro del primer bimestre de cada año y si son de nueva constitución dentro de los dos siguientes meses (art.28). Dicha información deberá ser entregada a la Secretaría de Economía o en su defecto a las cámaras o confederaciones según lo dispone el artículo 30.

## **2.4. Obligaciones mercantiles**

Sin duda alguna, para poder determinar las obligaciones mercantiles tendremos que remitirnos a las fuentes de las obligaciones civiles, esto en base a la aplicación de la supletoriedad, ya que al respecto la legislación mercantil no reglamenta las fuentes de las obligaciones mercantiles. Es así que la legislación civil, aplicando supletoriamente el Código Civil Federal, nos determina cuales son las fuentes de las obligaciones y tenemos las siguientes:

Contratos

Declaración Unilateral de Voluntad

Enriquecimiento Ilegítimo

Gestión de negocios

Actos ilícitos

Responsabilidad objetiva

Establecido lo anterior, podemos afirmar que las fuentes de las obligaciones mercantiles son la ley.

### **2.4.1. Concepto**

#### **Obligación en sentido amplio**

“La obligación en un sentido amplio es la necesidad jurídica de cumplir voluntariamente una prestación, de carácter patrimonial (pecuniaria o moral), en

favor de un sujeto que eventualmente puede llegar a existir, o en favor de un sujeto que ya existe.”<sup>44</sup>

### **Obligación en sentido estricto**

“Es la necesidad jurídica de mantenerse en aptitud de cumplir voluntariamente una prestación, de carácter patrimonial, (pecuniaria o moral), en favor de un sujeto que eventualmente pueda llegar a existir, y si existe, aceptar”<sup>45</sup>.

### **Obligaciones mercantiles**

#### **Concepto**

“Constituye el vínculo jurídico por el cual un sujeto debe cumplir frente a otra una prestación que tiene carácter mercantil, porque el acto que la origina es de naturaleza mercantil, un contrato mercantil.”<sup>46</sup>

Otro concepto es el siguiente: “ se genera por una relación entre personas que deben regir su conducta conforme a lo dispuesto por las leyes mercantiles”<sup>47</sup>

De acuerdo a lo anterior, para considerar que una obligación es mercantil tenemos que tomar en cuenta el acto y si ese acto esta regulado por el derecho mercantil, entonces la naturaleza será mercantil.

---

<sup>44</sup> GUTIÉRREZ Y GONZÁLEZ Ernesto, Derecho de las Obligaciones, Edición Décima cuarta, Editorial Porrúa, México 2002 Pág. 46

<sup>45</sup> Ibidem. Pág 47

<sup>46</sup> VAZQUEZ DEL MERCADO Oscar, Contratos Mercantiles, Novena edición, Editorial Porrúa, México 1999, Pág.150

<sup>47</sup> ACEVEDO BALCORTA Jaime Ob. cit. Pág 251

## **2.4.2. Fundamento legal**

Las obligaciones mercantiles encuentran su fundamento legal en primer término en la legislación mercantil y posteriormente en el Derecho civil aplicado supletoriamente.

Las obligaciones mercantiles encuentran su fuente con mayor relevancia en los contratos, sin embargo no podemos dejar de considerar que también pueden surgir por algún hecho ilícito, declaración unilateral de la voluntad, convenio o por la ley.

En el sistema jurídico mexicano son pocas las disposiciones que en materia de obligaciones contiene el Código de Comercio, ya que no existe una teoría de las obligaciones en materia mercantil, cómo lo mencionamos anteriormente se aplica supletoriamente el derecho común, que es muy basto al respecto.

## **2.4.3. Cumplimiento de las obligaciones**

El cumplimiento de las obligaciones consiste en la entrega de la cantidad pactada, de la cosa o de la prestación de un servicio

A tal situación el código de comercio nos establece algunas disposiciones al respecto, los artículos 83 y 84 nos determinan lo siguiente:

“Artículo 83. Las obligaciones que no tuvieren término prefijado por las partes o por las disposiciones de este código, serán exigibles a los diez días

después de contraídas, si sólo produjeren acción ordinaria, y al día inmediato si llevaren aparejada ejecución.”

“Artículo 84. En los contratos mercantiles no se reconocerán términos de gracia o cortesía, y en todos los cómputos de días, meses y años, se entenderán: el día, de veinticuatro horas; los meses, según están designados en el calendario gregoriano; y el año, de trescientos sesenta y cinco días.”

El artículo 86 del citado código nos establece respecto del lugar del cumplimiento y a la letra dice:

“Artículo 86. Las obligaciones mercantiles habrán de cumplirse en el lugar determinado en el contrato, o en caso contrario en aquel que, según la naturaleza del negocio o la intención de las partes, deba considerarse adecuado al efecto por consentimiento de aquéllas o arbitrio judicial.”

En cuanto al objeto el artículo 87 determina:

“Artículo 87. Si en el contrato no se determinaren con toda precisión la especie y calidad de las mercancías que han de entregarse, no podrá exigirse al deudor otra cosa que la entrega de mercancías de especie y calidad medias.”

En relación a la moneda de pago el propio Código de “Comercio dispone:

“LIBRO SEGUNDO. Del comercio en general.

TÍTULO XIII. De la moneda.

Artículo 635. La base de la moneda mercantil es el peso mexicano, y sobre esta base se harán todas las operaciones de comercio y los cambios sobre el extranjero.

Artículo 636. Esta misma base servirá para los contratos hechos en el extranjero y que deban cumplirse en la República Mexicana, así como los giros que se hagan de otros países.

Artículo 637. Las monedas extranjeras efectivas o convencionales, no tendrán en la República más valor que el de la plaza.

Artículo 638. Nadie puede ser obligado a recibir moneda extranjera.

Artículo 639. El papel, billetes de banco y títulos de deuda extranjeros, no pueden ser objeto de actos mercantiles en la República, sino considerándolos como simples mercancías; pero podrán ser objeto de contratos puramente civiles.”

Asi también en relación a la moneda de pago la Ley Monetaria en su artículo 7<sup>o</sup> establece que las obligaciones de pago se denominaran invariablemente en pesos.

En cuanto a la moneda de pago, la ley es determinante que es el peso, sin embargo aunque se pacten en moneda extranjera no se le puede obligar al deudor a cubrir la deuda en otro tipo de moneda que no sea el peso mexicano.

#### **2.4.4 Incumplimiento de las obligaciones**

Cuando el deudor no cumple en los términos pactado o establecidos en la ley, incurre en mora, entendiéndose por esta como el retardo en el cumplimiento de la obligación. No ofrece problema alguno en determinar que las obligaciones mercantiles que no sean cumplidas en los términos establecidos recaen en morosidad, con todos sus efectos según lo dispone el artículo 85 del código de comercio que a la letra dice:

“Artículo 85. Los efectos de la morosidad en el cumplimiento de las obligaciones mercantiles comenzarán:

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

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

Pero cuando no se establece término tendremos que remitirnos a los artículos 83 y 84 del citado código.

La legislación mercantil no establece cuales son los efectos de la morosidad, por lo tanto tenemos que aplicar supletoriamente el derecho civil en sus artículos 2104 y siguientes, donde se establece la consecuencia de la mora y que es crear a cargo del deudor moroso una nueva obligación que es la de pagar una indemnización que comprende el pago de daños y perjuicios. Los daños es la pérdida o menoscabo sufrido en el patrimonio por falta de cumplimiento de una

obligación y por perjuicio, la privación de cualquier ganancia lícita que debería haberse obtenido de haberse cumplido la obligación.

### **2.4.5. Cláusula penal**

La cláusula es la parte fundamental del contrato, ya que aquí se fija el objeto del mismo, sus finalidades, así como los derechos y obligaciones contraídos por las partes.

#### **Clases de cláusulas**

- \* Esenciales.- aquellas sin las cuales el contrato no puede subsistir.
- \* Naturales.- están sobreentendidas en el contrato cuando las partes no sean explicado, pero pueden ser suprimidas en el por una explicación formal.
- \* Accidentales.- no pueden estar contenidas en el contrato sino en virtud de cláusula particular.
- \* Cláusula limitativa de responsabilidad.- limitan la responsabilidad civil, su validez es incuestionable a menos que proceda de dolo. Art. 2106 y 2117.  
La ley federal de protección al consumidor en su artículo 13 limita la extensión de esta cláusula.
- \* Cláusula rebus sic stantibus.- cláusula de acuerdo con la cual la subsistencia de la relación jurídica depende de la persistencia de determinadas circunstancias existentes al concluir el contrato que eran debidamente presupuestas por las partes y cuya variación era imprevisible

### **\* CLÁUSULA PENAL O PENA CONVENCIONAL.**

Consiste en el pago de una pena en dinero que el obligado promete satisfacer a quien tiene derecho de exigirle el cumplimiento o a una tercera persona en el supuesto de que incumpla o cumpla defectuosamente su obligación.

Tiene como función evaluar anticipadamente los daños y perjuicios que pudieren causarse por el incumplimiento contractual y fungir como sustitutiva de los daños y perjuicios (art. 1841 código Civil del D.F) la cláusula penal sigue la suerte del contrato.

### **2.4.6. Interés legal**

El concepto de interés se ha definido de manera general como: el cargo de servicio por el empleo de dinero o de capital que el deudor paga en parcialidades o a intervalos convenidos y se expresa generalmente como un porcentaje periódico del capital insoluto, o asimismo como una contraprestación accesorio.

El interés resulta una contraprestación accesorio, existen interés ordinario y moratorio. El primero es el que genera entre la fecha en que se asume la obligación y la del vencimiento de la misma y el segundo el que se produce a partir del día siguiente al del vencimiento de la obligación y hasta el momento en que se cumple.

Así también existe el interés convencional, que es el que pactan las partes voluntariamente, y el interés legal que es por disposición de la ley.

En cuanto al interés legal la materia civil establece que es del 9% anual y en materia mercantil el 6% anual, este último de acuerdo a lo establecido en el artículo 362 del Código de Comercio y que se refiere al contrato de préstamo.

Mucho se ha discutido respecto de la legalidad de aplicar el interés legal en materia mercantil. Se sostiene que dicho interés sólo es aplicable al préstamo y que no debe de generalizarse para todas las operaciones mercantiles. Sin embargo, considero que dicho interés si puede ser aplicado a toda la materia mercantil, toda vez que el artículo 2º del código de comercio establece que a falta de disposición en este código y demás leyes mercantiles se aplicará supletoriamente el derecho civil, luego entonces, si una disposición mercantil establece a cuanto asciende el interés legal (6% anual) aplicamos por analogía dicho interés legal.

## **CAPÍTULO III**

### **CONTRATOS MERCANTILES**

#### **3.1. Contratos mercantiles**

A continuación expondremos que son los contratos mercantiles y como se les pueda dar tal característica

##### **3.1.1 Concepto**

En el ámbito jurídico una figura muy destacada son los actos jurídicos y dentro de estos de manera sobresaliente se encuentran los contratos, que siendo una especie del género convenio, se puede afirmar que de acuerdo a la legislación civil se establecen como el acuerdo de voluntades para crear o transmitir derechos y obligaciones.

Aun cuando la ley civil establece con toda claridad la diferencia entre convenio y contrato, nuestro Código de Comercio no define lo que es el contrato sin en cambio, se refiere indistintamente a ambas figuras, cual si se tratara de la misma fuente de las obligaciones.

Al respecto el maestro Arce Gargollo establece: “No existe en el código de Comercio o en alguna otra legislación de carácter mercantil una regulación sistemática y específica del contrato mercantil en su parte general. Por ello, el concepto de contrato, sus elementos de existencia y de validez, así como la

normatividad general del acto o negocio jurídico y del contrato mercantil en lo general, deben tomarse de la regulación del derecho civil que resulta aplicable en la mayoría de sus principios y reglas.”<sup>48</sup>

Al respecto Díaz Bravo menciona: “Dentro del anchuroso mundo contractual existen en la moderna vida mercantil acuerdos de voluntades que, por una u otra razón, ofrecen algunas dificultades para encuadrarlos como contratos, en ocasiones por injustificada resistencia de los otorgantes a emplear el término contrato y en ocasiones porque las partes no disponen de libertad por efecto de taxativas legales, para convenir los términos del contrato y, en algunos casos, ni siquiera para decidir libremente si lo celebran o no.”<sup>49</sup>

La celebración de contratos constituye una clase de negocio jurídico, el cual es una declaración de la voluntad que crea derechos y obligaciones.

El contrato es el acto jurídico estipulado entre dos o más personas que origina obligaciones en una de ellas, o generalmente en ambas.

Los contratos se consideran como mercantiles cuando se encuentran regulados dentro del código de comercio; ésta es la clásica calificación automática que también se utiliza en relación con los actos de comercio.

De acuerdo con la naturaleza específica de los contratos diríamos que aquellos que se producen en el ejercicio de una empresa comercial son mercantiles, así

---

<sup>48</sup> ARCE GARGOLLO Javier, Contratos Mercantiles, Cuarta edición, Editorial Porrúa, México 1997 Pág. 31

<sup>49</sup> DÍAZ BRAVO Arturo, Contratos Mercantiles, Cuarta Edición, Editorial Harla, México 1994, Pág 13

podemos afirmar que el contrato mercantil y el contrato de empresa son términos equivalentes.

Según con lo establecido por el Código de Comercio, se consideran mercantiles aquellos contratos en los cuales se requiere de la intervención de un comerciante y la destinación al comercio, esto se deduce de los artículos que definen la sociedad mercantil, la comisión, el transporte y el seguro.

Lo que suele caracterizar a los contratos mercantiles es la rapidez y el rigor. De acuerdo con lo que establece el artículo 84 del código de comercio, “en los contratos mercantiles no se reconocen términos de gracia y cortesía”. La rapidez exige la ausencia de formalismos, ya que en su mayoría se pactan por carta, por telegrama o por teléfono tratándose de ausentes.

En relación al punto a tratar podemos manifestar que los autores de Derecho Mercantil, y en específico a los que tratan a los contratos mercantiles, no dan un concepto de lo que son éstos, sin embargo consideramos que los contratos mercantiles son: “el acuerdo de voluntades que crea y transmite derecho y obligaciones en el ámbito mercantil, ya sea por disposición de la ley, por permitirlo la ley, por la calidad de comerciante o porque el motivo o fin sea de especulación comercial.”

Al respecto justificamos tal definición:

**El acuerdo de voluntades que crea y transmite derecho y obligaciones.** Esta situación es incuestionable porque se retoma de la legislación civil aplicable supletoriamente, ya que el Código de Comercio no conceptualiza lo

que es un contrato, por lo tanto se toma el establecido por el derecho común, situación permitida por el artículo 2 del Código de Comercio.

**Por disposición de la ley.** En diferentes legislaciones mercantiles encontramos diferentes tipos de contratos mercantiles y que por obvio de circunstancias al estar tipificados por una legislación mercantil son contratos mercantiles.

**Por permitirlo la ley.** En relación a esta parte, tenemos que considerar que el comercio avanza más rápido que la legislación, y bajo este contexto los comerciantes han creado infinidad de contratos atípicos que van formulando de acuerdo a sus necesidades. Es así que, al crear dichos contratos, satisfacen sus necesidades económicas y contractuales. Decimos que, por permitirlo la ley, es que dichos contratos aunque son atípicos, es decir, no están tipificados y mucho menos reglamentados por la legislación mercantil, son realizados conforme a derecho ya que no contravienen las disposiciones normativas y por lo tanto tienen plena existencia y validez jurídica

**Calidad de comerciante.** En cuanto a la calidad, no es de explorado derecho, que los comerciantes en su actividad ordinaria realizan relaciones contractuales que por ende realizadas en el ejercicio de su profesión tienen el carácter mercantil, independientemente de que dichos actos se celebren con un civil. Al respecto el artículo 1050 del Código de Comercio nos menciona que cuando en una relación interviene un comerciante y uno que no lo es, la controversia que se derive se regirá por las disposiciones mercantiles. Así que, aplicanda la analogía dicho numeral a los contratos mercantiles, es obvio que el comerciante al celebrar el contrato en tal calidad deberá ser mercantil.

**Porque el motivo o fin sea de especulación comercial.** Entendemos por Especulación comercial; reciclar la ganancia para el mismo fin. La especulación comercial es una actividad que realiza el comerciante un su actividad, es decir, invierte en sus productos o servicios para, día con día, seguir realizando su función de comerciante. Sin embargo, cuando se pudiera tener duda si el contrato es mercantil, en función al sujeto (comerciante), tendríamos que considerar si su actividad es de especulación comercial. Porque podemos tener el caso de que el sujeto no sea un comerciante formal, pero si realice actividades del comercio; a tal hecho para poder acreditar que el acto es comercial tendríamos que considerar que el motivo o fin de su actividad es de especulación comercial, por lo tanto, al dedicar la ganancia para seguir invirtiendo en lo mismo, las relaciones contractuales que realice serán mercantiles y en consecuencia son contratos mercantiles.

### **3.1.2. Etapas del contrato mercantil**

La constitución del contrato mercantil atraviesa por tres momentos y son: La oferta o propuesta, la aceptación y la perfección del pacto.

1- La oferta.- Es la declaración unilateral de la voluntad encaminada a la celebración de un contrato; en este caso la mera propuesta no crea un vinculo sino hasta el momento de que es aceptada. Para que se constituya la propuesta ésta requiere de la existencia de algunos requisitos:

- a) Debe de contener todos los elementos esenciales del contrato al que va encaminada.

- b) La propuesta debe de dirigirse a la conclusión de un contrato, por ello no son consideradas como propuestas aquellas que no tienen la intención de obligarse.
- c) La oferta debe dirigirse a alguien, ya sea persona determinada o indeterminada; es decir que se dirija al público en general.

La oferta debe de ser mantenida en pie por un tiempo determinado, la duración no puede ser indefinida; dentro del comercio los periodos de las ofertas suelen ser cortos.

- 2- La aceptación.- Se entiende como la declaración que va dirigida al proponente de la oferta, de querer concluir el contrato como ha sido propuesto. La aceptación ha de corresponder a la propuesta, ya que de contener esta, modificaciones a la propuesta, no se puede perfeccionar el contrato por no haber consentimiento. La aceptación a de ir dirigida al proponente.
- 3- La perfección del contrato.- La coincidencia entre la propuesta y la aceptación perfecciona el contrato, es necesario que las dos declaraciones armonicen entre sí, que se complementen, de tal suerte que aún teniendo cada una de las partes intereses diversos la realización de éste contrato permita a cada una la satisfacción de sus propios intereses.
- 4- El silencio en el Derecho Mercantil.- La declaración de la voluntad puede ser expresa o tácita. La primera se expresa por medio de palabras o actos adecuados para manifestar la voluntad que se quiere. La segunda se

realiza a través de actos por medio de los cuales se deduce una determinada voluntad.

Dentro del Derecho Mercantil se discute con relación a sí el silencio puede valer en algún caso como consentimiento contractual. Algunos autores opinan, que el silencio que no manifiesta voluntad alguna no puede equivaler a consentimiento.

### **3.1.3. La forma de los contratos mercantiles**

En cierta manera todos los contratos son formales puesto que cada uno necesita de una forma, ya sea oral o escrita. Pero la formalidad de los contratos más que nada estriba en relación con la Ley, en cuanto a la autonomía de las partes de poder elegir una forma. Cuando la propia Ley impone una forma al contrato, se habla entonces de un contrato formal, y cuando se deja a las partes en libertad de escoger la forma, se dice que el contrato no es formal, pero siempre es indispensable la forma verbal.

El Código de comercio especifica que existe libertad de forma, sin que se requiera “la observación de formalidades o requisitos determinados”.

La existencia de los contratos formales se justifica por varias razones como son: Previene contra precipitaciones, da seguridad sobre el momento de la perfección del contrato, da mayor fijeza al contenido del contrato, lo hace oponible frente a terceros, etc.

Existe la excepción al principio de libertad de forma, y la encontramos en muchos de los contratos mercantiles, aquí mencionaremos sólo algunos de los actos de comercio que requieren de una formalidad:

- I. La comisión mercantil, debe constar por escrito (art. 274 C de C);
- II. El contrato de transporte, exige que el porteador extienda una carta de porte (arts. 581 a 587 C de C);
- III. El contrato de comisión en participación, debe constar por escrito (art. 254 de la LGSM);
- IV. Las relaciones y actos jurídicos que tengan vinculación con títulos de crédito, deben constar en documento (art. 5º LTOC);
- V. El fideicomiso, debe celebrarse por escrito (art. 352 LTOC);
- VI. El contrato de seguro, para fines de prueba, debe realizarse por escrito (art. 19 LCS);
- VII. Otras operaciones mercantiles exigen la entrega del bien para su perfeccionamiento, como en el caso del depósito, el reporto y la prenda mercantil. En todos estos casos nos encontramos en presencia de los llamados contratos reales.

La factura mercantil.- Algunos de los comerciantes al realizar la entrega de las mercancías, suelen enviar al adquirente ciertos documentos relativos a esas mercancías. Entre los documentos (vales, notas de pedido, notas de entrega, facturas, etc.), tiene especial importancia la factura mercantil.

Por factura se entiende la lista de mercancías, objeto de un contrato mercantil, con la mención de sus características, su precio y su cantidad. La factura hace referencia siempre a un contrato mercantil.

En muchas de las ocasiones el envío de la factura significa la aceptación del contrato por parte del vendedor. Casi siempre la factura se remite por parte del vendedor con referencia a un contrato de compraventa ya perfecto, sirviendo la factura como un aviso de que la ejecución ha comenzado por parte del vendedor.

La realidad es que, la factura representa una carta relativa a la ejecución de un contrato y su valor probatorio debe de ser equiparado al de los demás documentos privados. La factura firmada por parte del vendedor significa para éste tanto como una confesión extrajudicial y en ese concepto le vincula.

#### **3.1.4. Interpretación de los contratos mercantiles.**

Para la interpretación de los contratos mercantiles, el artículo 57 del Código de Comercio establece una regla positiva y dos prohibitivas, que limitan la actividad del intérprete: Se deben atender a los términos en que el contrato fue hecho y redactado. Se prohíbe, el tergiversar el sentido recto, propio y usual de las palabras; en segundo lugar prohíbe restringir los efectos que naturalmente se deriven del modo con que los contratantes hubiesen explicado su voluntad.

Como elementos de interpretación encontramos que se invoca a las disposiciones del Código, los usos de comercio y el Derecho común, para resolver las dudas que origine la interpretación de los contratos. De estos tres elementos tiene mayor importancia los usos.

#### **3.1.5. Límites de la libertad contractual**

Nuestro sistema positivo, se ha constituido sobre el principio de libertad.

El Código de Comercio deja en libertad a las partes respecto de la conclusión de los contratos. Pero en muchas ocasiones las exigencias de la seguridad del tráfico han impedido que dicha libertad pueda conservarse imponiendo ciertas formalidades y limitando también, la autonomía de la voluntad en orden al contenido de los contratos.

Así pues se afirma que los contratos de empresas cualquiera que sea la contraparte, son mercantiles. Todos los contratos atípicos, creados por las empresas en su tráfico profesional, serán mercantiles. Pero no se puede generalizar sobre que todos los contratos de empresa serán mercantiles.

### **3.1.6. Diferentes tipos de contratos mercantiles**

Los contratos mercantiles suelen dividirse en contratos típicos y contratos atípicos.

Los contratos típicos son todos aquellos que encuentran su regulación dentro de la ley. En el Código de Comercio no se encuentran regulados todos los contratos del derecho mercantil, sino que se encuentran regulados en diversas leyes de naturaleza mercantil, como son: El Código de comercio, la Ley General de Sociedades Mercantiles, la Ley de Títulos y Operaciones de Crédito, la Ley del Contrato de Seguro, la Ley de Navegación y Comercio Marítimo, la Ley de Protección al Consumidor, y la Ley General de Organizaciones y Actividades Auxiliares del Crédito.

## 3.2 Clasificación de los contratos

Doctrinalmente los contratos se han clasificado desde el punto de vista económico o desde su perspectiva técnica-jurídica, y los han dividido en dos grupos: Los contratos en si mismos y los que tiene relación con otros contratos.

En los contratos por si mismos encontramos a los siguientes:

- Nominados o típicos e innominados o atípicos.
- Abiertos y cerrados
- Unilaterales y Bilaterales
- Onerosos y gratuitos o de beneficencia
- Conmutativos o ciertos y aleatorios o de suerte
- Consensuales, formales, solemnes y reales
- Por adhesión y de igual a igual, paritorios o de mutuo acuerdo
- De ejecución inmediata o instantánea y de ejecución diferida

Se subdividen los contratos desde el punto de vista de sus relaciones con otros en:

- Preparatorios o preliminares y definitivos
- Conjunciones de contratos
- Principales o independientes y accesorios

Otra clasificación establece la siguiente clasificación:

- Los que tiene por objeto una finalidad económica: prestación de servicios, deposito y celebrados por portadores y alquileres.

- Los que tiene por objeto una finalidad jurídica: promesa de contrato, transacción y de compromiso.
- Los que tienen por objeto una finalidad económica jurídica: fianza, prenda, hipoteca, cesión de derechos y cesión de obligaciones.

### **3.2.1. Contratos de adhesión**

La sociedad moderna es la razón del origen del contrato de adhesión, instituyéndolo con su exigencia de mayor actividad con menor esfuerzo y pérdida de tiempo. Asimismo existen actos que por su misma naturaleza precisan de una celeridad especial que no se encuentra en la mayoría de los contratos; por ejemplo, aquellos destinados al servicio público, porque de autorizarse la discusión de sus condiciones, en cada caso, se verían entorpecidos gravemente, y al bien social le interesa que funcionen de manera ágil y expedita.

Otra causa para que el clausulado de este tipo de contratos no pueda contravenirse libremente es la falta de igualdad entre las partes, pues como suele aducirse que en éstos siempre hay un contratante que es económicamente superior al otro, lo que genera la intervención estatal, que tiene el deber de hacerlo como órgano de protección en contra de los abusos y de las explotaciones. La intervención del Estado en apoyo al débil económicamente, no es ya una actividad optativa, sino una obligación que tiene que cumplir.

La intervención del Estado se realiza por medio de contratos reglamentados en los que restringe la autonomía de la voluntad. Esta limitación es de tal manera benéfica, que sin ella tal principio se vería desplazado,

supuesto que los fuertes económicamente, impondrían su ley a la otra parte, realizándose los pactos más leoninos en agravio de quienes contrataron con ellos.

Es por ello que el Estado, por medio de leyes imperativas, dispone cuál es la posibilidad de contratar y su sentido y, mediante otras, prohíbe, puntualiza o modifica. A fin de que revistan y generen ciertos caracteres y consecuencias jurídicas, naturalmente de acuerdo con los intereses económicos en juego además de la tutela que deba dispensar, por tratarse generalmente de servicios públicos en los que debe privar el interés general.

Estos contratos que cada día tienen mayor importancia social y que constituyen una excepción al principio de la autonomía de la voluntad, fueron bautizados por Saleilles: quien asevero. “Hay pretendidos contratos que no tienen de contratos sino el nombre y cuya construcción jurídica está por hacer (...) (a los) que se les podría denominar contratos de adhesión.”<sup>50</sup>

La denominación “contratos de adhesión” ha sido censurada porque la califican poco precisa y se sugiere sustituirla por la de “contratos por adhesión”, puesto que con la expresión usual parece que se alude a una especie particular de convenio –la adhesión- que podría clasificarse en el mismo plano de la venta, el arrendamiento y los demás contratos; en realidad se pretende designar en esa forma un convenio realizado por la simple adhesión de una persona a una oferta, cuyos términos no pudo discutir.

---

<sup>50</sup> RUIZ DE CHAVEZ Y SALAZAR Salvador, Importancia jurídica y práctica de las clasificaciones de los contratos civiles, Segunda edición, Editorial Porrúa, México 1997, p. 81

El contrato de adhesión es aquel en el cual una de las partes que generalmente es un empresario mercantil o industrial que realiza una contratación en masa, establece un contenido prefijado para todos los contratos de un determinado tipo, que en el ejercicio de la empresa se realicen. Las cláusulas del contrato de adhesión no pueden ser mas que pura y simplemente aceptadas.<sup>51</sup>

Se caracterizan por el hecho de que una de las partes redacta unilateralmente las cláusulas del contrato y la contraparte se adhiere sin posibilidad de discutirlos.

En este caso hay que destacar dos problemas importantes que plantea esta figura, el primero es si se trata de un verdadero contrato; el segundo es la normativa que debe existir para evitar los abusos que se pueden producir a la parte que se adhiere.

Respecto del primer problema hay dos posturas doctrinales: una de ellas dice que no hay contrato y la considera como un acto jurídico unilateral pues el consentimiento no es contractual sino acto de adhesión. La otra postura, que tiene mayor aceptación, considera que un verdadero contrato, pues al adhesión es igual a un aceptación de la oferta y el consentimiento es contractual.

Esto nos dice que este tipo de contratos constituyen una nueva forma de contratación en que el consentimiento tiene matices diferentes de los llamados tradicionales utilizados en épocas anteriores. Se trata pues de una modalidad específica que continua siendo un acuerdo contractual, pero con una manera

---

<sup>51</sup> ARCE GARGOLLO, Javier. Contratos mercantiles atípicos. Edit. Porrúa, 8ª. Ed. México, 2001.p. 77

diferente de prestar el consentimiento, por la diferente postura que sustenta cada una de las partes, se trata de condiciones que puestas por una de las partes, motiva a la adhesión de la otra parte si es que esta quiere llegar a celebrar el contrato.

“Tratando de puntualizar las características específicas de este contrato, pueden ser notas distintivas: a) simplificación de acuerdos, b) desigualdad de las partes, c) papel del estado, d) promesa pública, firme e irrevocable y e) predominio del interés general.”<sup>52</sup>

La simplificación del acuerdo, que hace que el aceptante no pueda diferir o modificar la propuesta ya prerredactada a la que debe adherirse, motiva una notoria economía de tiempo, que está también asegurada por la irrevocabilidad de la oferta, pero impide al proponente modificarla o retractarse. La desigualdad de las partes consiste en que una de ellas ha tenido el privilegio de determinar las condiciones en que debe ser aceptada la propuesta y es la que origina los mayores problemas en el análisis de esta categoría por haber facilitado los posibles abusos en perjuicio del contratante más débil. El papel del estado está dirigido a evitar los posibles abusos en perjuicio del contratante más débil. El estado puede tomar intervención en esta clase de contratos por intermedio de los tres poderes que lo componen. La promesa pública, firme e irrevocable tiene estado público desde el momento que se emite y no puede luego ser modificada por el oferente, quien también queda sujeto y atado al cumplimiento de las condiciones generales que ha cristalizado en la formulación de su oferta. El predominio del interés general está dado por la simplificación del sistema que

---

<sup>52</sup> GARRIDO- ZAGO, Contratos Civiles y Comerciales, Edit. Universidad, , Buenos Aires 1995, p. 491

permite contrataciones acordes con la realidad fáctica producida como lógica consecuencia del desarrollo tecnológico de la sociedad.

Del contrato de adhesión pueden deducirse las ventajas y los inconvenientes que la doctrina enumera con motivo del contrato. En las ventajas se mencionan.

1. Que la figura, al contener condiciones generales, permite una delimitación detallada y minuciosa de las prestaciones asumidas por las partes, eliminando incertidumbres y dudas y ofreciendo a la vez mayor seguridad en la interpretación y ejecución de los contratos.

2. La determinación más exacta de los derechos y obligaciones de la empresa permite a ésta un cálculo más aproximado de sus gastos y costos, facilitándole establecer precios más reducidos y pues una mayor certeza en cuanto al contenido de los contratos singulares elimina riesgos de gastos motivados por acciones judiciales de incumplimiento y de responsabilidad; al no incidir tales gastos en los precios, se facilita la competencia comercial.

3. La predisposición de formularios o condiciones generales eliminan trámites y etapas precontractuales, simplificando considerablemente el proceso de formación y conclusión de los contratos singulares y favoreciendo la rapidez de los negocios.

4. Permite a la empresa uniformar el contenido jurídico de sus relaciones contractuales, facilitando la concertación de negocios por medio de agentes o

representantes en lugares diversos y a veces, muy alejados de la sede de la empresa.

5. Establecen un nivel igualitario par todos los eventuales contratantes, los cuales actúan, frente a la empresa, sobre la base de la igualdad de trato por parte de esta, evitándose así las maniobras sorpresivas y los abusos emergentes de la mala fe de la empresa o de la ignorancia o desconocimiento de la otra parte.

“Entre los signos positivos se ha hecho ver que a través de su utilización se logran dos importantes objetivos en una economía de masa: en primer lugar, permite que el proceso de racionalización en la producción y distribución de bienes y servicios alcance pelan eficacia. En segundo termino, su empleo se traduce en un signo positivo par ala circulación de las riquezas”.<sup>53</sup>

Estas dos ventajas son señaladas por casi toda la doctrina que se ha ocupado del tema. Todo proceso económico siempre ha buscado encontrar su camino jurídico. Aquí la racionalización aplicada por las grandes empresas también ha seguido ese principio trasladándose al campo jurídico a fin de encontrar las técnicas apropiadas a esa directiva general. El resultado de esa búsqueda ha determinado que la contratación en base a condiciones generales sea la expresión jurídica mas acorde para sus objetivos económicos.

Entre los inconvenientes se citan.

---

<sup>53</sup> VALLESPINOS, Carlos Gustavo, El contrato por adhesión a condiciones generales, Edit. Universidad, Buenos Aires 1984, p. 244

1. La redacción unilateral de las cláusulas, que el destinatario acepta o rechaza, sin posibilidad de modificarse.

2. El predisponente, aprovechando su situación de parte económicamente fuerte y en ejercicio de una actividad monopolizada, además de su experiencia jurídica, fortalece su posición contractual y debilita la de la otra parte imponiendo cláusulas vejatorias.

3. La predisposición de cláusulas equívocas, oscuras o redactadas maliciosamente, en formularios de letra menuda que, dada la prisa con que suelen celebrarse los contratos singulares, en la mayoría de los casos no son leídas por el adherente, facilita la comisión de abusos y fraudes..

“Lo cierto es que el contrato por adhesión ha sido impuesto por las circunstancias económicas y en la actualidad se admite unánimemente su licitud, a la vez que se busca por distintos caminos la protección del adherente que, en determinadas circunstancias puede considerarse víctima de una presión excesiva por la parte que redactó las condiciones generales.”<sup>54</sup>

### **3.2.1.1. Teorías que justifican a los contratos de adhesión**

En la cuestión a la índole contractual o no de los contratos de adhesión suscito arduas controversias, habiéndose propuesto dos teorías extremas y una intermedia.

---

<sup>54</sup> MOSSET ITURRASPE, Jorge. Contratos, Edit. Rubinzal-Culzoni Editores. Buenos Aires 1995. p. 149

### 3.2.1.1.1 La teoría publicista

*La tesis anticontractualista*, “los partidarios de esta posición parten de un supuesto básico para afirmar su postura: que verdaderamente existe en estos actos es una declaración de voluntad unilateral pues, a pesar de que son aceptados, resultan determinados por una sola voluntad: la del oferente”.<sup>55</sup>

Esta es otra tesis de las llamadas extremas, que se ha denominado del “acto unilateral” o publicista, niega la naturaleza contractual del negocio por adhesión, aun cuando sea dable señalar, en las opiniones de sus partidarios, matices claramente diferenciales. Para Saleilles, “se trataría de una declaración unilateral de voluntad obligatoria que dicta su ley no a un individuo aislado sino a una colectividad indeterminada y que se obliga previa y unilateralmente, a reserva de la adhesión de aquellos que quieran aceptar la ley del contrato. Fue este autor quien anoto, por primera vez que podía señalarse la presencia de una nueva forma de vinculación jurídica, surgida de los caracteres mismos de un momento histórico e imposible de ubicar dentro del marco tradicional de los tipos d contratos. Significaba esa zona en donde la norma creada resulta de la superposición de la una voluntad sobre otra.”<sup>56</sup>

Para Hauriou la naturaleza de estos actos es de tipo reglamentario a los cuales se adhiere otra voluntad. Para Duguit originan un estado de hecho objetivo y permanente al cual se suman los interesados.

---

<sup>55</sup> VALLESPINOS, Carlos Gustavo. Op. Cit. p. 246

<sup>56</sup> MOSSET ITURRASPE, Jorge. Op. cit. p. 156

Coinciden estos autores en afirmar que el llamado contrato por adhesión no es sino un acto unilateral que beneficia o perjudica a quien se adhiere a él. Pero esta adhesión, afirman esta muy lejos de cambiar su naturaleza y volverlo bilateral, es un requisito accesorio para que entre en vigor como lo es la promulgación de una ley con respecto a su validez. Los efectos del acto serán determinados tan solo por la voluntad y la personalidad de su autor.

Parten, en el desarrollo de su planteos, de considerar que la noción de contrato supone la igualdad de aquellos que lo realizan y en los por adhesión, sostiene, se enfrentan dos partes entre las cuales no existe igualdad alguna, cualquiera sea la medida, como para admitir la posibilidad de un vínculo tal.

### **3.2.1.1.2. La teoría contractualista**

*La clásica o contractualista*, postula la desaparición de toda línea divisoria entre la figura en estudio y los demás contratos, los que por contraste suele denominarse paritarios. “Para esta posición no existen distinciones de fondo entre los llamados paritarios, discrecionales o de discusión y los contratos por adhesión. En efecto, sostienen los partidarios de esta tesis que en ambas modalidades esta presente el acuerdo de partes nacido del doble juego de las voluntades del estipulante y del adherente”.<sup>57</sup> Esta tesis no admite que los celebrados por adhesión escapen a las reglas que gobiernan los nacidos de la discusión; la captación, afirman constituye una condición indiscartable para el contrato, cualesquiera sea, adquiera vida. Nace de una doble voluntad, la del ofertante o predisponente y la del adherente y sus efectos jurídicos están delimitados igualmente por la voluntad de ambos colaboradores.

---

<sup>57</sup> VALLESPINOS, Carlos Gustavo. Op. Cit. p.264.

Observan que de existir una categoría de actos jurídicos distintos originados por la adhesión, sería preciso definirlos, indicar los criterios válidos de distinción y que, por el contrario, nada de eso hacen los partidarios de la denominada nueva teoría. La única fórmula precisa a que se han echado mano, es la de considerar como actos por adhesión a todos los que revisten el carácter de la ley colectiva. Aludiendo con esa denominación a una oferta dirigida no un individuo en particular sino a cualquiera del público. Esta oferta presenta el carácter, en opinión de los anticontractualistas, de una ley que se aplica a todos los que se adhieren a ella.

Para demostrar la verdad de la tesis clásica se analizan el nacimiento del contrato por adhesión y se estudian sus efectos jurídicos. Se comprueba así como antes de producirse la adhesión carece de existencia, lo cual evidencia la necesidad ineludible de la común voluntad de dos o más partes, aun cuando esas voluntades no se encuentren en pie de igualdad. La diferencia de poder de negociación entre una y otra parte, es otro de los rasgos típicos. En lo que respecta a los efectos apuntan que el adherente sólo se obliga en la medida de su adhesión; no está obligado a más. La voluntad del predisponente no basta para ligarlo.

### **3.2.1.1.3. Teoría intermedia**

*La tesis intermedia*, aprehende el contrato de adhesión como un negocio de base contractual y fondo reglamentario. Sería una tercera categoría, dentro de los actos jurídicos bilaterales, que estaría a mitad de camino entre el contrato y la institución.

Quienes así piensan contraponen el contrato, en el cual las partes fijan libremente sus obligaciones recíprocas, sus nuevas situaciones jurídicas con la institución en la cual el legislador fija imperativamente la situación nueva, las condiciones y de allí que también le denominen acto-condición. A mitad de camino, repetimos, se encontraría el contrato por adhesión en el cual uno de los contratantes impone su voluntad al otro, obligando al legislador a intervenir para asegurar la protección del más débil.

La protección del adherente, parte débil, necesitada, inexperta o ligera, es la gran cuestión de la figura en examen. Y dentro de los adherentes posibles resalta la figura del consumidor, de la persona necesitada de bienes y servicios para la satisfacción de sus necesidades. Es por ello que la contratación por adhesión es, para un sector de la doctrina, un capítulo destacado de la protección del consumidor.

Los sostenedores de esta posición reconocen por un lado que la teoría nueva da a los simples particulares un poder reglamentario verdaderamente peligroso para el público y por el otro lado achacan a la doctrina clásica el admitir demasiadas ficciones que se hallan en abierta contradicción con la realidad.

Parten del distingo entre contratos de derecho privado y los denominados contratos de derecho público. Y estudian al contrato por adhesión dentro de los primeros. En ellos, una exacta observación de los hechos nos conduce a diferenciar dos tipos de cláusulas: aquellas que son esenciales, sobre las cuales necesariamente se ha detenido la atención de las partes que intervienen, de aquellas otras que son accesorias o que por lo menos el destinatario de la

oferta les ha considerado como tales; estas ultimas no pueden sino precisar y completar las primeras, siendo contrario a la buena fe que fundándose en ellas intente desnaturalizar la esencia del contrato.

El contrato típico o regulado legalmente, celebrado por adhesión, se desnaturaliza cuando, sin razón suficiente, se aparta de los efectos normales o naturales, establecidos por normas dispositivas; del denominado modelo razonable.

“Los actos por adhesión, concluyen son contratos y los efectos determinados por la común intención de las partes; pero precisamente por esa común intención, en virtud de la voluntad real de los contrayentes, hay que respetar la jerarquía que existe entre las diversas cláusulas de un contrato. Las cláusulas esenciales, en su letra y en su espíritu, deben regir la vida del contrato”.<sup>58</sup>

#### **3.2.1.1.4. La moderna corriente doctrinal**

Esta corriente es sustentada por el profesor Ernesto Gutiérrez y Gonzáles que al respecto menciona: “Su naturaleza jurídica es propia y no es la de un contrato. Se trata de un acto jurídico que requiere como elementos de existencia, no sólo el consentimiento y el objeto, sino que lleva un elemento más: la voluntad del Estado, pero no en la forma de una sanción general que otorgan las leyes generales, permanentes y abstractas, y que se ponen en movimiento por actos de los particulares; no la voluntad del Estado interviene como elemento esencial y definitivo, pues autoriza conforme a la ley, a los particulares, para que proporcionen el servicio público que entraña todo guión administrativo.

---

<sup>58</sup> MOSSET ITURRASPE, Jorge. Op. cit. p. 152

Es esencial de este acto y concomitante a su nacimiento, la autorización previa del estado, Ese elemento le da una naturaleza jurídica y una esencia diversa del contrato.

Su verdadera naturaleza en síntesis, es la de un acto administrativo plurilateral, pues en él se encuentran siempre mínimo tres sujetos, el Estado, la empresa y el particular usuario.”<sup>59</sup>

Al respecto compartimos la opinión del maestro Ernesto Gutiérrez, en virtud de que la Procuraduría es una autoridad administrativa dependiente del Ejecutivo, y la creación del contrato, si bien es cierto, es hecho en primera instancia de manera unilateral, también lo es, que la Procuraduría interviene para su aprobación y en defensa del consumidor, por lo que para poder ser registrado como contrato de adhesión es necesaria la autorización de la autoridad administrativa y en todo momento es un acto administrativo hasta que es celebrado con el consumidor y se vuelve un acto particular.

### **3.3. Legislación que regula el contrato de adhesión en México**

La legislación que regula el contrato de adhesión es la Ley Federal de Protección al Consumidor, en sus artículos del 85 al 90 bis establece:

De los contratos de adhesión

“Artículo 85. Para los efectos de esta ley, se entiende por contrato de adhesión el documento elaborado unilateralmente por el proveedor, para establecer en formatos uniformes los términos y condiciones aplicables a la adquisición de un

---

<sup>59</sup> Cit pos, RUIZ DE CHAVEZ Y SALAZAR Salvador, Ob. Cit. pp. 87-88

producto o la prestación de un servicio, aún cuando dicho documento no contenga todas las cláusulas ordinarias de un contrato. Todo contrato de adhesión celebrado en territorio nacional, para su validez, deberá estar escrito en idioma español y sus caracteres tendrán que ser legibles a simple vista. Además, no podrá implicar prestaciones desproporcionadas a cargo de los consumidores, obligaciones inequitativas o abusivas, o cualquier otra cláusula o texto que viole las disposiciones de esta ley.”

“Artículo 86. La Secretaría, mediante normas oficiales mexicanas, podrá sujetar contratos de adhesión a registro previo ante la Procuraduría cuando impliquen o puedan implicar prestaciones desproporcionadas a cargo de los consumidores, obligaciones inequitativas o abusivas, o altas probabilidades de incumplimiento. Las normas podrán referirse a cualesquiera términos y condiciones, excepto precio.

Los contratos de adhesión sujetos a registro deberán contener una cláusula en la que se determine que la Procuraduría será competente en la vía administrativa para resolver cualquier controversia que se suscite sobre la interpretación o cumplimiento de los mismos. Asimismo, deberán señalar el número de registro otorgado por la Procuraduría.”

“Artículo 86 bis. En los contratos de adhesión de prestación de servicios deben incluirse por escrito o por vía electrónica los servicios adicionales, especiales o conexos que pueda solicitar el consumidor de forma opcional por conducto y medio del servicio básico.

El proveedor sólo podrá prestar un servicio adicional o conexo no previsto en el contrato original si cuenta con el consentimiento expreso del consumidor, ya sea por escrito o por vía electrónica.”

“Artículo 86 ter. En los contratos de adhesión de prestación de servicios, el consumidor gozará de las siguientes prerrogativas:

- I. Adquirir o no la prestación de servicios adicionales, especiales o conexos al servicio básico;
- II. Contratar la prestación de los servicios adicionales, especiales o conexos con el proveedor que elija;
- III. Dar por terminada la prestación de los servicios adicionales, especiales o conexos al servicio básico en el momento que lo manifieste de manera expresa al proveedor, sin que ello implique que proceda la suspensión o la cancelación de la prestación del servicio básico. El consumidor sólo podrá hacer uso de esta prerrogativa si se encontrare al corriente en el cumplimiento de todas sus obligaciones contractuales y se hubiese vencido el plazo mínimo pactado; y
- IV. Las demás prerrogativas que señalen ésta y otras leyes o reglamentos.

El consumidor gozará de las anteriores prerrogativas aun cuando no hubieren sido incluidas de manera expresa en el clausulado del contrato de adhesión de que se trate.

“Artículo 86 quater. Cualquier diferencia entre el texto del contrato de adhesión registrado ante la Procuraduría Federal del Consumidor y el utilizado en perjuicio de los consumidores, se tendrá por no puesta.”

“Artículo 87. En caso de que los contratos de adhesión requieran de registro previo ante la Procuraduría, los proveedores deberán presentarlos ante la misma antes de su utilización y ésta se limitará a verificar que los modelos se ajusten a lo que disponga la norma correspondiente y a las disposiciones de esta ley, y emitirá

su resolución dentro de los treinta días siguientes a la fecha de presentación de la solicitud de registro. Transcurrido dicho plazo sin haberse emitido la resolución correspondiente, los modelos se entenderán aprobados y será obligación de la Procuraduría registrarlos, quedando en su caso como prueba de inscripción la solicitud de registro. Para la modificación de las obligaciones o condiciones de los contratos que requieran de registro previo será indispensable solicitar la modificación del registro ante la Procuraduría, la cual se tramitará en los términos antes señalados.

Los contratos que deban registrarse conforme a esta ley, las normas oficiales mexicanas y demás disposiciones aplicables, y no se registren, así como aquéllos cuyo registro sea negado por la Procuraduría, no producirán efectos contra el consumidor.”

“Artículo 87 bis. La Procuraduría podrá publicar en el Diario Oficial de la Federación el modelo de aquellos contratos que deban ser registrados de conformidad con el artículo 86 de esta ley, a fin de que los proveedores puedan utilizarlos. En tales casos, el proveedor únicamente dará aviso a la Procuraduría sobre la adopción del modelo de contrato para efectos de registro. Cuando el proveedor haya dado aviso a la Procuraduría para adoptar un contrato conforme al modelo publicado, no podrá modificarlo ni incluir otras cláusulas o excepciones a su aplicación, sin haber cumplido con lo dispuesto en el artículo 87 ter. En caso de no hacerlo, dichas modificaciones, adiciones o excepciones se tendrán por no puestas.”

“Artículo 87 ter. Cuando el contrato de adhesión de un proveedor contenga variaciones respecto del modelo de contrato publicado por la Procuraduría a que se refiere el artículo anterior, el proveedor deberá solicitar su registro en los términos del procedimiento previsto en el artículo 87.

“Artículo 88. Los interesados podrán inscribir voluntariamente sus modelos de contrato de adhesión aunque no requieran registro previo, siempre y cuando la Procuraduría estime que sus efectos no lesionan el interés de los consumidores y que su texto se apega a lo dispuesto por esta ley.”

“Artículo 89. La Procuraduría, en la tramitación del registro de modelos de contratos de adhesión, podrá requerir al proveedor la aportación de información de carácter comercial necesaria para conocer la naturaleza del acto objeto del contrato, siempre y cuando no se trate de información confidencial o sea parte de secretos industriales o comerciales.”

“Artículo 90. No serán válidas y se tendrán por no puestas las siguientes cláusulas de los contratos de adhesión ni se inscribirán en el registro cuando:

- I. Permitan al proveedor modificar unilateralmente el contenido del contrato, o sustraerse unilateralmente de sus obligaciones;
- II. Liberen al proveedor de su responsabilidad civil, excepto cuando el consumidor incumpla el contrato;
- III. Trasladen al consumidor o a un tercero que no sea parte del contrato la responsabilidad civil del proveedor;
- IV. Prevengan términos de prescripción inferiores a los legales;
- V. Prescriban el cumplimiento de ciertas formalidades para la procedencia de las acciones que se promuevan contra el proveedor; y
- VI. Obliguen al consumidor a renunciar a la protección de esta ley o lo sometan a la competencia de tribunales extranjeros.”

“Artículo 90 bis. Cuando con posterioridad a su registro se aprecie que un contrato contiene cláusulas que sean contrarias a esta ley o a las normas oficiales

mexicanas, la Procuraduría, de oficio o a petición de cualquier persona interesada, procederá a la cancelación del registro correspondiente.”

En tales casos, la Procuraduría procederá conforme al procedimiento establecido en el artículo 123 de esta ley.

### **Mercantilidad del contrato**

“La adhesión representa la forma más sencilla de manifestar el asentimiento, que esta en la génesis del consentimiento, en un mundo altamente tecnificado”<sup>60</sup>

Se llega al tema como una consecuencia necesaria de las nuevas condiciones económicas de la sociedad es un producto típico de nuestra época que no previo ni pudo prever el legislador del siglo XIX. Se ha demostrado que los contratos por adhesión son hijos de la contratación en masa, por lo que son elaborados en serie, según la ley de los grandes números, sometidos a una estandarización rigurosa, que por un proceso de tipificación contractual reduce al mínimo esfuerzo de las partes y la pérdida de tiempo. La rutina agrega, sustituye la reflexión, con lo cual la técnica logra que la armadura contractual dé el rendimiento máximo a expensas de la libertad de contratación. La uniformidad de la producción exigida por razones técnicas y capitalistas conduce a la uniformidad de goce y de cambio de las cosas y servicios y de esta a la uniformidad de los contratos.

---

<sup>60</sup> MOSSET ITURRASPE, Jorge. Op. cit. p. 153

Coincidiendo con tales apreciaciones, se establece que los contratos de contenido estándar participan de la naturaleza general de la producción maquinista o en serie y que son piezas adecuadas para la acelerada distribución de bienes. Aun régimen de bienes fungibles se añade un régimen de transacciones fungibles. El desarrollo de las formas gregarias de contratación permite simplificar la organización y la gestión de la empresa.

Así como en otra base histórica de la institución contractual los usos mercantiles ejercieron influencia en punto de reconocimiento de la fuerza vinculante del simple acuerdo de las partes, desprovisto de formalidades, esos mismos usos nos llevan hoy a modificar la estructura del consentimiento, dejando de lado un aspecto que antaño se juzgo fundamental. Si se analiza la razón de ser de esta modalidad, debemos admitir que algún motivo poderoso acuerda al predisponente esa posición de superioridad que le permite dictar la ley de las partes. No es suficiente para esclarecer el punto señalar que la igualdad jurídica y la igualdad económica no constituyen ya, como pretendió el liberalismo, la expresión de dos verdades inseparables, y ello por cuanto, aun en nuestro estado capitalista actual, un régimen de libre competencia en sentido amplio, impediría el arraigo del contrato por adhesión, el consumidor encontraría siempre un productor que, para atraer a un cliente nuevo, estaría dispuesto a acordarle condiciones mas favorables y aceptar su intervención en la determinación de las cláusulas contractuales. De allí que sea necesario completar el cuadro de desigualdad económica incorporando al esquema por el cual transita la figura, el monopolio, que puede ser legal o de hecho; este rasgo es, en nuestra opinión más caracterizante que el de la desigualdad económica porque podemos suponer un contrato celebrado por adhesión entre dos empresas de poderíos económicos similares, pero dedicadas a cumplir, como

monopolistas, actividades distintas. El florecer de los monopolios comporta el paralelo incremento de esta modalidad en la celebración de los distintos contratos. Quizá por ese motivo, se ha señalado que es un régimen propicio para la existencia de monopolios la lucha por la clientela ha dejado paso a la lucha contra la clientela.

No obstante ello, que el contrato por adhesión puede existir sin necesidad de monopolio alguno, por libre determinación del destinatario aceptante.

“En rigor, el tráfico muestra en la actualidad como más destacable el fenómeno del oligopolio: el acuerdo entre proveedores, empresarios de bienes y servicios, para fijar las condiciones de la comercialización: precios plazos, garantías, etc. Los monopolios se dejan sentir en los denominados servicios públicos: luz, gas, teléfono, correo, etc. Muchos de ellos privatizados pero sin competencia.”<sup>61</sup>

### **Elementos personales**

Los elementos personales del contrato de adhesión van a ser el ofertante y el adherente.

En este supuesto el ofertante es una persona de existencia ideal, de una gran pujanza económica, que goza de un monopolio de hecho y de derecho, y el aceptante se ve constreñido a aceptar las condiciones propuestas porque no puede modificar la oferta ya que no está permitida la libre discusión de las

---

<sup>61</sup> Ibidem. p. 155

cláusulas de la convención futura y tampoco puede rechazarlas desde que frecuentemente, no puede esperar encontrar mejores o similares condiciones.

La escuela publicista nos maneja que la voluntad del adherente no tiene en realidad mas que un rol completamente subsidiario.

“La escuela contractualista nos dice que la desigualdad económica de las partes constituye causa suficiente para descartar la noción de contrato. No puede confundirse la lesión posible resultante de una de las partes con un vicio de la voluntad, ni presumirse de modo general que exista consentimiento viciado por parte de los adherentes, so pena de destruir totalmente la noción jurídica del contrato.”<sup>62</sup>

Hemos marcado como carácter típico de la estipulación, la situación de superioridad contractual del estipulante respecto del estado de sumisión del adherente. Sin embargo, pese a la inferioridad contractual de este ultimo debemos dar revista a las distintas actitudes que puede tener frente a las condiciones generales y por sobre todo, que elementos del contrato por adhesión quedan afectados.

Hemos remarcado como carácter típico del contrato de adhesión el hecho de que son emitidas para ser aceptadas por el adherente en virtud de la superioridad que tiene el estipulante en la relación contractual, lo cual lleva implícito el requisito de adhesión y no de plena aceptación.

---

<sup>62</sup> Enciclopedia OMEBA. pp. 247- 253

Es decir, no toda estipulación desembocará invariablemente en un contrato de adhesión. Ello ocurrirá solamente cuando se encuentre con el segundo monto jurídico con la adhesión. En este supuesto entra un nuevo cuestionamiento que se hace frente a la hipótesis que consiste en determinar si, pese a que fueran aceptadas y queridas las condiciones generales emitidas por un estipulante, se las debe excluir del ámbito de protección en el caso en que el sujeto que las acepto sufriera un perjuicio. La cuestión es difícil, en principio al no quedar incluida en al categoría de contrato por adhesión no se le podrá brindar la misma protección al perjudicado como si fuera típicamente un adherente. Habrá de pensar en situaciones de negligencia, de pereza, etc, que de ninguna manera el ordenamiento jurídico debe amparar.

### **Elementos reales**

Las condiciones generales o estipulación suelen presentarse en formularios de difícil comprensión, constituyendo lo que ha dado en llamarse: el derecho de la letra pequeña. En él, normalmente están determinadas las condiciones técnicas, las distintas cláusulas destinadas a limitar los alcances de la responsabilidad del estipulante o a exonerarlo; cláusulas penales; cláusulas de rescisión; cláusulas referidas al tiempo de ejecución; la plazo de cumplimiento a la competencia de jurisdicción, en definitiva a todas aquellas consideraciones que el estipulante, merced a su preponderancia contractual, y también a su experiencia en la materia, entiende que deben quedar incluidas par ala formación de sus negocios.

Al margen de estas cláusulas, que tiene por principal característica el de ser complementarias del objeto principal también se suele incluir los propios elementos esenciales del contrato (precio - objeto), en cuyo caso las soluciones

de protección hacia el adherente deberán variar fundamentalmente. Este contenido de la estipulación, sea en lo esencial, sean en el complemento, puede degenerar en abuso mediante distintos ardides. En efecto, las cláusulas que conformaran las condiciones generales de los contratos aparecen impresas en letras prácticamente ilegibles, que suelen contener ambigüedades referidas tanto a su formación como a su contenido. Así, por ejemplo se emplea la técnica abusiva de hacer creer al consumidor que la firma de la solicitud no lo obliga y que aun está en tratativas como la empresa, o bien la ambigüedad puede surgir de la forma en que aparecen redactadas.

Otra de las consecuencias dañosas en la aplicación de la estipulación suele surgir de las mismas condiciones generales. Así, por ejemplo, la cantidad de remisiones y de imprecisiones que contienen hacen que el cliente solamente conozca parte de la documentación que luego se le exigirá que firme. Por ultimo, otra de las situaciones abusivas a que se puede prestar el empleo de la estipulación está referido a su extremo mas grave: la utilización de verdaderas cláusulas leoninas que desequilibran totalmente la ecuación contractual.

Los dos aspectos del contenido de la estipulación generalmente están bien perfilados en el documento contractual, a tal punto que suele titularse los: "contrato" y "anexo". En el contrato aparecerán todos aquellos elementos sobre los que los contratantes prestaran más atención: precio y objeto. Será entonces el núcleo.<sup>63</sup>

El precio debe ser verdadero, es decir, serio, real, efectivo, no irrisorio, simulado o ficticio. Así si se conviene que el precio no será entregado, la venta será inexistente. Que el precio deba ser cierto significa que las partes lo

---

<sup>63</sup> Cfr. VALLESPINOS, Carlos Gustavo. Op. Cit. p.321

determinen expresamente en una suma de dinero o por referencia a otra cantidad su señalamiento no puede dejarse al arbitrio de uno de los contratantes, pero si se puede librase al arbitrio de un tercero en cuyo saco solo hasta el momento que el tercero cumpla su misión habrá venta. También se tendrá por cierto la referencia de las partes a la que la cosa valga en día y lugar determinados. El precio ha de consistir en dinero aunque se admite que la contraprestación del comprador se pague parte en dinero y parte con el valor de otra cosa, siempre y cuando el importe en dinero sea igual o mayor de esa cosa.

Los autores suelen mencionar como objeto el suministro de energía eléctrica; el servicio telefónico; correos y telégrafos; el transporte terrestre, marítimo y aéreo; el contrato de seguro; algunos contratos bancarios: servicios de cajas de seguridad, deposito regular de títulos simples y en administración, deposito regular de dinero; deposito regular de dinero; deposito de mercancías en almacenes generales de deposito; contrato de capitalización; contrato ley en materia laboral.<sup>64</sup>

### ***Elementos formales.***

Ya que de otro modo no seria posible determinar los alcances de las estipulaciones que, como forzosas, exige la ley para la validez del contrato. Son todos los formularios que utilizan las diferentes instituciones o empresas para elaborar un contrato. Tienen que ser por escrito según lo establece la Procuraduría Federal del Consumidor. Ya que la falta de forma prescrita por la ley produce la nulidad relativa del acto esto lo encontramos establecido en el art. 2228 del Código Civil. Esto compete como nos dice el art. 2229 del mismo

---

<sup>64</sup> Cfr. TREVIÑO GARCÍA, Ricardo. Epitome de los contratos. Edit. Mc. Graw Hill, México 1994, p.33

Código: "la acción y la excepción de nulidad por falta de forma competen a todos los interesados". Es lógico pensar que la falta de forma interesa a cualquiera de las partes que intervienen en un acto, de ahí que, cualquiera de ellas pueda alegarlas, ya como acción, ya como excepción, como atinadamente lo indica el legislador.

## **CAPÍTULO IV**

### **EL CONTRATO DE MEMBRESÍA Y LA NECESIDAD DE REGULARLO EN LA LEGISLACIÓN MEXICANA**

#### **4.1. El contrato de membresía**

Es aquí donde abordamos el punto toral de este trabajo, al hablar del contrato de Membresía, hay que establecer primero si es o no un contrato; que tipo de contrato; cuales son sus características; su regulación; y, por ultimo determinar si este es o no un acto simulado. Lo anterior con base en un análisis comparativo que se realice con el contrato de Tiempo Compartido, toda vez, que este es el que mas similitud tiene con el contrato de Membresía, para lo cual se estudiará un contrato tipo de Membresía que fue obtenido de la cadena hotelera FIESTA AMERICANA, en virtud de lo anterior empezaremos a realizar el análisis correspondiente.

En los últimos años cuando vamos a vacacionar a los diferentes puntos turísticos de la Republica Mexicana o caminando por algún centro comercial de manera inevitable, eres abordado por un comisionista para ofrecerte los servicios que realiza su Empresa, si no estas interesado lo único que te piden es que llenes un cuestionario para con el mismo poder obtener su número telefónico.

Sin embargo las cadenas hoteleras realizan lo que se le denomina *marketing* para que tú, como turista, les prestes toda la atención, esto de acuerdo con alguna de las estrategias que llevan a cabo, por ejemplo cuando realizas tu reservación con la cadena hotelera y llegas al hotel, tienes un desayuno de cortesía el cual es disfrutado en compañía del comisionista para que este haga la introducción al fabuloso mundo del *Vacation Club*, para lo cual te piden de una a dos horas de tu tiempo que tienes de tus vacaciones.

En dos horas te hacen un recorrido por todas las instalaciones del hotel, te muestran un video en donde se observa los diferentes hoteles a los que tendría acceso en caso de ser socio; con imágenes realmente bellas del paisaje y la gente (hombres y mujeres en traje de baño) disfrutando de la playa, o aquellos paisajes invernales en donde aparece esta gente disfrutando de la nieve y en una habitación tomando una bebida con la chimenea prendida, ¿A quien no le gustaría tener una vacaciones así?.

O bien, eres contactado por vía telefónica para ofrecerte una cena gratis en compañía de una persona, en las instalaciones del hotel de la cadena hotelera; esto dura mientras el tiempo que se firma el contrato, sin omitir el video antes de la cena.

Cuando la persona empieza a tratar con los comisionistas surgen diferentes dudas, estas se plantean y las mismas se contestan por los mismos, pero siempre surge la misma duda, "ES ESTE CONTRATO DE MEMBRESIA ES LO MISMO QUE UN CONTRATO DE TIEMPO COMPARTIDO", Y LA RESPUESTA SIEMPRE ES LA MISMA "NO", los comisionistas señalan las razones por las cuales los contratos son diferentes y establecen los siguiente:

- Lo que se les ofrece es el uso de las habitaciones de hotel de la cadena que contratas, en lugar que te interese vacacionar
- Los puntos que adquieres por la adquisición de la membresía serán utilizados y por lo tanto consumidos, dependiendo del lugar y el momento en que los consumes toda vez que no es lo mismo ir a Morelia que a los Cabos; a Miami que a París; en temporada baja que en temporada alta.
- Los puntos serán consumidos una vez al año pudiendo adelantarse los mismos, la vigencia será de 20 años.
- El precio será establecido en dólares, pagados en el territorio nacional al tipo de cambio que esté al momento de hacer el pago.
- Podrá realizarse el cambio de hotel que no sea de la cadena, mediante una compensación de 150 dólares por hacer el cambio.
- Y en virtud de lo anterior era diferente al Contrato de Tiempo Compartido.

Hace 14 años, es decir, en el año de 1991, cuando el suscrito tuvo la oportunidad de visitar las hermosas playas de Cancún por primera vez, fui invitado a una comida al Hotel Haytt Cancún no obstante que me encontraba hospedado en el Hotel Villas que pertenecía (no recuerdo bien si a la cadena fiesta americana o Crown plaza), y en el hotel al cual fui invitado a “comer” me fue ofrecido la prestación del servicio de uso de sus habitaciones de los hoteles de la cadena mediante el contrato de Tiempo Compartido, lo que si recuerdo que contrate la prestación del servicio en las mismas condiciones que están señaladas

anteriormente, con la única variante que no se compraban puntos sino que se contrataba el servicio directamente, y se tenía que pagar el mantenimiento anualmente.

Y recuerdo también que cancele el contrato, en virtud que estaba en Idioma Ingles y muchas de las cláusulas que se estipularon eran solo para beneficio del prestador del servicio y solamente una o dos cláusulas para el usuario; por lo que ahora me pregunto ¿cuál es la diferencia entre uno y otro contrato?, por que hay tantas similitudes y por lo tanto se considera al contrato de membresía como un contrato de tiempo compartido.

Sin embargo, de lo anterior hay varias preguntas que se tienen que hacer con el fin de realizar el análisis a este contrato de membresía; ¿Que es la membresía?, ¿Cual es el servicio que ofrece?, ¿Cual es la diferencia del contrato de membresía con el del tiempo compartido?, es decir, ¿Cual es objeto del contrato? sobre estas preguntas son las que se pretende dar respuesta en el desarrollo de este ultimo capitulo de la investigación.

¿Qué es membresía?

Establecer que es una membresía es algo complejo puesto que la palabra proviene del idioma ingles y esta tiene varios significados; por ejemplo, es un sistema que permite al usuario hacer uso del bien, o por otra parte te acredita ser socio del lugar en donde se agrupa. Otras acepciones son: Membresía: Condición de miembro de una entidad o conjunto de miembros, esto último de acuerdo al significado que nos da el Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española.

Hay varias formas de establecer la membresía, es decir, varias sociedades ocupan este tipo de instrumento para acreditar a los miembros o socios de la misma, por ejemplo los Clubes Deportivos (Centro Deportivo Chapultepec A.C., Club de Tenis Casa Blanca A. C.) o las Cadenas de Centros Comerciales (Costco, Sam's Club, City Club) o Bibliotecas (Biblioteca Daniel Cosío Villegas Colegio de México A. C.), con lo que se tiene a las personas (socios que han pagado) acreditadas para poder utilizar los servicios que prestan las mismas.

Si bien es cierto en la actualidad existen diversas formas de contratación, esto es en base a que en nuestro derecho existe la libertad de contratar y la libertad contractual, es decir, la libertad de celebrar un contrato y determinar su contenido. Sin embargo el problema viene cuando se pretende determinar si esta contratación es lícita o ilícita, en virtud de una simulación en cuanto al acto que se pretende realizar.

Podríamos establecer que el contrato de membresía es un contrato atípico, recordemos que este concepto se lo dan los doctrinarios, y es aquel que carece de reglamentación específica, en contraposición de los contratos típicos o nominados.<sup>65</sup>

El Artículo 1858 del Código Civil determina respecto de los contratos atípicos y menciona: *“Los contratos que no estén especialmente reglamentados en este Código se regirán por las reglas generales de los contratos; por las estipulaciones de las partes, y en lo que fueren omisas, por las disposiciones del contrato nominado con el tengan mas analogía de los reglamentados por este ordenamiento.”*

---

<sup>65</sup> Cfr. ENCICLOPEDIA JURIDICA MEXICANA. Tomo II Edit. Porrúa-UNAM. México 2004. Pág. 597

Con la finalidad de que posteriormente se realice una distinción precisa entre lo que es la membresía y el tiempo compartido, determinaremos en que consiste este último.

## **Tiempo Compartido**

### **Antecedentes del Tiempo Compartido en el Mundo**

El tiempo compartido nace como un procedimiento para comercializar cualquier bien inmueble destinado a alojar turistas en sus períodos vacacionales y consiste esencialmente, en dividir por periodos de uso una unidad. La más común es la división por semanas, de tal manera que hay 52 periodos de uso por habitación, donde la división implica la copropiedad de derechos de cada unidad y sus copropietarios absorben en la parte que cada uno representa, los gastos de conservación y mantenimiento del bien que se trate.

El concepto de vacaciones compartidas surgió en Europa a mediados de los años sesenta cuando una compañía Suiza, comenzó a ofrecer en ventas sus acciones, los créditos obtenidos se emplearon en comprar propiedades vacacionales por toda Europa. La posesión de acciones otorgaba el derecho de hacer uso regular de las propiedades vacacionales. Esta compañía suiza Hapimag en 1963 inicia su primer proyecto de tiempo compartido con el propósito de asegurar a su clientela habitaciones disponibles en los principales centros turísticos de Europa Central.

Al mismo tiempo un hotelero de los Alpes franceses, comenzó la venta anticipada de un derecho de usar las instalaciones de un hotel, con propósitos vacacionales, en determinadas semanas, lo que llamamos hoy la forma más común de comercializar el tiempo compartido.

En 1966 un grupo de inversionistas japoneses promovió un proyecto similar: Japan Villa Club, su éxito fue tan rotundo que cuenta con trescientos centros turísticos y 250,000 miembros.

Sin embargo, en ese entonces la idea no se popularizó.

A principios de los años setenta, los desarrolladores de propiedades en Florida, E.U.A., disfrutaban de un auge en la venta de condominios vacacionales, ya que empezaba a crearse la necesidad de viajar y de tener un esparcimiento que al mismo tiempo tenga comodidades propias del hogar, todo esto ayudó a crear departamentos con amplio inventario para subsecuentes ventas.

La segunda crisis petrolera, golpeó fuertemente la economía americana, por lo que inmediatamente la venta de condominios se derrumbó, debido a esto los desarrolladores buscaron desesperadamente nuevos caminos para vender sus propiedades vacacionales.

Buscando alternativas que resolvieran esta situación descubrieron la opción de proponer "vacaciones anticipadas".

De esta forma comenzó la evolución de técnicas especiales de comercialización y ventas, necesarias para promover un solo departamento cincuenta y dos veces, y de esta forma asegurar su uso cada semana del año.

Las ya probadas técnicas de venta en Florida marcaron el principio de una nueva etapa de optimización de la infraestructura hotelera, y el auge del tiempo compartido.

## **Antecedentes del Tiempo Compartido en México**

La influencia del Tiempo Compartido empezó a llegar a México a finales de los setenta, y fue entonces la llegada de Alfonso Sosa, que siendo de origen mexicano, fue uno de los pioneros en ventas de tiempo compartido en Sudamérica, y en la década de los 80's se empezó a comercializar proyectos en México, entre los cuales se cuenta los desarrollos de Sol Melía y el grupo Situr.

En México, el concepto de Tiempo compartido también ha cobrado gran relevancia. De hecho con respecto a E.U.A. donde se desarrollo y multiplicó esta modalidad, México es el segundo país en el ámbito Mundial en el desarrollo y comercialización de proyectos de este tipo.

Este crecimiento, fue la causa que impulsó a los desarrolladores, comercializadores y operadores a conformar una figura jurídica, que permitiera la legislación y reglamentación, teniendo como propósito fundamental armonizar los derechos y obligaciones en este ramo, y que a su vez se convierta en un elemento importante para mejorar el servicio de este sistema.

El concepto de vacacionar a través del Tiempo Compartido ha sido ampliamente aceptado por el consumidor. Prueba de ello fueron las ventas hechas en México en el año de 1985 a 1996 de cerca de 919,733 semanas de Tiempo Compartido. Que con un costo promedio de \$7,000.00 dólares, se tuvieron ventas realizadas por más de 6 billones de dólares. Esto significa que poco más de tres millones setecientos noventa mil familias que compraron en México están vacacionando bajo esta modalidad.

En términos de hotelería significa, si multiplicamos las semanas vendidas de 1985 a 1996 por 7 noches y por 20 años, que el promedio de vigencia en México de los planes de esta naturaleza, obtendremos que se habrán vendido

cerca de 120 millones 760 mil cuartos/noche garantizados y que serán utilizados a futuro. Lo cual se traduce en ingresos constantes para el desarrollador y para la comunidad, por cuando menos este periodo.

Es indiscutible que el tiempo compartido existe, porque hay demanda estimulada, así como leyes y reglamentos que protegen al usuario, y en donde se especifican las responsabilidades del desarrollador y/o operador, lo que aunado al nivel de satisfacción del cliente por una mayor calidad en el producto ofrecido, ha propiciado su enorme crecimiento.

Así mismo al surgir Cancún como un Centro Turístico en el Estado de Quintana Roo, y al tener un crecimiento turístico acelerado, empezó a colocarse en los primeros lugares como destino, sin embargo no podía faltar el surgimiento de ideas nuevas por lo que a principios de los ochentas, surge el primer hotel que abre las puertas al Tiempo Compartido, el "Club Internacional" pionero en la actividad

### **¿Qué es un tiempo compartido?**

- El tiempo compartido se define como una actividad turística en que la función principal del desarrollo o proyecto es vender anticipadamente espacios vacacionales a través de membresías, en las cuales se especifican previamente el periodo, tipo de uso, unidad y capacidad de cada intervalo.
- El tiempo compartido es el pago adelantado del hospedaje a futuro en algún hotel o condominio turístico, esto es, por un precio fijo descontado y una cuota anual de mantenimiento, se adquiere el uso o goce de un periodo vacacional al año, normalmente en base semanal, para ser disfrutados durante un número determinado de años (de 20 a 30), en una unidad con capacidad para dos, cuatro, seis, o más personas.

### De acuerdo a la NOM'S: **NOM-029-SCFI-1998**

El tiempo compartido es todo acto jurídico por el cual se pone a disposición de un usuario o grupo de usuarios el uso, goce y demás derechos que se convengan sobre un bien o parte del mismo en una unidad variable, dentro de una clase determinada, por periodos previamente convenidos mediante el pago de alguna cantidad, sin que, en ningún caso, se transmita el dominio de los establecimientos afectos al servicio.

Para los efectos de esta definición también se consideran unidades variables aquellas que, aun cuando se pacten como fijas, para su ocupación requieran de reservación y sean susceptibles de modificación futura o de la facultad de revocar o sustituir la opción original

Actualmente existen varios tipos de programas de Tiempo Compartido que permiten al cliente escoger el tipo de Propiedad Vacacional que mejor le convenga o se ajuste a sus necesidades.

**Tiempo Compartido** es un término que describe la forma de uso exclusivo de hospedaje para un número particular de días cada año. Generalmente vendido por semanas, también conocido como Intervalo o Propiedad Vacacional.

#### **Objetivo del tiempo compartido en hoteleria**

Proporcionarán a sus socios una amplia variedad de excelentes alojamientos, en toda una gama de atractivos destinos, por un periodo de tiempo que se adaptara a sus necesidades

#### **Tipos de tiempo compartido**

La compra de un intervalo de tiempo compartido puede tomar varias formas o modalidades legales:

1. **Semana y unidad fija a perpetuidad.** El comprador recibe una escritura permitiendo el uso de un condominio específico, en una semana determinada, cada año y para siempre, igual que comprar una casa. Los beneficios pueden incluir el beneficio fiscal de propiedad, mas el derecho a participar en la administración del desarrollo. Bajo este acuerdo, el propietario puede rentar, revender, intercambiar, o donar el intervalo vacacional.
2. **Derecho a uso.** La propiedad del desarrollo la mantiene el desarrollador. El comprador obtiene el derecho a usar en uno o más desarrollos, durante un número específico de años, generalmente entre 5 y 50, y al término del plazo los derechos regresan al desarrollador. Estos planes actualmente son los mas comúnmente utilizados por nuevas compañías de alto renombre y funcionan como una membresía de club.
3. **Clubes Vacacionales o programas de Puntos.** Ofrecen la mayor flexibilidad de uso en distinta fecha cada vacación. Los miembros del club compran un paquete de puntos, los cuales son usados como "moneda de circulación" para acceder a los distintos tamaños de suite, temporada o numero de días. El número de puntos requeridos varían con relación a la demanda de los socios, el tamaño de unidad, temporada, ubicación del desarrollo, y amenidades. Un club vacacional puede ofrecer contratos de derecho a uso o a perpetuidad.
4. **Propiedad Fraccionada** permite a los consumidores comprar una cantidad mayor de semanas, generalmente entre 4 y 26, por un costo menor. Esta modalidad es popular en destinos de ski o playa.

5. **Unidades con "lock-off" ó "lock-out"** permiten a los propietarios la opción de ocupar solo una porción de la unidad en una fecha, y el resto en otra. Puede rentarse una de las porciones o inclusive intercambiarla.

Los intervalos vacacionales se venden como tiempo **fijo** o como **tiempo flotante**.

1. **Con tiempo fijo**, la unidad (condominio), o tipo de unidad, es comprada para ser usada una semana específica, ese intervalo queda asignado para cada año a ese miembro.
2. **Con tiempo flotante** se refiere al uso de hospedaje de vacaciones generalmente para una temporada específica del año (verano, invierno, todo el año, etc.). El propietario debe reservar con anticipación su fecha de vacaciones deseada, ya que la confirmación de la reservación se realiza generalmente sobre la base de: "primera llamada/primera confirmación".

De acuerdo a un estudio reciente se encontró que en los Estados Unidos alrededor de 70% de los condominios de tiempo compartido son vendidos en tiempo flotante. La diferencia en precios se determina por la demanda de la temporada adquirida.

3. **Semana dividida** (splited-week) son requeridas por los miembros que prefieren vacaciones más cortas y les permiten dividir su intervalo en dos o tres visitas separadas a su desarrollo, comúnmente una por 3 noches y otra por 4, en dos diferentes fechas en el año. Las reservaciones son generalmente confirmadas también sobre la base de "primera llamada/primera confirmación" y sujetas a disponibilidad.
4. **Propiedad Bianual o uso alterno**, permite el uso de la propiedad solo cada dos años únicamente, su costo más económico que la anual resulta

atractivo para aquellos que no toman vacaciones cada año o no cuentan con los recursos económicos para adquirir el plan completo

### **Características del tiempo compartido**

Con la aparición de la modalidad del tiempo compartido, surgen nuevos sistemas administrativos de mercadotecnia, de ventas, precedido también por características propias del tiempo compartido para el desarrollo de la actividad, mencionaremos las más importantes de acuerdo a los datos obtenidos en la Asociación de Clubes Vacacionales de Cancún, así como de compañías de intercambios vacacionales.

1. El espacio físico ya no se considera exclusivamente una habitación sino que ahora se convierte en "unidades", y debido a este cambio:
  - El equipamiento de estas unidades incluyen cocineta con sus respectivos utensilios, que no forman parte de las costumbres hoteleras y que a su vez producen un ahorro significativo dentro del rubro de alimentación; importante concepto que visualiza el tiempo compartido.
    1. El periodo vacacional se amplía como mínimo 7 días produciendo así una educación vacacional a los clientes, y el aseguramiento de una mayor optimización de infraestructura hotelera que se refleja en un mejor porcentaje del promedio de ocupación.
    2. Los clientes se consideran como "socios del club" y como dueños de su unidad dentro del tiempo de su espacio vacacional preestablecido.
    3. Los clientes no pagan una renta por "noche", sino que únicamente participan una cuota anual monetaria, para el mantenimiento de las áreas comunes independientemente del costo inicial de su membresía.

## Terminología del tiempo compartido

El lenguaje del tiempo compartido está basado prácticamente en el idioma inglés debido a la influencia norteamericana, motivo por el cual se ha producido una mezcla inglés-español, tanto en palabras como en conceptos sin que esto afecte al entendimiento.

A continuación mencionaremos las más usuales:

- Time share: Tiempo Compartido.
- Opc: contacto público de la calle/ Outside public contac.
- Liner: Vendedor que motiva la necesidad de compra.
- Closer: Vendedor que logra o cierra la venta.
- Tour: Presentación o recorrido en las instalaciones del Resort.
- Hostess: Persona que recepciona a los prospectos.
- In House: Contactos en casa (hospedados en el Club).
- Manifiesto: Hoja de registro de todas las parejas (prospectos).
- Up: Pareja o prospecto
- In Out: prospecto que no logra pasar de la Hostess, por falta de requisitos.
- Walk Out: prospecto que no permanece más de 30 minutos en el club.
- Qualified: prospecto que califica o cumple con todos los requisitos.
- Survey Sheet: Hoja o formato de encuesta.
- Charge Back: cargo que se le aplica de reserva a los comisionistas.
- Front to back: promotor que realiza la función de liner o closer.
- Spitch: Diálogo que utiliza el opc, para atraer a las parejas.
- Lay dows: prospectos de fácil convencimiento (por lo general siempre compran una membresía)
- Converter: Regalo que es ofrecido a cambio de asistir a la presentación.
- Mickey Mouse sale: Compra la membresía sin suficiente enganche.

- Stokers: prospectos que saben con anticipación el motivo de la invitación y que solo asisten para obtener el regalo (por lo general no compra una membresía).
- Spiff: estímulo económico para vendedores, por lograr una meta preestablecida.

Otras terminologías son:

- Periodos determinados y determinables: Estos son dos términos jurídicos para indicar los dos tipos de semanas que se manejan en esta industria de tiempo compartido, dependiendo con el tipo que opere cada empresa.
- Periodos determinados o semanas fijas: Se refiere a una unidad específica que podrá ser utilizada por el dueño de la membresía o por el que haya realizado un intercambio o por el que se le haya vendido una semana específica previamente calendarizada, la cuál será la misma semana cada año hasta el vencimiento del uso de la membresía.
- Periodos determinables o semanas flotantes: A diferencia de la anterior, la unidad podrá ser ocupada año con año en diferentes semanas, o sea, está sujeta a las necesidades del comprador y a la disponibilidad de la unidad del Club Vacacional.
- Unidad: Es el espacio físico que ya no es llamado habitación por la diferencia de sus características.
- Convertidores: Son los regalos que se le hacen a los prospectos por ir a conocer el Club.
- Locación: Es el lugar donde los OPC'S ofrecen información e interceptan a los prospectos.
- Línea: Es el recorrido que les da el Liner por el proyecto, con el objeto de entusiasmar a los prospectos y crearles la necesidad de comprar.

- El pitch (presentación): Es el paso más importante de la línea, es una simple presentación que se hace en un simple pedazo de papel, comparando los beneficios de estar en un hotel u obtener una membresía en un club.
- El podium: Es una presentación divertida dada por un speaker, donde habla de los hábitos de vacacionar.
- The warm up (técnica de acercamiento): Es la manera de conocer a la pareja, de construir confianza y el inicio de un sólido Rapport. La meta es bajar sus defensas, disminuir su ansiedad y hacerlos sus amigos.
- "Q": Esta letra la pronuncian en inglés para abreviar Qualified y es para señalar a las parejas o prospectos que califican.
- No "Q" : Para indicar lo contrario

### **Ventajas e inconvenientes del tiempo compartido**

Las ventajas del tiempo compartido son entre otras, compartir el precio de un condominio de lujo con otros turistas, es tener la posibilidad de vacacionar en años futuros a un costo congelado en cualquier parte del mundo, es la certeza de tener reservaciones aseguradas sin preocuparse de la inflación en años futuros y es una inversión, ya que a largo plazo se reducen los costos para vacacionar y además el usuario puede obtener ganancias por rentar sus semanas.

Para la comunidad y para el país, el Tiempo Compartido ha traído importantes beneficios que van más allá de los que representa la hotelería tradicional, como son los siguientes:

- Es la mejor forma de publicitar la áreas turísticas,
- El bien que se adquiere se queda en México,
- Genera impuestos y empleos en la localidad y en el país,

- Hace del comprador un visitante repetitivo,
- Normaliza las curvas de estacionalidad de la afluencia turística, y
- Prolonga los días promedio de estancia en el destino.

La industria del tiempo compartido, actualmente está conformada por personal especializado, principalmente en el diseño y operación de desarrollos, así como en el área de finanzas, mercadotecnia y administración.

Finalmente, el tiempo compartido no representa una competencia para la Hotelería, sino al contrario, es complementaria de las otras ramas de la industria turística, como restaurantes, arrendadoras de autos, comercios en general, centros de espectáculos, etc. En algunos casos garantizan a los hoteles un nivel constante de ocupación, evitando las diferencias tan marcadas entre las temporadas altas y las bajas, en general se beneficia al país porque se crean corrientes permanentes de turistas y con los intercambios vienen nuevos turistas que serán a su vez, voceros de todo lo que México puede ofrecer, y en este caso Cancún específicamente.

El tiempo compartido por sí mismo no es una fórmula peligrosa, pero muchas de las prácticas comerciales relacionadas con él dejan mucho que desear. Estos problemas existen, sobre todo, por el hecho de que en la mayor parte de los Estados europeos, los promotores o vendedores no se hallan sometidos a norma alguna para acceder a la profesión, al contrario de lo que ocurre, por ejemplo, en el sector de las agencias de viajes. Bélgica es el único país en la actualidad donde los vendedores deben estar inscritos oficialmente. Presentamos aquí algunos ejemplos de prácticas dudosas:

1. Algunos vendedores no dudan en hacer publicidad engañosa al presentar el tiempo compartido como una inversión o un derecho de propiedad.

2. Las técnicas de venta a veces son agresivas (telemarketing relacionado con falsos concursos, encuestas y sorteos; premios de viajes; venta tras una presentación en un lujoso hotel o una excursión al lugar referido; percepción de grandes cantidades a cuenta, etc.).
3. Los folletos de venta son a veces muy escuetos y silencian la naturaleza jurídica de los derechos adquiridos, la calidad difícilmente verificable del alojamiento, los gastos suplementarios, los gastos de desplazamiento o de transporte, el inventario de las residencias y las semanas de las que disponen los vendedores, etc.
4. Puede suceder que el cambio o la venta del tiempo compartido sea difícil o imposible si la residencia o el periodo son poco interesantes.
5. La última novedad consiste en que algunas empresas sin escrúpulos contacten con los dueños de un tiempo compartido y prometan encontrar, o afirmen haber encontrado, un comprador para la semana que ellos tienen, a veces a condición de que compren un nuevo tiempo compartido (esta técnica se conoce como "buy-sell"). Algunos prometen también vender el tiempo compartido a un precio poco realista. Lo que suele ocurrir con frecuencia es que la promesa no se cumple o que el consumidor sufre una gran pérdida financiera

### **Diferencia entre tiempo compartido y club vacacional**

El tiempo compartido en sus orígenes lo único que vendía era el espacio vacacional en un tiempo determinado, por lo consiguiente el socio únicamente tenía el disfrute de su unidad en la semana que compró.

Sin embargo el tiempo compartido, al darse cuenta que ofrece nada más esto era un poco atractivo para aquellas personas que viajaban año tras año, fue así, como empieza a ofrecer algo más que su espacio vacacional, y se traza la

meta como servicio integral que incluye descuentos en excursiones, en restaurantes, actividades adicionales del desarrollo sin ningún costo, como son los juegos acuáticos no motorizados, canchas deportivas, eventos, etc. precios especiales en rutas aéreas; en fin una extensa lista de beneficios que se destinan únicamente a los socios que tienen su membresía.

Y es así como se le llama "Club Vacacional de Tiempo Compartido".

En conclusión tenemos un término, se refiere al tipo de actividad o tipo de clientes y el Club Vacacional ya se considera como el complejo turístico para hacer más atractivo el producto de los espacios vacacionales.

### **Funcionamiento del tiempo compartido**

El funcionamiento y nivel de satisfacción están directamente ligados a las *características y el tipo de propiedad vacacional* que poseas.

Tomando en cuenta que el 78% de los propietarios elige comprarlo con la intención de intercambiar con otros destinos, es muy importante conocer los factores que determinan un mayor potencial y posibilidad de obtener dicho Intercambio.

La oferta y la demanda: del intervalo (Numero de semana), del desarrollo en que uno es propietario, del destino donde esta ubicado el desarrollo, de la capacidad máxima de la unidad. Por ejemplo: No tiene el mismo valor de intercambio un intervalo de septiembre en el caribe comparado a un intervalo de Navidad, del mismo desarrollo y de la misma capacidad de personas.

- Evaluaciones físicas realizadas al desarrollo por la compañía de intercambio. Los desarrollos cuentan con visitas de evaluación, además de capacitación y seminarios de actualización impartidos al personal de ventas.
- Resultados de evaluaciones realizadas por otros propietarios en intercambio mediante las tarjetas de comentarios donde evalúan su estancia para la compañía de Intercambio.
- Anticipación con que se deposite la semana en el *banco de semanas* (inventario disponible para que otros propietarios elijan y soliciten en intercambio).
- Las características del desarrollo, amenidades, calidad y equipamiento de la unidad que uno es propietario.

De aquí la diversidad de alternativas a escoger de acuerdo a las expectativas en mente. Cabe mencionar entonces que la regla de oro es: " Valor por Valor " y "Calidad por Calidad".

A diferencia de la renta de uno o varios cuartos hoteleros, que requiere del pago por cada vez que se solicite y con tarifas que generalmente se incrementan año con año, la propiedad de un tiempo compartido ha comprobado permitir a los vacacionistas disfrutar un desarrollo cada año, por un plazo acordado y por un solo pago total de compra y el pago de una cuota de mantenimiento anual.

Esto permite a los propietarios de un intervalo la oportunidad de ahorrar en el cada vez más alto costo de hospedaje a largo plazo y al mismo tiempo disfrutar del confort de una casa dentro de un desarrollo.

Pese a que el concepto del tiempo compartido es sencillo, el proceso que lo convierte en realidad es algo más complejo. Las empresas intervinientes pueden llevar a cabo más de una actividad - por ejemplo, los promotores pueden comercializar y gestionar sus propiedades.

## **Normatividad del tiempo compartido**

### **La normatividad del tiempo compartido.**

El continuo crecimiento del sector turístico y el apoyo que esta actividad está recibiendo por parte de inversionistas y autoridades nos permite tener un alto grado de certeza respecto a positivos pronósticos.

Prueba de ello es el apoyo que las autoridades como la Secretaría de Turismo, la Secretaría de Economía, la Procuraduría Federal del Consumidor (PROFECO), entre otras para la elaboración en forma conjunta de leyes, reglamentos y normas oficiales para proteger la industria.

El 21 de Agosto de 1989 la Secretaría de Turismo expide el Reglamento de Tiempo Compartido, el cual tiene una innovación fundamental: crea el concepto del Prestador de Servicio de operación de habitaciones con el sistema de Tiempo Compartido. Así mismo en uno de sus capítulos menciona que el sistema de tiempo compartido es: todo acto jurídico por el cual se concede a una persona el uso, goce y demás derechos que convengan sobre un bien o parte o parte del mismo ya sea una unidad variable dentro de una clase determinada, durante un periodo específico, a intervalos previamente establecidos determinados o determinables.

Dentro de este capítulo se define al usuario o turista, como la persona que adquiere los derechos; al establecimiento, como el bien en el que se presta el servicio turístico; al prestador, como la persona física o moral que tenga a su cargo, la administración del sistema, el mantenimiento y operación del establecimiento.

El 30 de Noviembre de 1993, La Secretaría de Comercio y Fomento Industrial, expide la norma oficial mexicana NOM-029-SCFI-1993 "Información Comercial" – Elementos Normativos del Servicio, para el caso de las preventas y ventas.

En el sentido del Tiempo Compartido cuenta con la norma oficial mexicana y leyes en algunos estados que lo protegen y fomentan, en el sentido de proporcionar seguridad a los adquirientes de un esquema jurídico y que a su vez le permita a los desarrolladores el cause adecuado para que la industria turística florezca.

### **Obligaciones del Tiempo Compartido en el Municipio de Benito Juárez.**

La legislatura del Estado de Quintana Roo aprobó en el mes de Julio de 1991, la ley que establece las normas a que se sujetarán los contratos celebrados en el régimen de Tiempo Compartido Turístico y desde esa fecha, a través de una comisión integrada para tal efecto se ha regularizado y puesto al día a las empresas desarrolladoras que ingresan al sistema de tiempo compartido en Quintana Roo.

El Ayuntamiento de Benito Juárez, por su parte, y en cumplimiento de la ley orgánica municipal, que lo faculta para expedir los reglamentos que regula la comercialización y promoción de los servicios de inmueble en tiempo compartido, elaboró el presente Reglamento, con base a los convenios que, sucesivas administraciones municipales signaron con las Asociaciones de Clubes Vacacionales de Cancún, A.C.

### **Obligaciones:**

- Corresponde al Ayuntamiento la facultad de reconocer, en forma junta con el gobierno del Estado de Quintana Roo, a las asociaciones que actúe y represente a los desarrollos que consolidan la estructura del sistema del tiempo compartido.
- Corresponde al Ayuntamiento el otorgamiento de credenciales de identificación para los promotores que desplazan. El proceso se llevará a cabo a través de la asociación la cual a su vez es responsable de vigilar y fomentar, el marco de las leyes vigentes, el desarrollo de esa actividad.
- El Ayuntamiento se encargará de vigilar el cumplimiento y aplicación de las disposiciones contenidas en el presente reglamento, y en su caso sancionar su infracción.
- La autoridad municipal, ya sea que porte uniforme de la dirección de seguridad pública o bien que esté vestido de civil, deberá identificarse ante el promotor que infrinja con alguna normatividad convenida y que posteriormente levantará una boleta que contendrá: fecha, hora, lugar, nombre del infractor y del agente que intervenga, así como las circunstancias del hecho que constituya la infracción.
- La autoridad evitará en la medida de lo posible, efectuar la infracción en presencia del turista.
- El Ayuntamiento, en conformidad en las condiciones imperantes en el municipio y considerando la opinión de la Asociación, otorgará un total de 150 credenciales para promotores que se desplacen en vía pública, las cuales deberán de ser distribuidas de acuerdo al número de desarrollos utilizados.

**Personal a Cargo:**

**Representante del Desarrollo:**

Es la persona que está al pendiente del trabajo del liner, closer y verificador de contratos, por si existe una venta difícil o algún problema, este interviene para autorizar u ofrecer el financiamiento adecuado a lo más conveniente para no perder la venta.

**Liner:**

Esta es la persona que da los recorridos a los clientes, por las instalaciones del hotel, explicando las ventajas de comprar la membresía y los privilegios con que contará como descuento en restaurantes, tours, discos, etc., y envuelve a los clientes en el maravilloso que puede ser formar parte del club

**Gerente Financiero o Closer:**

Esta persona negocia con los clientes justo después del liner. El es quien habla al cliente acerca de números, contratos financieros, etc., hasta que cierre la venta, además ofrece opciones que favorezcan el presupuesto del cliente, debe ser una persona cautelosa y eficaz para conocer el perfil del cliente, ya que si este no está del todo convencido se puede caer la venta.

**Verificadora de Contratos:**

Es la persona que se encarga de leer el contrato a los futuros socios con las cláusulas y las ventajas de la membresía. Así como también se encarga de entregar a los socios, una tarjeta en donde acredita que ya es miembro del club vacacional, el contrato original y la información necesaria que solicite el cliente.

**Procuraduría Federal del Consumidor**

El tiempo Compartido, así como toda actividad que preste sus servicios, deben de estar sujetos a derechos y obligaciones que salvaguarden los beneficios de todo consumidor.

Es la Ley Federal de Protección al Consumidor, la que promueve y protege los derechos del consumidor y procura la equidad y seguridad jurídica en las relaciones dentro de la actividad del Tiempo Compartido.

Por otra parte, es bueno saber que la Asociación de Clubes Vacacionales tiene una estrecha relación con la Procuraduría Federal del Consumidor delegación Cancún, ya que dicha Asociación la hace participe en la Comisión Consultiva, que es la encargada de revisar y autorizar a cada uno de aquellos desarrollos que comercializan con el Tiempo Compartido.

### **Normas mexicanas que regulan el tiempo compartido**

- **NMX-TT-005-1996-IMNC.-** "Requisitos mínimos de calidad en el servicio e instalaciones que deben de cumplir los hoteles, moteles, servicios de tiempo compartido y similares para obtener el " Certificado de calidad turística comercial-dos estrellas" o el "Certificado de calidad turística comercial-una estrella.
- **NMX-TT-006-1996-IMNC.-** "Requisitos mínimos de calidad en el servicio e instalaciones que deben de cumplir los hoteles, moteles, servicios de tiempo compartido y similares para obtener el " Certificado de calidad turística de primera clase-cuatro estrellas" o el certificado de calidad turística de primera clase-tres estrellas".
- **NMX-TT-007-1997-IMNC.-**"Requisitos mínimos de calidad en el servicio e instalaciones que deben de cumplir los hoteles, moteles, servicios de tiempo compartido y similares para obtener el " Certificado de calidad turística de lujo-gran turismo" o el "Certificado de calidad turística de lujo-cinco estrellas".

<p><b>NOM-029-SCFI-1998</b></p> <p>29-Ene-99</p>	<p>PRACTICAS COMERCIALES REQUISITOS INFORMATIVOS PARA LA COMERCIALIZACION DEL SERVICIO DE TIEMPO COMPARTIDO.</p> <p>ESTA NOM ESTABLECE LOS ELEMENTOS NORMATIVOS A QUE DEBEN SUJETARSE LOS PRESTADORES Y USUARIOS DEL SERVICIO DE TIEMPO COMPARTIDO, CON EL OBJETO DE PROTEGER LA CAPACIDAD ADQUISITIVA Y LOGRAR LA PLENA SATISFACCION DEL CONSUMIDOR POR EL SERVICIO CONTRATADO.</p> <p>LA PRESENTE NOM ES DE OBSERVANCIA GENERAL PARA TODOS AQUELLOS PRESTADORES QUE SE DEDIQUEN A LA PRESTACION DEL SERVICIO DE TIEMPO COMPARTIDO.</p>

### **Contrato de tiempo compartido**

En este contrato las personas adquieren el derecho de usar un departamento o una casa, generalmente ubicada en complejos turísticos, por un periodo determinado, y pagan un precio en dinero a la administración del complejo. Este es semejante al contrato de locación y es habitual para el tiempo de vacaciones.

Este surge debido a que las personas no quieren gastar tanto dinero yendo al mismo lugar de veraneo. Anteriormente había que alquilar o comprar una casa o un departamento, y mantenerlo todo el año; pero el tiempo real de uso eran unas pocas semanas al año, por lo tanto, ese capital invertido no daba ninguna ganancia. Es así como surge el *tiempo compartido*.

### **Concepción genérica del contrato de tiempo compartido.**

Genéricamente, se puede concebir al contrato de Tiempo Compartido de la siguiente manera:

1. En cuanto a su clasificación: atípico, innominado, bilateral, oneroso, conmutativo y consensual.
2. En cuanto a su naturaleza; mercantil, traslativo de uso y disfrute de ejecución diferida y de tracto sucesivo.
3. En cuanto a su celebración; personal (ya que, normalmente, los derechos que otorgan son inherentes al beneficiario y no al inmueble que es un objeto); de adhesión, y de derechos".

### **Ventajas:**

- Para que el veranea: los costos se reducen al compartirse con otros. No siempre es el mismo inmueble sino que es propietario de una semana anualmente y puede usarla donde la compro o intercambiarla con otro multipropietario de cualquier parte del mundo. Y en caso de no poder usar la semana, puede alquilarla o acumularla
- Para el empresario: porque al ser mas accesibles, se le amplia el marco de posibles adjudicatarios.

Este contrato en realidad se encuentra mal nombrado, ya que no se comparte el tiempo de uso sino que lo que se comparte es la titularidad del derecho sobre el bien.

### **Naturaleza jurídica:**

No hay regulación específica sobre este derecho, por lo tanto se lo puede considerar un derecho real o uno personal.

El proyecto de unificación de los códigos civiles y comercial de la nación, lo establecen como propiedad horizontal, pero con algunas modificaciones para que se adapte correctamente.

**Sus elementos son:**

**Los sujetos:** Interviene la parte que adquiere el derecho de uso y la que brinda ese derecho porque administra la cosa que se usa (la administración del complejo turístico)

**El objeto:** Es la obligación de dar (en este caso, transferir) el uso de una cosa inmueble. El derecho de uso se extiende a las restantes instalaciones del complejo. Además las personas pueden adquirir otro departamento de similares características, en otro lugar del país o del exterior donde haya un complejo semejante. Esto se denomina, comúnmente, canjear las semanas del *tiempo compartido*.

**La forma:** Se acostumbra a celebrar este contrato por escrito. Se ajustan cuales son los derechos del adquirente: fecha exacta de la semana o semanas que podrá usar, lugar donde está ubicado el complejo turístico, derecho a canjear esas semanas y requisitos que deberá respetar si desea hacerlo, etcétera.

**El plazo:** Es un elemento esencial de este contrato porque interesa tanto la fecha en que se usa el departamento como el plazo de duración del contrato, que suele ser muy largo, casi vitalicio (99 o 100 años).

**Particularidades:**

- Pluralidad de sujetos: durante los años muchas personas van a usar un mismo inmueble en forma exclusiva.

- Unidad de objeto: es el inmueble sobre el que recaen los derechos de uso y goce de los multipropietarios y los muebles accesorios de dicho inmueble.
- Perpetuidad del derecho adquirido: ya que se hereda
- El uso y goce es periódico, alternado y exclusivo.
- Ubicación del inmueble: generalmente en zonas de atracción turística.
- Equipamiento y conservación del inmueble: se encuentra completamente amueblado, equipado con todo lo necesario.
- Administrador: se encarga de cobrar las expensas y de pagar los gastos de mantenimiento, impuestos, y conservación de los bienes y controlar el equipamiento del departamento.
- Servicios adicionales: se asemeja mucho un hotel que a un simple edificio de departamentos, ya que tiene servicio de mucama, varias canchas, piletas, solariums, gimnasios, etc.
- Un contrato por cada adjuditario: por cada adjuditario, entre el y la empresa.
- Reglamento: se detallan las obligaciones y derechos de los usuarios. Se le entrega una copia a cada adquiriente.
- Cuota parte indivisa: un multipropietario solo puede contratar su cuota parte indivisa, no sobre todo el complejo.
- Plazo: se puede usar la semana o el tiempo que se compro, no se puede acceder.

### **Obligaciones derivadas del contrato de tiempo compartido.**

<b>*Del adquiriente</b>	*Utilizar el bien y conservarlo en buen estado. *Pagar la cuota del precio y expensas.
<b>*Del administrador</b>	*Garantizar el uso y el goce del bien.

	*Administrar el complejo. *Asegurar el funcionamiento de los servicios.

### **De los derechos y obligaciones del compartidario**

Con las limitaciones que imponen las leyes y reglamentos de orden público, el compartidario tendrá los siguientes derechos:

- I. Usar, gozar y disfrutar la unidad o tipo de unidad vacacional que a él corresponda, durante el período vacacional que hubiere contratado; así como de los bienes inmuebles que en ella se encuentren y las instalaciones, áreas y servicios comunes del establecimiento en que se encuentre ubicada la unidad vacacional.
  
- II. Recibir los servicios que en su caso, hubiere contratado.
  
- III. Enajenar, transmitir, ceder o gravar sus derechos de compartidario, por cualquier título, debiendo para ello, previamente notificar en forma escrita al compartidor el nombre del nuevo titular de aquellos. La transmisión definitiva de los derechos de compartidario a terceros se hará en el término y condiciones previstas en el contrato y el adquirente, cesionario o causahabiente estará obligado a respetar el Régimen de Tiempo Compartido Turístico en los términos del Código Civil, del contrato, del reglamento interno y de la escritura constitutiva del Régimen de Tiempo Compartido Turístico.
  
- IV. Suscribirse al sistema de intercambio vacacional, nacional o internacional, cuando el establecimiento en que se encuentre la unidad vacacional esté afiliado a esos sistemas.

Para que el compartidario pueda ejercitar estos derechos, deberá estar al corriente en el pago de sus cuotas y haber cumplido con las obligaciones pactadas en el contrato de Tiempo Compartido Turístico.

El compartidario tendrá a su cargo el cumplimiento de las obligaciones establecidas en el contrato de Tiempo Compartido Turístico, en el reglamento interno del Régimen de Tiempo Compartido Turístico y particularmente las siguientes:

I. Pagar el precio por la adquisición de los derechos de Tiempo Compartido Turístico. En caso de que la operación se pacte en moneda extranjera, de conformidad a lo dispuesto por la ley monetaria, el pago del precio podrá hacerse en moneda nacional al tipo de cambio vigente en el momento de pago.

II. Pagar las cuotas ordinarias y extraordinarias destinadas a sufragar los gastos de póliza de seguros, así como los gastos de conservación, mantenimiento, operación, reparación y reposición de la unidad vacacional, de los muebles que en ella se encuentren y de los bienes, instalaciones y servicios comunes, determinados en el contrato. Esta obligación, salvo pacto en contrario, la debe cumplir el compartidario, use o no la unidad vacacional y haga o no uso de las instalaciones, servicios y áreas comunes del inmueble en que se encuentre ubicada dicha unidad.

III. Respecto del uso, goce y disfrute de la unidad vacacional, de los bienes que en ella se encuentren y de las áreas comunes, el compartidario y sus acompañantes o quien represente sus derechos quedan obligados a:

a) Disponer de ellos conforme a su naturaleza y destino.

- b) Usar y ejercitar sus derechos, de manera que no perjudiquen el interés de la comunidad.
- c) Usar, gozar y disfrutar los bienes sin impedir a los demás el disfrutar de ellos en los términos que les correspondan.
- d) No modificar, alterar, variar o sustituir los bienes e instalaciones comunes, la unidad vacacional, y los bienes muebles que en ella se encuentren.
- e) Usar la unidad vacacional exclusivamente durante el período vacacional que les corresponda.
- f) Desocupar la unidad vacacional exacta y puntualmente el día y a la hora señalada en su contrato o en el reglamento interno de Tiempo Compartido Turístico.
- g) No ocupar la unidad vacacional con un número mayor de personas al autorizado en el contrato y en el Reglamento Interno de Tiempo Compartido Turístico.
- h) Permitir al personal encargado de la limpieza o de las reparaciones urgentes el acceso a la unidad vacacional y no obstaculizar el desempeño de sus tareas, dentro del horario fijado en el Reglamento Interno de Tiempo Compartido Turístico o en cualquier momento en caso de urgencia.
- i) No realizar actos que perturben la tranquilidad de los demás compartidarios, ni utilizar los bienes, instalaciones y servicios fuera de los horarios o en violación al Reglamento Interno de Tiempo Compartido Turístico.
- j) Reparar y responder de los daños materiales que él o sus acompañantes causen al mobiliario de la unidad vacacional, a las instalaciones o a los bienes de

uso común; debiendo reponer y pagar el monto de los daños causados inmediatamente o antes de abandonar el lugar donde se encuentre la unidad vacacional.

IV.- El compartidario y sus acompañantes, el día de su llegada a la unidad vacacional, deberán verificar que dentro de ella se encuentren los bienes muebles, enseres y utensilios que deban recibir en el momento del inicio del período vacacional que les corresponda, según inventario. Si no reclaman la ausencia de dichos bienes muebles, enseres y utensilios, se entenderá que los recibieron todos en buen estado.

El compartidor, en el momento de la salida del compartidario y sus acompañantes, verificará que se encuentren los bienes muebles, enseres y utensilios en buen estado y si no lo reclama inmediatamente, se entenderá que los recibió todos a satisfacción

### **De los derechos y obligaciones del compartidor**

El compartidor tendrá los derechos y obligaciones establecidos en el Código Civil, en la escritura constitutiva del Régimen de Tiempo Compartido Turístico, en el contrato de Tiempo Compartido Turístico, en el Reglamento Interno de Tiempo Compartido Turístico y particularmente los siguientes:

I. Otorgar y respetar el derecho del compartidario a usar, gozar y disfrutar de la unidad vacacional que le corresponda, en los términos, condiciones y plazos pactados en el contrato.

II. Con cargo a las cuotas de mantenimiento, prestar los servicios de operación, mantenimiento, reservaciones, conservación, reposición y reparación de los bienes, instalaciones y equipos afectos al Régimen de Tiempo Compartido

Turístico, así como los de limpieza, vigilancia y demás servicios que haya ofrecido a los compartidarios. El compartidor podrá contratar dichos servicios con terceros, pero será solidario y mancomunadamente responsable con ellos frente a las autoridades y frente a los compartidarios.

III. Cuando el compartidario esté al corriente en el cumplimiento de sus obligaciones derivadas del Código Civil del contrato de Tiempo Compartido Turístico, del Reglamento Interno y de la escritura constitutiva del Régimen de Tiempo Compartido Turístico, el compartidor no deberá impedir ni permitir a terceros que impidan al compartidario el uso de la unidad vacacional que le corresponda. El incumplimiento obliga al compartidor a cubrir la estancia del compartidario por un período igual al que le corresponda en su contrato y en las mismas fechas, en un una unidad o establecimiento de categoría superior. En caso de no ser posible lo anterior, el compartidor pagará de inmediato el importe de los gastos de transportación del lugar de residencia permanente del compartidario hasta el desarrollo o unidad vacacional y su regreso, por el mismo medio por el que efectuó su viaje y, además, indemnizará a éste con otro período vacacional dentro del plazo que ambas partes convengan. Se exceptúan de lo dispuesto en esta fracción, los casos en que el compartidario no pueda usar el establecimiento por causas de caso fortuito o de fuerza mayor.

IV. El compartidor, en caso de negarle al compartidario el ejercicio de sus derechos, estará obligado a acreditar ante la autoridad competente que lo solicite, el incumplimiento por parte del compartidario.

**Requisitos para la iniciación de operaciones de venta o preventa del servicio de tiempo compartido**

Para que el prestador pueda realizar, directamente o a través de comercializadoras, la venta o la preventa del servicio de tiempo compartido, debe de notificar previamente a la Secretaría el inicio de las operaciones. Para tal efecto, debe cumplir con los siguientes requisitos:

Presentar escrito de notificación en el que se especifique el nombre, denominación o razón social del prestador y, en su caso, de su representante legal, así como los datos relativos al (los) lugar (es) en el (los) que se ofrece la prestación del servicio de tiempo compartido. En el caso de presentar el escrito a través de un representante legal, éste debe acreditar su personalidad adjuntando copia simple del documento comprobatorio, previo cotejo con su original.

En el caso de personas morales, además de lo señalado en el inciso anterior, acompañar copia certificada del acta constitutiva, en la que el objeto social admita la prestación de servicios de tiempo compartido.

### **Terminación del tiempo compartido**

Las modalidades de tiempo compartido no requieren del régimen de propiedad horizontal. Las condiciones de uso y disfrute del tiempo compartido se rigen por el contrato y el reglamento interno que se entregarán al adquirente de tiempo compartido en el momento de celebración del contrato (art.13 de la Ley).

Existen dos tipos de cancelaciones una administrativa que se realiza dentro de los cinco días siguientes a la realización del contrato de la membresía y las cancelaciones que se realizan porque el socio no esta satisfecho con el servicio que le están brindando, porque no pueden seguir pagando las mensualidades a las que se compromete el socio, o bien por circunstancias de fuerza mayor.

### **Cancelaciones Administrativas**

Son las cancelaciones que se llevan a cabo cuando los socios deciden cancelar su membresía dentro de los primeros cinco días a la compra de sus membresía.

Usualmente cuando un socio decide cancelar su membresía se dirige a la PROFECO, en donde en primera instancia utilizan la vía de conciliación telefónica, la cuál consiste en realizar llamadas telefónicas al proveedor (en este caso el departamento encargado para atender el conciliador en este departamento) solicitándole realizar dicha cancelación.

Al recibir al socio para la cancelación, en primera instancia se realiza un sondeo del motivo por el cual el socio decide cancelar su membresía para que posteriormente en compañía con el representante legal se decida si es necesario turnar al socio a otra persona, o bien el representante legal lo atiende, cuando el socio esta cancelando porque esta confundido respecto a como usar la membresía entonces se turna a la persona que realizó la venta para que le explique nuevamente como usar la membresía y los beneficios que tiene, en caso de que el socio este cancelando por la mala información que recibe de terceras personas entonces la atiende el representante legal, en ambos casos si el socio decide cancelar su membresía.

### **Motivos de Cancelación**

La cancelación se debe a que el socio por circunstancias ajenas a su voluntad ya no puede sostener el compromiso adquirido.

El socio no recibe un servicio adecuado

No le dan lo que ofrecieron

Los socios reciben información negativa del tiempo compartido

### **Adhesión al contrato.**

Asimismo también consideramos que es indispensable establecer lo referente a la adhesión a los contratos o como algunos lo denominan contratos de adhesión.

“El contrato de adhesión es aquel en el cual una de las partes que generalmente es un empresario mercantil o industrial que realiza una contratación en masa, establece un contenido prefijado para todos los contratos de un determinado tipo, que en el ejercicio de la empresa se realicen. Las cláusulas del contrato de adhesión no pueden ser mas que pura y simplemente aceptadas”.<sup>66</sup>

Este tipo de contrato lo encontramos regulado en la Ley federal de Protección al Consumidor, los contratos de adhesión van a ser aquellos en los que las condiciones son fijadas unilateralmente por una de las partes, ya que la otra no interviene en su establecimiento. Se caracterizan por el hecho de que una de las partes redacta unilateralmente las cláusulas del contrato y la contraparte se adhiere sin posibilidad de discutirlos.

En este caso hay que destacar dos problemas importantes que plantea esta figura, el primero es si se trata de un verdadero contrato; el segundo es la normatividad que debe existir para evitar los abusos que se pueden producir a la parte que se adhiere.

---

<sup>66</sup> ARCE GARGOLLO, Javier. Contratos mercantiles atípicos. Edit. Porrúa, 8ª. Ed. México, 2001.p. 77

Respecto del primer problema hay dos posturas doctrinales: una de ellas dice que no hay contrato y la considera como un acto jurídico unilateral pues el consentimiento no es contractual sino acto de adhesión. La otra postura, que tiene mayor aceptación, considera que es un verdadero contrato, pues al adhesión es igual a un aceptación de la oferta y el consentimiento es contractual.

Esto nos dice que este tipo de contratos constituyen una nueva forma de contratación en que el consentimiento tiene matices diferentes de los llamados tradicionales utilizados en épocas anteriores. Se trata pues de una modalidades específica que continua siendo un acuerdo contractual, pero con una manera diferente de prestar el consentimiento, por la diferente postura que sustenta cada una de las partes, se trata de condiciones que puestas por una de las partes, motiva a la adhesión de la otra parte si es que esta quiere llegar a celebrar el contrato.

“Tratando de puntualizar las características específicas de este contrato, pueden ser notas distintivas: a) simplificación de acuerdos, b) desigualdad de las partes, c) papel del estado, d) promesa pública, firme e irrevocable y e) predominio del interés general”.<sup>67</sup>

La simplificación del acuerdo, que hace que el aceptante no pueda diferir o modificar la propuesta ya prerredactada a la que debe adherirse, motiva una notoria economía de tiempo, que está también asegurada por la irrevocabilidad de la oferta, que por su parte impide al proponente modificarla o retractarse. La desigualdad de las partes consiste en que una de ellas ha tenido el privilegio de determinar las condiciones en que debe ser aceptada la propuesta y es la

---

<sup>67</sup> GARRIDO- ZAGO, Contratos Civiles y Comerciales, Edit. Universidad, , Buenos Aires 1995, p. 491

que origina los mayores problemas en el análisis de esta categoría pro haber facilitado los posibles abusos en perjuicio del contratante más débil. El papel del estado esta dirigido a evitar los posibles abusos en perjuicio del contratante más débil. El estado puede tomar intervención en esta clase de contratos por intermedio de los tres poderes que lo componen. La promesa publica, firme e irrevocable tiene estado público desde el momento que se emite y no puede luego ser modificada por el oferente, quien también queda sujeto y atado al cumplimiento de las condiciones generales que ha cristalizado en la formulación de su oferta. El predominio del interés general esta dado por la simplificación del sistema que permite contrataciones acordes con la realidad fáctica producida como lógica consecuencia del desarrollo tecnológico de la sociedad.

En la cuestión a la índole contractual o no de los contratos de adhesión suscito arduas controversias, habiéndose propuesto dos teorías extremas y una intermedia.

1. *La clásica o contractualista*, postula la desaparición de toda línea divisoria entre la figura en estudio y los demás contratos, los que por contraste suele denominarse paritarios. "Para esta posición no existen distinciones de fondo entre los llamados paritarios, discrecionales o de discusión y los contratos por adhesión. En efecto, sostienen los partidarios de esta tesis que en ambas modalidades esta presente el acuerdo de partes nacido del doble juego de las voluntades del estipulante y del adherente"<sup>68</sup>. Esta tesis no admite que los celebrados por adhesión escapen a las reglas que gobiernan los

---

<sup>68</sup> VALLESPINOS, Carlos Gustavo, El contrato por adhesión a condiciones generales, Edit. Universidad, Buenos Aires 1984, p. 244

nacidos de la discusión; la captación, afirman constituye una condición indiscartable para el contrato, cualesquiera sea, adquiera vida. Nace de una doble voluntad, la del ofertante o predisponente y la del adherente y sus efectos jurídicos están delimitados igualmente por la voluntad de ambos colaboradores.

Observan que de existir una categoría de actos jurídicos distintos originados por la adhesión, sería preciso definirlos, indicar los criterios validos de distinción y que, por el contrario, nada de eso hacen los partidarios de la denominada nueva teoría. La única formula precisa a que se han echado mano, es la de considerar como actos por adhesión a todos los que revisten el carácter de la ley colectiva. Aludiendo con esa denominación a una oferta dirigida no aun individuo en particular sino a cualquiera del público. Esta oferta presenta el carácter, en opinión de los anticontractualistas, de una ley que se aplica a todos los que se adhieren a ella.

Para demostrar la verdad de la tesis clásica se analizan el nacimiento del contrato por adhesión y se estudian sus efectos jurídicos. Se comprueba así como antes de producida la adhesión carece de existencia, lo cual evidencia la necesidad ineludible de la común voluntad de dos o mas partes, aun cuando esas voluntades no se encuentren en pie de igualdad. La diferencia de poder de negociación entre una y otra parte, es otro de los rasgos típicos. En lo que respecta a los efectos apuntan que el adherente sólo se obliga en la medida de su adhesión; no está obligado a más. La voluntad del predisponente no basta para ligarlo.

2. *La tesis anticontractualista*, “los partidarios de esta posición parten de un supuesto básico para afirmar su postura: que verdaderamente existe en estos actos es una declaración de voluntad unilateral pues, a pesar de que son aceptados, resultan determinados por una sola voluntad: la del oferente ”.<sup>69</sup>

Esta es otra tesis de las llamadas extremas, que se ha denominado del “acto unilateral” o publicista, niega la naturaleza contractual del negocio por adhesión, aun cuando sea dable señalar, en las opiniones de sus partidarios, matices claramente diferenciales. Para Saleilles, se trataría de una declaración unilateral de voluntad obligatoria que dicta su ley no a un individuo aislado sino a una colectividad indeterminada y que se obliga previa y unilateralmente, a reserva de la adhesión de aquellos que quieran aceptar la ley del contrato. Fue este autor quien anoto, por primera vez que podía señalarse la presencia de una nueva forma de vinculación jurídica, surgida de los caracteres mismos de un momento histórico e imposible de ubicar dentro del marco tradicional de los tipos d contratos. Significaba esa zona en donde la norma creada resulta de la superposición de la una voluntad sobre otra.<sup>70</sup>

Para Hauriou la naturaleza de estos actos es de tipo reglamentario a los cuales se adhiere otra voluntad. Para Duguit originan un estado de hecho objetivo y permanente al cual se suman los interesados.

Coinciden estos autores en afirmar que el llamado contrato por adhesión no es sino un acto unilateral que beneficia o perjudica a quien se adhiere a él. Pero esta adhesión, afirman esta muy lejos de cambiar su naturaleza y volverlo bilateral, es un requisito accesorio para que entre en vigor como lo es

---

<sup>69</sup> VALLESPINOS, Carlos Gustavo. Op. Cit. p. 246

<sup>70</sup> Cfr. MOSSET ITURRASPE, Jorge. Contratos, Edit. Rubinzal-Culzoni Editores. Buenos Aires 1995. p. 149

la promulgación de una ley con respecto a su validez. Los afectos del acto serán determinados tan solo por la voluntad y la personalidad de su autor.

Parten, en el desarrollo de su planteos, de considerar que la noción de contrato supone la igualdad de aquellos que lo realizan y en los por adhesión, sostiene, se enfrentan dos partes entre las cuales no existe igualdad alguna, cualquiera sea la medida, como para admitir la posibilidad de un vínculo tal.

3. *La tesis intermedia*, aprehende el contrato de adhesión como un negocio de base contractual y fondo reglamentario. Sería una tercera categoría, dentro de los actos jurídicos bilaterales, que estaría a mitad de camino entre el contrato y la institución.

Quienes así piensan contraponen el contrato, en el cual las partes fijan libremente sus obligaciones recíprocas, sus nuevas situaciones jurídicas con la institución en la cual el legislador fija imperativamente la situación nueva, las condiciones y de allí que también le denominen acto-condición. A mitad de camino, repetimos, se encontraría el contrato por adhesión en el cual uno de los contratantes impone su voluntad al otro, obligando al legislador a intervenir para asegurar la protección del más débil.

La protección del adherente, parte débil, necesitada, inexperta o ligera, es la gran cuestión de la figura en examen. Y dentro de los adherentes posibles resalta la figura del consumidor, de la persona necesitada de bienes y servicios para la satisfacción de sus necesidades. Es por ello que la contratación por adhesión es, para un sector de la doctrina un capítulo destacado de la protección del consumidor.

Los sostenedores de esta posición reconocen por un lado que la teoría nueva da a los simples particulares un poder reglamentario verdaderamente peligroso para el público y por el otro lado achacan a la doctrina clásica el admitir demasiadas ficciones que se hallan en abierta contradicción con la realidad.

Parten del distinguo entre contratos de derecho privado y los denominados contratos de derecho público. Y estudian al contrato por adhesión dentro de los primeros. En ellos, una exacta observación de los hechos nos conduce a diferenciar dos tipos de cláusulas: aquellas que son esenciales, sobre las cuales necesariamente se ha detenido la atención de las partes que intervienen, de aquellas otras que son accesorias o que por lo menos el destinatario de la oferta les ha considerado como tales; estas últimas no pueden sino precisar y completar las primeras, siendo contrario a la buena fe que fundándose en ellas intente desnaturalizar la esencia del contrato.

El contrato típico o regulado legalmente, celebrado por adhesión, se desnaturaliza cuando, sin razón suficiente, se aparta de los efectos normales o naturales, establecidos por normas dispositivas; del denominado modelo razonable.

“Los actos por adhesión, concluyen son contratos y los efectos determinados por la común intención de las partes; pero precisamente por esa común intención, en virtud de la voluntad real de los contrayentes, hay que respetar la jerarquía que existe entre las diversas cláusulas de un contrato.

Las cláusulas esenciales, en su letra y en su espíritu, deben regir la vida del contrato”<sup>71</sup>

Del contrato de adhesión pueden deducirse las ventajas y los inconvenientes que la doctrina enumera con motivo del contrato. En las ventajas se mencionan.

1. Que la figura, al contener condiciones generales, permite una delimitación detallada y minuciosa de las prestaciones asumidas por las partes, eliminando incertidumbres y dudas y ofreciendo a la vez mayor seguridad en la interpretación y ejecución de los contratos.

2. La determinación más exacta de los derechos y obligaciones de la empresa permite a esta un cálculo más aproximado de sus gastos y costos, facilitándole establecer precios más reducidos ya que la mayor certeza en cuanto al contenido de los contratos singulares elimina riesgos de gastos motivados por acciones judiciales de incumplimiento y de responsabilidad; al no incidir tales gastos en los precios, se facilita la competencia comercial.

3. La predisposición de formularios o condiciones generales eliminan trámites y etapas precontractuales, simplificando considerablemente el proceso de formación y conclusión de los contratos singulares y favoreciendo la rapidez de los negocios.

4. Permite a la empresa uniformar el contenido jurídico de sus relaciones contractuales, facilitando la concertación de negocios por medio de agentes o

---

<sup>71</sup> MOSSET ITURRASPE, Jorge. Op. cit. p. 152

representantes en lugares diversos y a veces, muy alejados de la sede de la empresa.

5. Establecen un nivel igualitario para todos los eventuales contratantes, los cuales actúan, frente a la empresa, sobre la base de la igualdad de trato por parte de esta, evitándose así las maniobras sorpresivas y los abusos emergentes de la mala fe de la empresa o de la ignorancia o desconocimiento de la otra parte.

“Entre los signos positivos se ha hecho ver que a través de su utilización se logran dos importantes objetivos en una economía de masa: en primer lugar, permite que el proceso de racionalización en la producción y distribución de bienes y servicios alcance plena eficacia. En segundo término, su empleo se traduce en un signo positivo para la circulación de las riquezas.”<sup>72</sup>

Estas dos ventajas son señaladas por casi toda la doctrina que se ha ocupado del tema. Todo proceso económico siempre ha buscado encontrar su camino jurídico. Aquí la racionalización aplicada por las grandes empresas también ha seguido ese principio trasladándose al campo jurídico a fin de encontrar las técnicas apropiadas a esa directiva general. El resultado de esa búsqueda ha determinado que la contratación en base a condiciones generales sea la expresión jurídica más acorde para sus objetivos económicos.

Entre los inconvenientes se citan.

---

<sup>72</sup> VALLESPINOS, Carlos Gustavo. Op. Cit. p.264.

1. La redacción unilateral de las cláusulas, que el destinatario acepta o rechaza, sin posibilidad de modificarlos.

2. El predisponente, aprovechando su situación de parte económicamente fuerte y en ejercicio de una actividad monopolizada, además de su experiencia jurídica, fortalece su posición contractual y debilita la de la otra parte imponiendo cláusulas vejatorias.

3. La predisposición de cláusulas equívocas, oscuras o redactadas maliciosamente, en formularios de letra menuda que, dada la prisa con que suelen celebrarse los contratos singulares, en la mayoría de los casos no son leídas por el adherente, facilita la comisión de abusos y fraudes..

“Lo cierto es que el contrato por adhesión ha sido impuesto por las circunstancias económicas y en la actualidad se admite unánimemente su licitud, a la vez que se busca por distintos caminos la protección del adherente que, en determinadas circunstancias puede considerarse víctima de una presión excesiva por la parte que redacta las condiciones generales.”<sup>73</sup>

## Sobre Tiempo Compartido en Reino Unido y España

### La normativa de Rusia sobre tiempo compartido 1997

Resumen de las principales disposiciones - La Normativa enmienda la existente Ley sobre Tiempo compartido del Reino Unido de 1992.

Las empresas de reventa que actúan como agentes probablemente

---

<sup>73</sup> MOSSET ITURRASPE, Jorge. Op. cit. p. 156

quedan fuera del alcance de la mayoría de las disposiciones de la Ley, pero tendrán que cumplir sus requisitos en materia de publicidad.

- Los avisos de los derechos de cancelación y los formularios de cancelación en blanco para rellenar (los denominados "avisos de cancelación") siguen siendo obligatorios y deben suministrarse a todos los compradores. Sigue siendo delito no cumplir con este requisito.
- El período de reflexión básico en el que el comprador puede cancelar el acuerdo se mantiene en 14 días, pero puede extenderse hasta 3 meses y 10 días si el contrato no contiene la información prescrita.
- Los acuerdos de crédito de tiempo compartido siguen estando regidos por la Ley y se cancelan automáticamente cuando se cancela el acuerdo de compra, pero hay algunas disposiciones nuevas en relación con éstos (véase más adelante).

b. Nuevas disposiciones introducidas por la Normativa de Tiempo compartido en Reino Unido de 1997

- Los clubes basados en puntos están sujetos a todas las disposiciones de la Ley enmendada.
- Por primera vez, los programas de seguro y programas basados en la propiedad compartida están cubiertos por la ley. Productos tales como el "Holiday Property Bond" estará sometido a la Ley.
- Los proveedores independientes de crédito al consumidor están más expuestos a las reclamaciones de lo que estaban bajo la Ley antes de ser enmendada. antes, los acuerdos de crédito sólo podían obtenerse si el proveedor de crédito sabía o tenía motivos razonables para creer que su crédito iba a ser utilizado para la adquisición de tiempo compartido. Ahora, todo acuerdo de crédito entre el proveedor y una empresa de tiempo

compartido puede dar lugar a la creación de acuerdos de crédito de tiempo compartido en el marco de la Ley.

- La ley se aplicará a las ventas de tiempo compartido hechas por los nacionales del Reino Unido en cualquier otro país del Espacio Económico Europeo (EEE). El EEE incluye a todos los Estados miembros de la Unión Europea. Asimismo, se aplica (por lo menos en teoría, a todo el mundo) a todo programa que incluya alojamientos en tiempo compartido en el Reino Unido. De conformidad con los convenios internacionales, los fallos obtenidos por particulares en los tribunales del Reino Unido. deben hacerse aplicar, sin reabrir el caso, por los tribunales de los demás Estados del EEE..
- Toda publicidad sobre tiempo compartido debe hacer referencia al documento correspondiente donde figura la información completa (véase más adelante) y decir dónde puede obtenerse. Toda contravención constituye un delito.
- Existe una prohibición absoluta de hacer un pago por adelantado ya sea al vendedor o a una tercera parte. Toda contravención a esta disposición constituye un delito.
- Los contratos de compra deben contener toda la información especificada en el marco de la normativa, en caso contrario, constituye un delito. Los contratos deben ser traducidos en el idioma del comprador (si es un(a) residente o nacional del EEE). Se aplican las mismas reglas a la traducción del documento de información completa. Si una propiedad de tiempo compartido se encuentra en un Estado del EEE, debe suministrarse también una traducción jurada del contrato. En ambos casos, el no suministrar la traducción constituye un delito.

La Ley ha creado seis nuevos delitos, que acaban de mencionarse, donde antes sólo existía uno.

La ley española de tiempo compartido 42/1998 sobre el derecho de aprovechamiento por turno de bienes inmuebles de uso turístico y normas tributarias - resumen de las principales disposiciones

La Ley se aplica a todos los contratos (sin tener en cuenta si se firman) en relación con el uso de propiedades en España durante un período del año definido o por definir.

La Ley crea un nuevo marco legal para el tiempo compartido: el programa de derecho de aprovechamiento por turno. Todos los programas de tiempo compartido establecidos después de la entrada en vigor de la ley en relación con el uso de los bienes inmuebles en España deben constituirse como un programa de derecho de aprovechamiento por turno. Estos sistemas pueden establecerse con una duración de 3 a 50 años y basarse ya sea en derechos colectivos limitados o en derechos individuales (en la forma de contratos de alquiler estacional con todos o parte de los alquileres pagados por anticipado). Los propietarios de tiempo compartido no tienen derecho a ninguna compensación al expirar los derechos adquiridos.

- Debe suministrarse la información completa antes de toda venta de tiempo compartido a toda persona que solicite información. El documento debe mencionar una serie de puntos que se enumeran en el apartado 2 del artículo 8 de la Ley.
- Los contratos de compra deben contener toda la información estipulada en el artículo 9 de la Ley.

- El contrato y los documentos informativos deben expresarse en el idioma del Estado miembro de la UE en el que resida el comprador. Asimismo, debe figurar en español o cualquier otra lengua oficial en España.
- El período de reflexión durante el cual el comprador puede cancelar el acuerdo es de 10 días. Este plazo puede extenderse hasta 3 meses si el contrato no contiene la información prescrita.
- Está prohibido todo pago anticipado por parte del comprador al vendedor antes de la expiración del período de reflexión. No obstante, las partes pueden tomar disposiciones contractuales para garantizar el pago del precio diferido siempre y cuando el vendedor no reciba ningún pago (directa o indirectamente) en la eventualidad de que el comprador se retire. El comprador tiene en todo momento derecho a pedir la devolución de un importe igual o doble de todo pago anticipado entregado al vendedor en contravención de la Ley y luego puede elegir entre cancelarlo (dentro de un plazo de tres meses) o confirmar el contrato de compra.
- Los acuerdos de crédito de tiempo compartido se cancelan automáticamente al cancelarse el acuerdo de compra. En los acuerdos de crédito no puede disponerse ninguna sanción o multa contra el comprador en caso de que se retire.
- Se incluyen en la Ley disposiciones tributarias relativas al impuesto sobre el patrimonio, el impuesto de transferencia, el impuesto del timbre y el IVA. El impuesto sobre el patrimonio se basa en el precio de compra, el IVA se aplica a una tasa reducida del 7% salvo en las Islas Canarias, donde se aplica una tasa reducida del IGIC, y los impuestos de transferencia/del timbre se aplica a las transferencias entre particulares (no sujeto al IVA) a una tasa del 4%.

- El propietario registrado (promotor) de un programa ya existente debe firmar una escritura reguladora de adaptación en el plazo de dos años y registrarla en el Registro de la Propiedad.
- La firma de la escritura de adaptación de los programas preexistentes en el marco del sistema de escritura de "multipropiedad" será efectuada por el Presidente del Comité de Propietarios.
- En la escritura de adaptación, el programa puede convertirse en un programa "de derechos de aprovechamiento por turno" o puede continuar existiendo bajo la misma estructura legal ya existente.
- Está prohibido transferir los derechos de aprovechamiento por turno utilizando el término "multipropiedad". Además de lo anterior, los nuevos programas tendrán que observar lo siguiente:
  - Los complejos turísticos deben tener por lo menos 10 unidades
  - Los programas pueden establecerse como un programa de derecho colectivo o de derecho individual
  - Está permitido mezclar el uso de tiempo compartido con otras formas de actividades turísticas
  - El período anual de ocupación siempre debe ser de 7 días consecutivos, por lo menos.
  - La duración de los programas debe ser de 3 a 50 años
  - Al expirar el plazo, los propietarios de tiempo compartido no tienen derecho a ninguna compensación
  - Los programas deben ser establecidos por el propietario registrado del complejo turístico y debe contarse con todas las licencias correspondientes.

- Debe firmarse un contrato con una empresa de gestión a menos que el promotor haya decidido responsabilizarse directamente de los servicios de gestión.
- Los propietarios morosos. Es posible recuperar la posesión de un derecho de aprovechamiento por turno si el propietario no ha pagado los gastos de mantenimiento durante por lo menos un año a partir de 30 días después de haber recibido la solicitud formal de pago. En ese caso, un propietario de tiempo compartido tendría derecho a un importe equivalente a lo que resta del valor del interés adquirido. Es posible renunciar a este derecho en el contrato de venta.
- Las garantías bancarias o las pólizas de seguro que garantizan la devolución de todos los importes pagados son obligatorias cuando se venden complejos turísticos que se encuentran en construcción.
- Debe incluirse en la escritura regulatoria que registrá el programa la información detallada de conformidad con lo estipulado en el artículo 5.
- Se requiere un seguro de responsabilidad civil por todo daño causado por el promotor o sus empleados.
- También es obligatorio un seguro que cubra la responsabilidad de los ocupantes, incendio y daños directos.

#### **4.1.1. La membresía en otras modalidades**

Cuando nos referimos a la membresía en otras modalidades nos implica, como lo indicamos en líneas anteriores, que el supuesto contrato de membresía es utilizado por diversas empresas con la finalidad de que sus socios o clientes

utilicen sus instalaciones para diferentes fines. A tal referencia analizaremos algunos de ellos:

Negocios de autoservicio. Es muy común que en algunos centros comerciales como Plaza Tepeyac y las Americas, existen instalaciones de una cadena comercial transnacional como lo es Sam's Club, donde se nos oferta adquirir la membresía de dicho establecimiento, el cual tiene como finalidad que se adquiera dicha membresía, con el objetivo de poder ser socio y poder ingresar al establecimiento y adquirir los diversos productos que existen en venta, bajo el supuesto de obtener los productos a mejores precios que en el mercado de competencia. En esencia como lo mencionamos es sólo poder ingresar al establecimiento y obtener las ventajas por ser socio, durante un tiempo determinado y mediante el pago de cierta cantidad, sin embargo al adquirir tal membresía se nos otorga una credencial que indica membresía individual o empresarial, según el caso, asimismo se indica la leyenda de "*socio desde*" y después viene la fecha. En otras como la de Costco se establece : "*su uso se rige por el contrato de afiliación*". A tal tesitura podemos inferir que las membresías que otorgan los diferentes establecimientos sólo son para poder ingresar y adquirir los diferentes productos que ofertan y utilizar sus instalaciones como las de cafetería o comedor. Pero algo sobresaliente es la leyenda de "socio", que para los alcances que da el contrato es sólo ser afiliado a tal cadena de tiendas.

Otro ejemplo es el de los videos club, como Blockbuster, en el cual adquirimos una membresía para poder adquirir en renta películas, videos y poder tener la primicia de alguna película en venta, entre otras. Pero de igual manera somos miembros o socios de dicha cadena comercial.

Club Deportivo. La misma suerte se corre con los deportivos los cuales también ofrecen membresías para sus utilizar sus instalaciones por un periodo determinado, bajo las políticas y lineamientos que establece su contrato, que se firma por adhesión. Sin más provecho que utilizar las instalaciones y algún otro servicio que se otorgue.

Como podemos observar los supuestos contratos de membresía mencionados nos dan la posibilidad de utilizar ciertos servicios y para algunos adquirir determinados productos.

#### **4.1.2. Concepto**

Pretender establecer un concepto del contrato de membresía es una tarea nada fácil, puesto que siempre he pensado que un concepto se debe de dar al final, después de analizar cada uno de sus elementos con los cuales se obtienen las bases para dar este; por lo tanto; para hacer el estudio de este contrato utilizaremos el método inductivo, es decir de lo particular a los general, lo anterior toda vez que ningún doctrinario consultado, ni la propia ley lo conceptualizan, lo definen, ni muchos menos lo establecen, por lo que trataremos de dar el concepto y como consecuencia realizar su desmembramiento para su análisis.

Así consideramos que el ***Contrato de Membresía es: aquel por medio del cual una persona física o moral autoriza a otro denominado socio, por el cual mediante un pago se le autoriza el uso o adquisición de bienes o servicios durante un tiempo determinado.***

### 4.1.3. Naturaleza jurídica

El tema que a continuación estudiaremos, es de los más importantes y complejos, de ahí que su estudio tal vez sea un poco redundante de pronto.

Al hablar de la naturaleza jurídica, estamos hablando de todo el derecho en general, ya que esta no es exclusiva del derecho penal, civil, mercantil, etc. Si no que al hablar de la naturaleza jurídica, podemos hablar de todo lo que corresponde al estudio del derecho.

Este concepto al parecer , es un concepto exclusivo de la Doctrina del Derecho, ya que no es muy variable o factible , en que en la practica nos encontramos , con la necesidad precisa de usar la naturaleza jurídica, aun que como ya mencionamos , todo el derecho y en si todas las cosas tienen una naturaleza .

Creemos que seria importante por empezar, por saber que es en si la naturaleza, porque de ahí podemos partir, para saber un poco mas de nuestro concepto.

La naturaleza, es aquello que es la esencia y propiedad característica de las cosas o de los seres.

Y ahora que sabemos que es naturaleza desarrollaremos la otra parte de nuestro concepto, que es jurídico, entendiendo por jurídico a todo aquello que atañe al derecho o se ajusta a él, todo lo relativo al derecho.

Para realizar el estudio que nos proponemos es indispensable adelantar el concepto general de la naturaleza jurídica, diferenciándolo de las diversas clases y su relación existente entre estas.

La naturaleza jurídica en si es, la esencia que tiene todo lo relativo al derecho, por eso es que podemos encontrar la naturaleza jurídica del derecho publico y el derecho privado, a su vez encontrar la naturaleza jurídica de los temas relativos a cada materia, como la naturaleza jurídica de los contratos en materia mercantil o la naturaleza jurídica de las obligaciones en materia civil, y así sucesivamente.

De este modo empezaremos hablando de a naturaleza jurídica del derecho mercantil ya que finalmente es la materia que nos atañe y concierne en este momento.

Indudablemente el derecho mercantil queda clasificado, al igual que derecho civil dentro de las normas del derecho privado, ya que la naturaleza de las mismas persigue un orden privado.

Por ello, podemos clasificarlo como un derecho clasicista o de clase por que, preponderantemente, es un derecho regulador de la actividad que practican los comerciantes y las personas que accidentalmente caen en derecho comercial; es un derecho especial a diferencia de derecho civil que es en general.

Se ha discutido mucho sobre la naturaleza de esta rama del derecho privado , hay algunos que afirman que en el nacimiento del comercio nace el derecho mercantil ;otros siguiendo un criterio subjetivo nos señala que esta esfera jurídica nace con la oportunidad de los comerciantes , sin embargo , estamos convencidos que no podríamos cuestionarnos aparecen primero ,si el comercio a los comerciantes ya que creemos que ambos nacen al mismo tiempo , y

podemos asegurar sin que sea un jugo de palabras , que no hay comercio que no sea practico por los comerciantes , ni hay comerciantes que no practiquen el comercio.

Es importante señalar que el derecho mercantil mas que acreedor es reconecedor , ya que su origen es esencialmente consuetudinario y la mayor parte de sus instituciones , antes de que estuvieran reguladas en alguna ley , eran practicadas por los comerciantes , como es el caso de la aparición de la primera sociedad mercantil , la sociedad en nombre colectivo que es familiar por excelencia , el manejo de la letra de cambio o cambial y el uso de los libros de contabilidad que manejan los comerciantes. Estos, sienten una necesidad imperiosa de llevar un orden uniforme y riguroso de cuenta y razón, es decir, llevar un control de todas y cada una de las operaciones en las que intervienen.

Originalmente, cuando no existían códigos o leyes mercantiles especializadas como en la época de la edad media, hubo algunos intentos de leyes que más bien tuvieron recopilaciones de las diferentes costumbres practicadas en el campo de comercio.

Dentro de estas primeras recopilaciones podemos atar a los Roolos o juicios de Olerón, el Consulado del Mar y la ley de la Navegación del Mediterráneo

Pues bien en pocas palabras la naturaleza jurídica del Derecho mercantil, es en si el derecho privado , ya que el derecho mercantil de este, al igual que el civil , por eso de que muchas de sus normas sean supletorias en determinado momento , y que en cierta forma abarque los mismos temas , claro , es de suponerse ya que ambos nos manejan las obligaciones , y el hecho jurídico y el acto jurídico , siendo estos dos últimos conceptos importantes en el estudio de la naturaleza jurídica.

Las condiciones generales de los contratos han dado lugar a no pocas discusiones doctrinales acerca de su naturaleza jurídica .el hecho de que funcionen a modo de preceptos de carácter abstracto que, dotados de una cierta coacción , se imponen en carácter general a quien necesita contratar con los empresarios que las establecen , han venido planteando el problema de si constituyen o no una verdadera fuente de derecho objetivo , en definitiva , si trata de verdaderas normas jurídicas objetivas o si por el contrario , tiene un fundamento exclusivamente contractual.

La cuestión no debe, ser resuelta de modo general y común a toda clase de condiciones generales; para decidir en un sentido u otro habrá que tener en cuenta muy especialmente el modo en que las condiciones generales han sido establecidas. Cuando estén dictadas e impuestas a las partes por una autoridad publica, investida de poder normativo, esas condiciones se presentan mas bien como normas legales o administrativas que como condiciones generales de la contratación y, en consecuencia , adquieren el carácter de normas de observancia necesaria para quien decida contratar (lo mismo para los empresarios que para sus clientes ) respondiendo en tal caso la naturaleza propia del derecho objetivo.

No tendrá , en cambio ese carácter aquellas condiciones generales de la contratación que hayan sido formuladas en ejecución de anteriores contratos de coalición , de cartel o de sindicación , que obliguen a los empresarios que se agrupen a observar en los singulares contratos con su clientela las condiciones generales uniformes previamente acordadas por el cartel , grupo o sindicato , por que esas condiciones a un que sean de observancia obligatoria para aquellos en cuanto a normas de derecho corporativo , no pueden tener la misma fuerza obligatoria para los clientes . Del mismo modo que tampoco pueden verse como manifestaciones de derecho objetivo las condiciones generales

formuladas singularmente por cada empresario en ejercicio de su libre y autónoma voluntad , por grande que sea su predominio en el mercado y extenso en el círculo de su clientela . En este sentido , se puede decir que las razones aducidas por las doctrinas normativas más tradicionales para fundamentar la naturaleza de derecho objetivo de las condiciones generales , basando su consideración (como una norma sociológica o como un derecho de la economía) en el poder normativo de la empresa ; y las más modernas expresiones de esta doctrina normativa que han buscado su significación como fuente jurídica en la existencia de un Derecho corporativo o de un poder delegado del legislador , contrasta de tal forma con nuestro sistema constitucional de fuentes de derecho , que realmente puede decirse que la obligatoriedad de estas condiciones generales no pueden más que un fundamento bilateral , es decir , contractual. Obligan sencillamente , cuando se acepten , adhieren a ellas en la estipulación de los singulares contratos, pero no porque tengan valor de normas de Derecho que necesariamente haya de ser respetadas al contratar.

#### Naturaleza de la obligación

El concepto de obligación, a lo largo de la historia ha evolucionado pasando por distintas etapas que han pretendido encontrar la esencia y caracteres fundamentales de las obligaciones. sin embargo, por su amplitud y ambigüedad, aún la naturaleza jurídica de la obligación no ha sido establecida, dando lugar a muchas definiciones e incluso acepciones del vocablo obligación. no obstante, todas ellas pueden ser agrupadas en unidades que se distinguen por características comunes, originadas en un determinado tiempo y espacio. las mismas que se explican en los siguientes puntos.

La naturaleza de la obligación ha sido estudiada ampliamente, por los tratadistas y constituye uno de los más importantes y atractivos del derecho civil.

Sobresalen sobre este punto dos teorías, la subjetiva y la objetiva. la primera es la originaria ,romana , y la segunda , la moderna que ha sido y es discutidísima .

El derecho romano vio en la obligación un vinculo entre personas; pero el germánico y el moderno tiende a destacar el compromiso objetivo de crédito o deuda , estimándolo mas bien como una voluntad ligada a otra, como un vinculo entre dos patrimonios considerados como personalidades abstractas .

“La doctrina llamada objetiva tiene en Gaudemet uno de sus representantes mas caracterizados. Afirma este autor, como tesis fundamental al respecto, que si bien original mente era la persona la que debía a la persona; en la actualidad se considera que es el patrimonio el que debe al patrimonio, lo que equivale a afirmar la posibilidad de una relación entre patrimonio que no puede ser aceptada en ningún caso, puesto que es evidente que la relación jurídica”.<sup>74</sup>

Para precisar la naturaleza jurídica del contrato es menester remitirlo a un marco más amplio que, en el derecho argentino, es el de la teoría general de los hechos y los actos jurídicos elaborada por Vélez Sársfield a partir del art. 896 del Código Civil.

1. La teoría de los hechos y actos jurídicos parte del concepto de hecho jurídico, que el art. 896 caracteriza como todo acontecimiento susceptible de producir alguna adquisición, modificación, transferencia o extinción de derechos u obligaciones; los hechos que no producen alguno de estos efectos carecen de todo interés para el derecho y de allí que no sean considerados por la ley.

---

<sup>74</sup> PINA Rafael de Derecho Civil Mexicano páginas 28-29

2. Los hechos jurídicos pueden ser producidos por la naturaleza, como el aluvión, caso en que se los denominada "naturales" o por la acción del hombre, caso en que se los califica de "humanos" y se los llama "actos" y éstos –a su vez- pueden ser voluntarios, cuando son ejecutados con discernimiento, intención y libertad, o involuntarios, cuando son ejecutados sin discernimiento, sin intención o sin libertad (art. 897), caso este último en que no producen obligación alguna, conforme lo dispone el art. 900.

3. Los actos humanos voluntarios se subdividen, por su parte, en actos lícitos, que son las acciones voluntarias no prohibidas por la ley, de las que puede resultar alguna adquisición, modificación o extinción de derechos (art. 898) y actos ilícitos, que son aquéllos expresamente prohibidos por las leyes ordinarias, municipales o reglamentos de policía, que causen un daño o lo pueden causar (art. 1066).

4. En cuanto a los actos lícitos, admiten todavía una distinción entre los actos simplemente lícitos, que son aquéllos que no tiene por fin inmediato alguna adquisición, modificación o extinción de derechos (art. 899) –como ocurre con la adquisición de la posesión- y los actos jurídicos, que son aquéllos que tienen por fin inmediato establecer entre las personas relaciones jurídicas, crear, modificar, transferir, conservar o aniquilar derechos (art. 944).

5. Finalmente, los actos jurídicos se clasifican en: a) unilaterales o bilaterales, según que para formarlos baste la voluntad de una sola persona o requieran el consentimiento unánime de dos o más personas (art. 946); y b) entre vivos o mortis causa, según que su eficacia, es decir, la producción de sus efectos, sea independiente o no del fallecimiento de la persona de cuya voluntad emanan (art. 947).

Ahora bien: partiendo de la definición de contrato que da el art. 1137, no cabe duda de que éste es un acto jurídico, como que está destinado a "reglar los derechos de las partes", lo que denota su finalidad jurídica y permite encuadrarlo en el concepto amplio del art. 944. Asimismo, al requerir el "acuerdo de partes", el art. 1137 señala la ubicación del contrato como un acto jurídico bilateral, conforme la clasificación del art. 946, y, dado que la eficacia del contrato no depende del fallecimiento de las partes, es posible calificarlo como un acto jurídico entre vivos, de acuerdo con la división del art. 947.

Es decir que el contrato es un acto jurídico bilateral y entre vivos (arts. 944, 946 y 947), de contenido patrimonial (art. 1169), calificado por el fin perseguido, sea que éste se restrinja a la creación de obligaciones (tesis restrictiva), se amplíe a la modificación y extinción de obligaciones y derechos reales (tesis amplia).

En resumen: cualquiera sea la posición que se adopte en cuanto al alcance del concepto de contrato, éste siempre se presenta como una especie dentro del género de los actos jurídicos bilaterales entre vivos.

La naturaleza jurídica de la membresía, desde nuestro punto de vista es el contrato, en virtud de que las partes manifiestan su voluntad para crear y transmitir derechos y obligaciones.

#### **4.1.4. Características**

En relación a las características que se le pueden plantear al contrato de membresía y la clasificación de los contratos podemos determinar lo siguiente:

**Innominado.** Toda vez que la legislación no establece un nombre al respecto.

**Atípico.** Ya que no está reglamentado por nuestra ley.

**Bilateral.** Pues existen en ambas partes derechos y obligaciones.

**Oneroso.** Hay una contra prestación en dinero por parte del adquirente.

**De adhesión.** Las partes están a lo preestablecido en el contrato que se firma.

**Tracto Sucesivo.** En virtud que el contrato es continuo y no se extingue en un solo acto.

**Principal.** Por que para su existencia no depende de otro, para que este surja como contrato.

**Conmutativo.** Se conoce con certeza los beneficios y pérdidas que tendrán las partes.

**Formal.** Debiéndose de formalizar el contrato de manera escrita.

Estas son las características que el contrato de membresía tiene, de acuerdo a lo que sea señalado en el presente trabajo.

#### **4.1.5. Regulación jurídica**

La regulación jurídica que existe es casi nula, pues no hay una verdadera que regule el citado contrato, toda vez que se hace solo mención no como contrato, sino como socio en los diversos contratos al señalar al adquirente como miembro al admitirlo a la membresía.

##### **4.1.5.1. En México**

En lo que respecta al contrato de membresía nuestra legislación es omisa al respecto, es un contrato atípico, innominado, que solo podemos encontrar como dentro del comercio en aquellos que se realizan para la contratación de

servicios como lo es el de tiempo compartido, contrato que se encuentra íntimamente relacionado.

#### **4.2. El contrato de membresía como contrato de prestación de servicios**

El contrato de membresía lo podemos encontrar ubicado dentro de la clasificación de servicios, pues este es una prestación que se otorga por un oferente, el cual va administrar el sistema que va a dar el servicio a los usuarios que adquieren el mismo, sin duda es complejo, por que no se encuentra regulado, es decir, queda a juicio y disposición de lo establecido por los contratantes en los términos del contrato que se celebre, sin embargo es difícil determinar que tipo de servicio es el que presta,

Actualmente nos encontramos que el contrato de membresía solo aparece cuando existe un contrato previo como puede ser el tiempo compartido ( con lo que se cuestiona si es un contrato principal o un contrato accesorio), el cual ya nos hemos referido en capítulos anteriores, sin embargo podemos encontrar en otras áreas que no es la inmobiliaria que existe una gran cantidad de formas de establecer este contrato, así por ejemplo esta el de automóvil, un yate, equipo de deportes acuáticos, e incluso de bienes de empresa como equipos y programas de computo diseños industriales, el objeto de este contrato es el disponer del bien sea inmueble o mueble, sin embargo si disponemos del bien inmueble esto se extendería mas allá de éste, pues podría ser el caso de áreas comunes, como la piscina, áreas deportivas, restaurantes, servicios “accesorios” como el servicio de

habitación lo que se le denomina como (room service) lavandería y otros similares.

Por lo que de acuerdo a la Procuraduría Federal del Consumidor, no existe registro por parte de la misma para que un proveedor-empresa, haya registrado de un contrato de adhesión de membresía, sin embargo si se encuentra en la misma una gran cantidad de contratos de tiempo compartido, en los cuales se hace mención que el adquirente se vuelve socio por medio de la membresía que se obtiene por la contratación,

### **4.3. El contrato de membresía como simulación jurídica en México.**

“En el lenguaje corriente, simular significa "hacer aparecer lo que no es, mostrar una cosa que realmente no existe". El origen etimológico confirma este concepto: *simular* es hacer similar, dar aspecto y semejanza a lo no verdadero. Así se simula una enfermedad, un peligro, un viaje. En el derecho penal se habla de *simulation de reato* cuando, para engañar a la justicia, se hace creer en la realización de un delito que no ha existido. El que acude a la simulación quiere crear una apariencia falsa para engañar al público, induciendo a la opinión errónea de la verdad del hecho alegado. Desde el campo de lo material, la palabra pasa y se aplica a la esfera moral, a los movimientos del ánimo, y así, se habla de amistad, generosidad, virtud simulada. *Simulador*, por tanto, es el que, sagaz y hábilmente, hace creer en una actitud insincera. Muchos hombres son verdaderos artistas simulando en la escena de la vida. Producto de la simulación es el *simulacro*, una imagen vacía de realidad. ¡Ciertos héroes solo realizan el

simulacro del patriotismo! ¡Ciertos gobiernos solo dejan a los pueblos un simulacro de libertad!

Análogo, aunque distinto, es el significado de la palabra compuesta *disimular*.

Mientras que en la simulación se hace aparecer lo que no es, en el *disimulo* se oculta lo que es. La una provoca la creencia falsa de un estado no real; el otro oculta al conocimiento de los demás una situación existente. Aquella tiende a una ilusión externa; este, a una ocultación interna. Así, se disimula la ira, el odio, el rencor. En ambos casos, sin embargo, el fin de la conducta del individuo es el engaño, carácter fundamental de las varias formas simulatorias: en la simulación se quiere engañar sobre el ser de una situación no verdadera; en el disimulo, sobre el no ser de una situación real. La simulación puede compararse a un fantasma; el disimulo, a una máscara.”<sup>75</sup>

La simulación no pierde su naturaleza al aplicarla al ámbito jurídico. La simulación no es realidad, sino ficción de la realidad. Desde el punto de vista subjetivo, simular significa "darse falsamente por, sin embargo *disimular* denota una simple reticencia, una ocultación real, en todas las aplicaciones. Se trata de una mentira consciente para engendrar en los demás una ilusión falaz; de un disfraz que tiene distinta importancia, según que sea o no elemento de hecho del dolo.

Para abordar el tema es indispensable establecer dos conceptos a saber; que es simulación y reticencia y así tenemos lo siguiente:

---

<sup>75</sup> FERRARA Francisco “La Simulación de los Negocios Jurídicos” Volumen 4, Editorial Jurídica Universitaria, México 2002, p. 2

## **Simulación**

“Simulación es la declaración de un contenido de voluntad no real, emitida conscientemente y de acuerdo entre las partes, para producir con fines de engaño la apariencia de un negocio jurídico que no existe o es distinto de aquel que realmente se ha llevado a cabo.”<sup>76</sup>

## **Reticencia**

“Silencio que voluntariamente guarda uno de los contratantes al exteriorizar su voluntad, respecto de alguno o algunos hechos ignorados por su co-contratante, y que tienen relación con el acto jurídico que se celebra.”<sup>77</sup>

Visto lo anterior ahora pasaremos a establecer la simulación en el contrato.

El significado genérico de las instituciones jurídicas, que no llegan a darnos una figura propia y autónoma, no tienen interés. Por eso es preciso que estudiemos el concepto de simulación con relación a los actos jurídicos y en concreto al contrato.

El acto jurídico simulado es el que tiene una apariencia contraria a la realidad, o porque no existe en absoluto, o porque es distinto de como aparece. Entre la forma extrínseca y la esencia íntima hay un contraste llamativo: el acto que, aparentemente, es serio y eficaz, es en sí mentiroso y ficticio, o constituye una máscara para ocultar un acto distinto. Ese acto está destinado a provocar una

---

<sup>76</sup> *Ibíd*em p.12

<sup>77</sup> GUTIÉRREZ Y GONZALEZ Ernesto, “Derecho de las obligaciones” tomo I, Editorial Porrúa, Decimo segunda edición, México1998, p.381

ilusión en el público, que es inducido a creer en su existencia o en su naturaleza tal como aparece declarada, cuando, en verdad, o no se realizó o se realizó otro acto diferente del expresado en el contrato.

### **Simulación en el contrato**

Simulación en el contenido del contrato, o lo que es igual, del objeto, del precio, de la fecha, de las modalidades y de los pactos accesorios.

\* Simulación en el objeto.- puede disimularse bajo la apariencia de otro, de tal manera que se produzca un engaño acerca de la identidad de la prestación.

\* La simulación puede limitarse al precio estipulado.- algunas veces puede hacerse aparecer un precio exagerado para excluir o hacer muy gravoso el ejercicio del retracto legal; o el precio se puede disminuir para ahorrarse en parte el pago del impuesto por transmisión de bienes u otro derecho fiscal.

Al quitar el disfraz al negocio debe aplicarse a éste la sanción cualquiera que sea, según la ley prohibitiva que se haya violado:

- La transgresión a las leyes de orden público producen la nulidad total del acto;
- La transgresión a las leyes que protegen un interés más limitado.- producen una mera anulabilidad;
- La transgresión a las que obedecen a meras finalidades de disciplina, financieras o de policía.- una pena para el autor.

\* Simulación en la fecha:

- Fingiendo que un acto se remonta a un tiempo pasado (antidata);

- Haciendo aparecer que el acto se ha realizado en una fecha posterior a la verdadera (posdata).

Esta indicación falsa no puede tener valor alguno jurídico entre las partes, pero si quiere provocar un engaño en los terceros, para aprovecharse de el con fines fraudulentos.

Las simulaciones de fecha han perdido en gran parte su importancia con la institución de la publicidad de los derechos reales y con el principio de que los actos sin fecha no pueden oponerse a terceros.

Con los conceptos planteados, podemos advertir que existe relación con el contrato de Membresía; está situación se asevera, en virtud de que como lo venimos mencionando, la simulación que se realiza respecto del contrato de referencia en cuanto; en el contenido del contrato, o lo que es igual, del objeto, del precio, de la fecha, de las modalidades y de los pactos accesorios. Y sobre ese aspecto se da también la reticencia al determinarse el silencio por alguna de las partes para cumplir eficazmente el contrato.

A tal circunstancia, consideramos que en los contratos denominados de membresía, existe una simulación, disimulo y reticencia jurídica, se presenta un tipo de contrato diverso, ya que en realidad son diversos los objetivos del contrato, toda vez que lo que lo adquieren no son socios, sino afiliados, y existen promesas, engaños y silencio de los comercializadores de dichas membresias.

## CONCLUSIONES

**PRIMERA.** El comercio, resulta fuente primordial de las personas físicas y colectivas, teniendo su regulación jurídica en el Derecho Mercantil, siendo este último, de suma importancia para la regulación de los actos de comercio.

**SEGUNDA.** Una de las fuentes de las obligaciones del Derecho Mercantil, son los contratos, los cuales revisten gran trascendencia para las relaciones comerciales.

**TERCERA.** Es de vital importancia conocer adecuadamente los contratos, los cuales los podemos estudiar desde dos puntos de vista: como acto jurídico y como norma. El primero consiste en determinar si se cumplen con los elementos de existencia y de validez, y el segundo en poder precisar su estructura, creación, integración y aplicación.

**CUARTA.** En el sistema jurídico mexicano en relación a los contratos, encontramos típicos y atípicos. Los primeros que están regulados por diferentes normas y los segundos aunque no tiene una regulación específica tienen plena validez legal. Y son precisamente estos últimos los que en la última década han pasado a tener una aplicación sobresaliente en nuestro sistema comercial y jurídico.

**QUINTA.** La transculturización económica y jurídica ha sido adoptada por el comerciante individual y colectivo, aunado a la globalización y a la inversión extranjera se han desarrollado y adoptado contratos como el de *joint venture*, *outsourcing* y el de Membresía entre otros, los cuales no cuenta con una solvencia jurídica para su aplicación, para lo cual se ha tenido que recurrir a figuras similares para su comprensión.

**SEXTA.** Precisamente es el contrato de Membresía el que ha adoptado diferentes modalidades en nuestro sistema jurídico, las cuales pudieran ser bajo la modalidad de tiempo compartido, miembro de club deportivo o de tiendas de auto servicio.

**SÉPTIMA.** El problema estriba precisamente en el alcance legal que pudiera tener la membresía, ya que se ha prestado a crear una simulación de acto en perjuicio del cliente, es decir, en el contrato denominado de tiempo compartido, hay quienes como los que lo ofrecen le denominan membresía,

**se establecen diferentes prestaciones las cuales no quedan claras al considerarse miembro de determinado club vacacional.**

**OCTAVA. Es por lo tanto pertinente establecer qué es la membresía y cuál es su alcance jurídico en nuestro derecho, ya que al respecto tal figura se presta al manipuleo de quien la ofrece y al desconcierto de quien la obtiene, siendo así necesario una reglamentación jurídica.**

**NOVENA. Pero también resulta indispensable que dicha figura sea conocida por los juristas, en virtud de no dejar al olvido figuras que tiene gran relevancia jurídico-económica, porque no debemos seguir permitiendo que se use al derecho para obtener provechos de una sola de las partes y la otra tenga que seguir invirtiendo y desgastándose jurídica y económicamente.**

## PROPUESTAS

### **La necesidad de regular el contrato de membresía en el Código de Comercio en México.**

Sin duda alguna de lo establecido en la presente investigación podemos tener la certeza de que el contrato de membresía debe ser regulado en el sistema jurídico mexicano, para poder determinar la naturaleza y alcances de dicho contrato, lo anterior se determina bajo el supuesto de que la membresía no estriba en la supuesta relación contractual del tiempo compartido, sino que en nuestro sistema la membresía implica la participación como socio o miembro de otras entidades económicas o deportivas; tal es el caso de Clubes deportivos o tiendas de autoservicios.

El pretender dar una normatividad al respecto resulta ser una tarea ardua y de gran técnica legislativa. Además de la participación de diversas disciplinas para su mejor reglamentación..

El primer beneficio que obtendríamos al reglamentar la membresía seria en tener una certeza jurídica de los alcances legales que se pretenden; el segundo estriba en el entorno económico al inmiscuirnos a una globalización, la cual considera una aplicación generalizada de dicha figura independientemente del Estado donde te encuentres y por ultimo relacionar adecuadamente el aspecto didáctico, normativo y practico para su estudio.

## FUENTES DE INFORMACIÓN

ACEVEDO BALCORTA, Jaime A.- Derecho Mercantil. Editorial Dirección de Extensión y Difusión Cultural Campus Universitario Chihuahua. México. 2000.

ARCE GARGOLLO, Javier. Contratos mercantiles atípicos. Edit. Porrúa, 8ª. Ed. México, 2001

ATHIE GUTIÉRREZ, Amado. Derecho Mercantil, 2ª Ed. Editorial Mc GRAW- HILL S.A., México D.F. 1999.

BARRERA GRAF, Jorge.- Tratado De Derecho Mercantil. Editorial Porrúa. México, 1957.

BARRERA GRAF, Jorge.- Instituciones De Derecho Mercantil. Editorial Porrúa. Tercera reimpresión. México, 1999.

CALVO MARROQUÍN, Octavio.- Derecho Mercantil. Editorial Banca y Comercio, México 1993. Pág. 6.

CERVANTES AHUMADA, Raúl.- "Derecho Mercantil 1er Curso". Editorial Porrúa. 3ª reimpresión. México 1980.

DE LA CRUZ GAMBOA, Alfredo.- Elementos Básicos De Derecho Mercantil. Cátedra Editores. México 1997.

DÍAZ BRAVO Arturo, Contratos Mercantiles, Cuarta Edición, Editorial Harla, México 1994,

FERRARA Francisco La Simulación de los Negocios Jurídicos Volumen 4, Editorial Jurídica Universitaria, México 2002.

GARCÍA RENDÓN, Manuel.- Sociedades Mercantiles. Editorial Harla. México 1993.

GARRIDO- ZAGO, Contratos Civiles y Comerciales, Edit. Universidad, , Buenos Aires 1995.

GARRIGUES, Joaquín.- Curso De Derecho Mercantil Tomo I . Editorial Porrúa. 2ª reimpresión. México 1998.

GUTIÉRREZ Y GONZÁLEZ Ernesto, Derecho de las Obligaciones, Edición Décima cuarta, Editorial Porrúa, México 2002

MANTILLA MOLINA, Roberto L.- Derecho Mercantil. Editorial Porrúa. 24ª edición. México 1985.

MOSSET ITURRASPE, Jorge. Contratos, Edit. Rubinzal-Culzoni Editores. Buenos Aires 1995.

NORIEGA CANTÚ, Alfonso. Lecciones de Amparo. Segunda edición , Edit. Porrúa México 1980.

PINA VARA, Rafael de. Derecho Mercantil Mexicano, Edición Vigésimo octava, Editorial Porrúa, México 2002

QUINTANA ADRIANO, Elvia Arcelia. Ciencia del Derecho Mercantil. Editorial Porrúa, México 2004

RIPERT, George.- Tratado Elemental de Derecho Comercial Volumen I. Traducción Felipe de Solá Cañizares. Tipografía Editora. Buenos Aires, Argentina. 1954.

ROCCO, Alfredo.- Principios de Derecho Mercantil. Editorial Biblioteca de la Revista de Derecho Privado. Madrid, España.

RODRIGUEZ RODRIGUEZ, Joaquín.- Curso De Derecho Mercantil ,Tomo I. Editorial Porrúa. 19ª edición. México 1988.

RUIZ DE CHAVEZ Y SALAZAR Salvador, Importancia jurídica y práctica de las clasificaciones de los contratos civiles, Segunda edición, Editorial Porrúa, México 1997, p. 81

TREVIÑO GARCÍA, Ricardo. Epítome de los contratos. Edit. Mc. Graw Hill, México 1994.

VALLESPINOS, Carlos Gustavo, El contrato por adhesión a condiciones generales, Edit. Universidad, Buenos Aires 1984,

VAZQUEZ ARMINIO, Fernando. “ Derecho Mercantil”, Editorial Porrúa, México 1977

VAZQUEZ DEL MERCADO Oscar, Contratos Mercantiles, Novena edición, Editorial Porrúa, México 1999.

## **DICCIONARIOS Y ENCICLOPEDIAS**

INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS. Diccionario Jurídico Mexicano. Tomo I

ESCRICHE Joaquín. Diccionario Razonado de Legislación y Jurisprudencia Editorial UNAM, México 1993

ENCICLOPEDIA JURÍDICA OMEBA, Tomo III. Editorial Driskill, S.A. Buenos Aires, Argentina. 1992.

Diccionario Enciclopédico Ilustrado Océano Uno. Editorial Océano. Barcelona, España. 1995.

## **LEGISLACIÓN**

CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS

CÓDIGO DE COMERCIO

CÓDIGO CIVIL FEDERAL

CÓDIGO DE PROCEDIMIENTOS CIVILES FEDERAL

LEY FEDERAL DE PROTECCIÓN AL CONSUMIDOR

LEY GENERAL DE SOCIEDADES MERCANTILES

LEY DE LA PROPIEDAD INDUSTRIAL

LEY GENERAL DE TÍTULOS Y OPERACIONES DE CRÉDITO

LEY DEL CONTRATO DE SEGURO

CÓDIGO CIVIL PARA EL DISTRITO FEDERAL

CÓDIGO DE PROCEDIMIENTOS CIVILES PARA EL DISTRITO FEDERAL

### **DISCOS COMPACTOS**

IUS 2004 SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN

DVD IUS 2005 SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN