



**UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA
DE MÉXICO**

**FACULTAD DE ESTUDIOS SUPERIORES
ARAGÓN
SEMINARIO DE DERECHO ADMINISTRATIVO Y
AMBIENTAL**

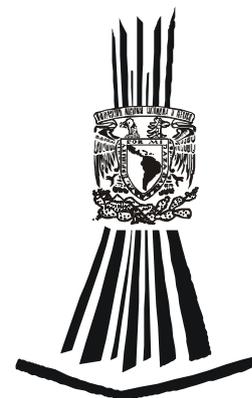
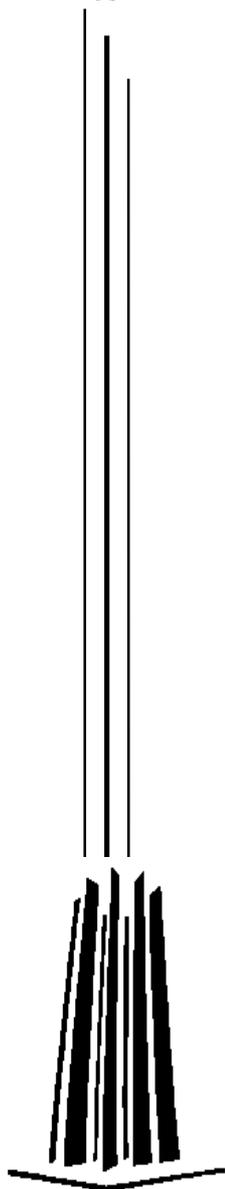
**“ANÁLISIS DE LAS RELACIONES CONTRACTUALES DE
LAS SOCIEDADES MERCANTILES CON LA ADMINISTRACIÓN
PÚBLICA DEL DISTRITO FEDERAL Y EL CUMPLIMIENTO DE
OBLIGACIONES (LICITACIONES PÚBLICAS)”**

T E S I S

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

CLAUDIA REMEDIOS TRINIDAD OSORIO

**ASESOR:
LIC. ALEJANDRO ARTURO RANGEL CANSINO.**



BOSQUES DE ARAGÓN, ESTADO DE MÉXICO AGOSTO DE 2009 FES Aragón



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.

Para Jehová, para todos los que amo y respeto.

Como un mínimo tributo a las mujeres C sin ellas hubiera sido imposible llegar a estas líneas.

Mi especial amor y dedicación para una parte indeleble de mi corazón cuyo nombre desconozco.

Para todos los profesores que me brindaron su apoyo durante mi carrera profesional y en privativo a los que hicieron posible la realización de la presente.

Gracias al Lic. Alejandro Rangel Cansino quien ha sido mi profesor, asesor de tesis, y gran amigo.

Para la Mtra. Janett Yolanda Mendoza Gándara por sus finas atenciones.

Dedicada a mi alma mater esperando corresponder el honor de pertenecer a ella.

ÍNDICE.

CAPÍTULO 1.

DEL COMERCIO Y DEL DERECHO MERCANTIL	Pág.
1.1 Concepto de Comercio	8
1.2 Evolución del Comercio.....	11
1.3 Concepto de Derecho Mercantil.....	17
1.4 Desarrollo del Derecho Mercantil.....	21
1.5 El acto de comercio y la actividad comercial.....	24

CAPITULO 2.

DE LAS SOCIEDADES MERCANTILES.

2.1 Sociedad: concepto, clases plurales y unipersonales.....	33
2.1.1 Permanentes y transitorias.....	39
2.1.2 Voluntarias y obligatorias.....	39
2.1.3 De aportación de bienes y servicios.....	40
2.1.4 Con y sin personalidad jurídica.....	40
2.2 Criterio objetivo de clasificación por sus fines.....	40
2.2.1 Criterio formal.....	41
2.2.2 Criterio de distinción por su actividad.....	43
2.2.3 Criterio negativo de distinción por su actividad.....	45
2.2.4 Criterio de distinción de las sociedades mercantiles en particular.....	46

2.2.5	Adquisición de la calidad de comerciante por las sociedades mercantiles..	49
2.3	Legislación aplicable a las Sociedades Mercantiles.....	49
2.4	Requisitos de las Sociedades Mercantiles (Artículo 6).....	55
2.5	Diferente tipos de sociedades.....	59

CAPÍTULO 3.

EL ESTADO Y SUS RELACIONES CONTRACTUALES CON LAS SOCIEDADES MERCANTILES.

3.1	El Estado como rector de la economía.....	82
3.2.	La administración pública.....	91
3.2.1	De las licitaciones públicas.....	98
3.2.2	Antecedentes.....	100
3.2.3	Concepto de licitación.....	103
3.2.4	Concepto de licitación pública.....	104
3.3	Tipos de licitación pública.....	107
3.3.1	Marco jurídico	108
	Contrato administrativo.	
3.4	La Licitación Pública, como medio de las relaciones contractuales del Gobierno Distrito Federal con los particulares.....	114

3.5	Garantías que otorgan las Sociedades Mercantiles para el cumplimiento de sus obligaciones en las licitaciones públicas.....	116
3.6	El Distrito Federal y el incumplimiento de sus obligaciones contractuales (licitaciones públicas).....	118
3.7	El juicio Contencioso Administrativo, como medio para que el Gobierno del Distrito Federal cumpla con sus obligaciones.....	119
3.8	Propuestas.....	122
	Conclusiones.....	125
	Fuentes Consultadas.....	127

INTRODUCCIÓN.

La sociedad de la que somos parte tiene cambios dinámicos y constantes en estructura y función, así mismo las normas jurídicas deben atender a las nuevas necesidades originadas; por tal motivo a fin de que el orden regulatorio de conducta sea novedoso y adecuado, es imprescindible, reformar o suprimir leyes, reglamentos o bien algo de su contenido por resultar obsoletos, injustificados o en desuso, y actualizarlos encaminando su objetivo al bienestar de la personas que integran la comunidad.

Este trabajo pretende sugerir que exista una equidad contractual de la licitación pública entre las sociedades mercantiles y la administración pública del Distrito Federal, respecto del otorgamiento de la garantía la cual solo está obligada a proporcionar la sociedad mercantil satisfaciendo así el aseguramiento del cumplimiento de la obligación a su cargo en el contrato.

De ser así, al otorgarla las dos partes contratantes se cumpliría con la igualdad de las obligaciones de éstas en un contrato, y estaríamos evolucionando lo que por tanto tiempo ha sido inequitativo por tanto injusto en el rol del Estado (administración pública del Distrito Federal) que es de supremacía en comparación con el de las sociedades mercantiles.

Hemos basado parte de nuestra investigación en antecedentes históricos acerca del comercio en el ámbito tanto internacional como nacional, con lo que posteriormente tratamos el concepto y desarrollo del mismo para entender nuestro presente así lo hemos contenido en el primer capítulo.

Las sociedades mercantiles son el tema que constituye nuestro segundo bloque temático partiendo de nociones generales para intentar llegar a una definición, mencionando los requisitos para su constitución y cuáles son las que nuestra legislación vigente reconoce como tales.

En el capítulo tercero y último , el cual es el más extenso de nuestro contenido, consideramos pertinente que los temas a tratar fueran unidos y relacionados pues son acerca de las relaciones contractuales del Estado con las sociedades mercantiles, así, estudiamos a la Administración Pública del Distrito Federal, utilizamos la herramienta sumamente útil , como mencionamos, que son los antecedentes históricos ahora de la licitación, comprendimos pues los tipos de licitación que existen, el marco jurídico en el que se ubican, y como es que se convierten en la pauta para que surja un contrato administrativo, toda vez que es precisamente el vínculo de relación jurídica entre la Administración Pública del Distrito Federal y los particulares (sociedades mercantiles).

Es de esta manera que tocamos uno de los puntos medulares de nuestro análisis: la garantía que otorgan las sociedades mercantiles para el cumplimiento de sus obligaciones para con la Administración Pública del Distrito Federal, la cual no es obligatoria para ésta última colocando a las partes del contrato en una situación jurídica inequitativa e injusta.

De igual manera observamos que el incumplimiento de las obligaciones recíprocas de la Administración Pública del Distrito Federal es frecuente y que el Juicio Contencioso Administrativo resulta insuficiente e ineficaz como medio para hacerlas cumplir.

Esperamos poder contribuir en el apartado de nuestra propuesta con la innovación de alternativas para un derecho mexicano más justo.

CAPÍTULO 1. DEL COMERCIO Y DEL DERECHO MERCANTIL.

1.1 Concepto de Comercio.

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 tener una 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, 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 comercio se expone con las voces *cum-merx*, que significa con mercancía, y a la que se le atribuye la idea del cambio de tráfico.

Otra opinión establece: “La palabra mercancía viene del latín *merx, mercis*, un sustantivo femenino. Gramaticalmente significa un bien, una cosa, un género llevado o traído para vender; el término alude a un efecto o artículo de comercio.

Es interesante observar que el genitivo plural de *merx* es *mercium* que, precedido del prefijo latino *cum* en español = co que significa junto, unido, asociado a, con, forma el vocablo comercio, en Derecho, tiene un significado general de tráfico o intercambio jurídico y en este sentido debe entenderse la

expresión jurídica “que esté en el comercio”.....¹ y también tiene un significado propio del derecho mercantil: interposición en el cambio con propósito de lucro, aunque la definición jurídico-mercantil es más amplia, pues, “el comercio no será la simple compra para especular, sino toda adquisición temporal o perpetua, revocable o irrevocable, condición absoluta de cualquier producto agrícola, fabril representativo de crédito, en una palabra, de todo valor presente ó futuro, hecha con el objeto de especular en la transmisión del mismo.”²

El comercio, en su acepción económica consiste especialmente en una actividad de mediación o interposición entre productores y consumidores, con propósito de lucro. La división del trabajo impone la necesidad de que esa acción sea realizada por personas especializadas; como son los comerciantes. Así desde este punto de vista, es comerciante la persona que profesionalmente practica aquella actividad de interposición y de mediación, entre productores y consumidores.

Ahora bien, esa intermediación se realiza con el propósito o finalidad de obtener una ganancia, o un lucro. Por lo tanto se dice que desde el punto de vista económico: “El comercio en su acepción económica original consiste esencialmente en una actividad de mediación o interposición entre productores y consumidores con un propósito de lucro.”³

Para adecuar el comercio y el derecho mercantil, la doctrina recurre al concepto jurídico del comercio; el cual no es sino la ampliación del concepto económico del comercio. Y como este incluye todas las actividades que regula el Código de Comercio, se habla entonces de un concepto jurídico del comercio.

Con relación a este concepto de comercio, se dice que el campo de su aplicación a rebasado los límites del puro y simple comercio en sentido

¹ Cfr. CERVANTES AHUMADA, Raúl, Derecho Mercantil 1er Curso, 3ª reimpresión, Porrúa S.A., México, 2004. pág.2

² MAURICIO FIGUEROA, Luis, El Derecho Dinerario, Porrúa, México 2003 págs. 40-41

³ MANTILLA MOLINA, Roberto, Derecho Mercantil, 29ª Edición, Porrúa, México 2008 págs. 453-461

económico, y en este caso se deja al libre albedrío del legislador, ya que debe de ser él quien determine las relaciones que este derecho ha de regir; es decir, tendremos un concepto jurídico de comercio mediante el análisis de aquellas relaciones que el propio legislador considera como mercantiles.

Como manifiesta Don Joaquín Garrigues: “el comercio no es sino el punto de partida histórico: históricamente, el Derecho Mercantil nace entre los comerciantes y para sus negocios mercantiles.”⁴

La palabra comercio, dentro del ámbito del derecho tiene un sentido jurídico. “Dentro del derecho romano la palabra *commercium*, se empleaba para designar todas las relaciones entre los hombres, relativas a la utilización de los bienes; se decía que las cosas eran ***in commercio o extra commercium***. El comercio era entonces el derecho a participar en las operaciones jurídicas”.⁵

En relación al comercio el autor Alejandro Ramírez expresa: “El comercio es una actividad de intercambio y aproximación con propósito de lucro”.⁶

El maestro Acosta Romero manifiesta que para poder determinar el comercio desde el punto de vista jurídico se debe entender al acto de comercio y para tal efecto establece lo manifestado por el profesor Roberto Mantilla Molina : “el regido por las leyes mercantiles y juzgado por los tribunales con arreglo a ellas o los ejecutan los comerciantes”.⁷

Por lo tanto el comercio abarca la actividad de aproximación o intermediación con propósito de lucro, actividad que realiza en forma habitual o profesional las personas o instituciones llamadas comerciantes, y desde el punto de vista jurídico se relacionan a las disposiciones jurídicas que regulen los actos de comercio.

⁴ GARRIGUES, Joaquín, Curso de Derecho Mercantil 1, 9ª Edición, Porrúa, México 2004 p. 18.

⁵ Ulpiano, Reglas XIX, 4 y 5, El Digesto, 4, L, Fr. 6.

⁶ RAMIREZ VALENZUELA, Alejandro Derecho Mercantil y Documentación, Limusa, México DF. 2008 p. 23

⁷ Citado por ACOSTA ROMERO, Miguel y otro, Nuevo Derecho Mercantil, Porrúa, México DF. 2000 p. 101.

1.2 Evolución del Comercio.

“Orígenes, Edad Antigua. Las leyes rodias. —El comercio, como fenómeno económico y social, se presenta en todas las épocas y lugares. Por ello, aún en los pueblos más antiguos pueden encontrarse normas aplicables al comercio, o más bien a algunas de las relaciones e instituciones a que aquella actividad da origen. Así sucede en los sistemas jurídicos de Babilonia, Egipto, Grecia, Fenicia, Cártago, etc.

Sin embargo, en esos sistemas jurídicos no existió un derecho especial o autónomo, propio de la materia mercantil. Es decir, no existió un derecho mercantil como hoy lo entendemos, sino tan sólo algunas normas aisladas relativas a determinados actos o relaciones comerciales.

Entre esas normas los autores hacen especial mención de las llamadas *leyes rodias* (de la isla de Rodas), que en realidad constituyeron un conjunto de usos sobre el comercio marítimo. Esas "leyes" han alcanzado fama a través de su incorporación al derecho romano.

Las leyes rodias.- Mención especial merece el derecho de la isla de Rodas, habitada por un pueblo heleno, cuya legislación referente al comercio marítimo alcanzó tal perfección que un emperador romano, Antonino, hubo de declarar que así como a él le correspondía el imperio sobre la tierra, a la Ley Rodia incumbía el del mar. A través de su incorporación en el derecho romano, las leyes rodias han ejercido un influjo que perdura en nuestros días: la echazón (el reparto proporcional, entre todos los interesados en la suerte de un buque, del valor de los objetos que se echan al mar para salvarlo) está incluida en la regulación que casi todas las leyes mercantiles hacen de las averías comunes, y conserva los caracteres con que la establecieron las leyes rodias. La palabra desapareció de la

legislación mexicana en el año de 1963, al entrar en vigor la Ley de Navegación y Comercio Marítimo.

Derecho romano. —Tampoco puede hablarse de la existencia de un Derecho mercantil especial o autónomo en el sistema jurídico de Roma. La perfección, flexibilidad y adaptabilidad del Derecho privado romano, merced al *jus praetorium* u *honorarium*, hacía satisfactoria su aplicación a todas las relaciones privadas y, por ende, también a las nacidas del comercio. "Roma no conoció un Derecho mercantil como rama distinta y separada en el tronco único del Derecho privado (*ius civile*), entre otras razones, porque a través de la actividad del pretor fue posible adaptar ese Derecho a las necesidades del tráfico comercial."⁸

En el sistema de derecho romano se encuentran normas aplicables al comercio, pero no una distinción formal entre derecho civil y derecho mercantil.

Se ha pretendido explicar la falta de un derecho mercantil autónomo en Roma, y aún la escasez de disposiciones referentes al comercio, tanto por el desprecio con que los romanos veían la actividad mercantil como por la flexibilidad de su derecho pretorio, que permitía encontrar la solución adecuada a las necesidades de cada caso, satisfaciendo así las exigencias del comercio. Esta última es la verdadera razón, pues no es exacto que los romanos profesaran, de manera general, aversión al comercio.

Surgimiento del derecho mercantil en la Edad Media. —La caída del imperio romano de Occidente vino a agravar las condiciones de inseguridad social creadas por las frecuentes incursiones de los bárbaros que la precedieron, inseguridad social que, a su vez, produjo la más completa decadencia de las actividades comerciales.

⁸ MANTILLA MOLINA, Roberto, Ob. Cit. Págs. 19-27

El comercio resurgió a consecuencia de las Cruzadas, que no sólo abrieron vías de comunicación con el Cercano Oriente, sino que provocaron un intercambio de los productos de los distintos países europeos. Principalmente en muchas ciudades italianas, debido a su privilegiada posición geográfica, las operaciones mercantiles alcanzaron un gran auge.

En el aspecto político, faltaba 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. Entre los gremios así formados ocuparon lugar prominente el de los comerciantes.

Los gremios de comerciantes establecieron tribunales encargados de dirimir las controversias entre sus agremiados sin las formalidades del procedimiento, *sine estrepitu et figura iudicii*, y sin aplicar las normas del derecho común, sino los usos y costumbres de los mercaderes. Así fue creándose un derecho de origen consuetudinario e inspirado en la satisfacción de las peculiares necesidades del comercio.

Caracteres del derecho mercantil medioeval. —En el derecho mercantil medioeval se encuentra el origen de muchas instituciones comerciales contemporáneas: el registro de comercio, las sociedades mercantiles, la letra de cambio, etc.

La formación del derecho mercantil explica que fuera predominantemente un derecho subjetivo, cuya aplicación se limitaba a la clase de los comerciantes.

No obstante, desde un principio se introdujo un elemento objetivo: la referencia al comercio, pues a la jurisdicción mercantil no se sometían sino los casos que tenían conexión con el comercio, *ratione mercaturae*; así, ni los tribunales mercantiles eran competentes, ni aplicable el derecho comercial, por la mera circunstancia de tratarse de un agremiado, si no se tenía también el dato de la mercantilidad de la relación contemplada.

Pero, por otra parte, el elemento objetivo de la comercialidad de la relación creó base para ampliar el ámbito del derecho mercantil: si primeramente los tribunales consulares (que así suele llamarse a los mercantiles, por denominarse cónsules los jueces que los integraban) solo tenían competencia sobre quienes formaban el gremio, pronto se consideró que quienes de hecho ejercían el comercio, aun cuando no hubieran ingresado en el correspondiente gremio, estaban sometidos a la jurisdicción de sus tribunales y a las normas de sus estatutos.

Actividad legislativa mercantil en la Edad Moderna. —La creación de los grandes estados nacionales al comenzar la Edad Moderna va aparejada, como es obvio, a la decadencia de los gremios de mercaderes, que habían llegado a asumir, en toda su plenitud, facultades propias del poder público.

Aunque todavía a fines del siglo xv se publica en Ruan una compilación privada, el *Guidon de la Mer (Gallardete del Mar)*, de especial importancia para el seguro marítimo, pronto la actividad creadora de normas jurídicas es reasumida en su integridad por el Estado, al preocuparse por dictar leyes adecuadas al comercio.

La manifestación más importante de la actividad legislativa en materia mercantil, antes de la Revolución Francesa, la constituyen las Ordenanzas llamadas de Colbert, sobre el comercio terrestre (1673) y el marítimo (1681).

La primera de estas Ordenanzas atenúa el carácter predominantemente subjetivo que hasta entonces había tenido el derecho mercantil, al someter a la competencia de los tribunales de comercio los conflictos relativos a letras de cambio, fuesen quienes fueren las personas que en tal conflicto figuraran.

Con ello sentó el principio, que tan cumplido desarrollo había de tener en las leyes contemporáneas, de que un acto aislado, por *sí solo*, prescindiendo de la profesión de quien lo ejecuta, es bastante para determinar la aplicación del derecho mercantil...”⁹

En Francia continúa en vigor el Código de Comercio de 1807, con diversas reformas y leyes complementarias. Desde 1947 existe una Comisión encargada de redactar un nuevo Código, en la que se ha manifestado una marcada tendencia a la unificación con el Derecho civil. Debe hacerse referenda especial a la nueva Ley sobre sociedades mercantiles, de 24 de julio de 1966, en vigor a partir del 1º de febrero de 1967.

En España, el Código de 1829, obra de Pedro Sainz de Andino, fue sustituido por el de 1885 en vigor, complementado este por diversas leyes, entre las que destacan las relativas a las Sociedades Anónimas (1951) y de Responsabilidad Limitada (1953).

En Italia, el Código Albertino de 1829 fue sustituido por el de 1865, y este por el de 1882, derogado por el actualmente en vigor Código Civil de 1942, que consagra la unificación del Derecho privado italiano. Existen además leyes especiales sobre letra de cambio, pagaré y cheque, y sobre quiebras.

⁹ DE PINA VARA, Rafael , Derecho Mercantil Mexicano, 28ª edición, Porrúa, México, 2002 p. 3

En Alemania, al Código de Comercio de 1861 sigue el de 1900, que vuelve en cierta forma al sistema subjetivo, para configurar nuevamente al Derecho Mercantil tomando como base al comerciante.

El Código Civil Alemán de 1900 lo mismo que el Código Federal Suizo de las Obligaciones con el que tiene muchos puntos de contacto, contempla de una manera general y sistemática el principio del enriquecimiento sin causa.

Para tener derecho a la acción de enriquecimiento en el derecho alemán se requiere tres condiciones que nos limitaremos a enumerar: 1.º Enriquecimiento del demandado; 2.º Empobrecimiento del actor, y 3.º Ausencia de causa jurídica.

El Código Federal Suizo de las Obligaciones de 1881 modificado en 1911 se ocupa en especial de las obligaciones que surgen de un enriquecimiento ilegítimo en el Capítulo III, Título I (artículos 62 a 67). Pero fuera de este capítulo especial, tanto el Código de las Obligaciones, como el Código Civil, consagran numerosas aplicaciones del enriquecimiento sin causa en artículos dispersos: 18, 20, 21, 23 a 31, 39, 119, 153, 249, 332, 421, 423, 507, 514, 526, 527, 790, 813, 827 del Código de las Obligaciones y los artículos 94 inciso 2, 411 inciso 1.º, 497, 515, 528, 565, 579, 726 y 727 del Código Civil.

MÉXICO.

“Nueva España. El Consulado de México y sus ordenanzas. — El Consulado de la Ciudad de México (1592) tuvo una gran importancia en la formación del Derecho Mercantil en esta etapa. Al principio fue regido por las Ordenanzas de Burgos y de Sevilla, pero en 1604 fueron aprobadas por Felipe III las Ordenanzas del Consulado de la Universidad de Mercaderes de la Nueva España. En la práctica, las Ordenanzas de Bilbao tuvieron aplicación constante en Nueva España. En 1795, se crearon los Consulados de Veracruz y de Guadalajara.

La Independencia. *Época actual*.- Una vez consumada la Independencia continuaron aplicándose, sin embargo, las Ordenanzas de Bilbao, aunque ya en 1824 fueron suprimidos los Consulados.

Por Ley de 15 de noviembre de 1841 se crearon los tribunales mercantiles, determinándose en cierta forma los negocios mercantiles sometidos a su jurisdicción.

En 1854 se promulgó el primer Código de Comercio mexicano, conocido con el nombre de Código Lares. Este Código dejó de aplicarse en 1855, aunque posteriormente en tiempos del Imperio (1863) fue restaurada su vigencia. En esos intervalos continuaron aplicándose las viejas Ordenanzas de Bilbao.

En 1883 el Derecho Mercantil adquirió en México carácter federal, al ser reformada la fracción X del artículo 73 de la Constitución Política de 1857, que otorgó al Congreso de la Unión la facultad de legislar en materia comercial. Con base en esa reforma constitucional se promulgó el Código de Comercio de 1884, aplicable en toda la República.

El 1° de enero de 1890 entró en vigor el Código de comercio de 15 de septiembre de 1889.”¹⁰

1.3 Concepto de Derecho Mercantil.

El Derecho mercantil nace precisamente para regular el comercio o, mejor dicho, los actos y relaciones de los comerciantes propios de la realización de sus actividades mediadoras.

¹⁰ *Ibíd.*

En su origen el derecho mercantil aparece estrechamente unido a la noción económica de comercio, y mediante esta se explica y determina el concepto de aquel.

Actualmente, sin embargo, es imposible definir al derecho mercantil por medio de la simple referencia al concepto económico de comercio. El campo de aplicación de las normas mercantiles, la materia mercantil, se ha ampliado mas allá, de los límites de la noción económica de comercio. En efecto, gran parte de las relaciones y actos regulados por el derecho mercantil vigente no tienen ninguna afinidad con aquel concepto económico de comercio a que nos hemos referido. Son mercantiles simplemente porque la ley los califica como tales, independientemente de que tengan o no carácter comercial desde el punto de vista estrictamente económico.

Debe concluirse que es preciso abandonar el concepto económico del comercio, porque sobre el no puede basarse una determinación exacta del actual contenido del derecho mercantil.

El carácter elemental de esta obra nos impide examinar las numerosas aportaciones doctrinales que han tratado de determinar la esencia o concepto del derecho mercantil; nos vemos limitados, por tanto, a referirnos a tal concepto con absoluto apego al contenido de nuestra legislación vigente.

En forma general puede afirmarse que nuestro Código de comercio delimita la materia mercantil en función de los actos calificados legalmente como actos de comercio. La mercantilidad de una relación o acto encuentra su fundamento en una noción objetiva: el acto de comercio. El derecho mercantil no es ya, como lo fue en su origen un derecho de los comerciantes y para los comerciantes en el ejercicio de su profesión (sistema subjetivo). El derecho mercantil mexicano vigente es un derecho de los actos de comercio, de los que lo son

intrínsecamente, aunque en muchos casos el sujeto que los realiza no tenga la calidad de comerciante (sistema objetivo).

Pero, además de regular los actos de comercio, el Cód. de Com. contiene numerosas normas sobre el comerciante y su actividad en el ejercicio de su profesión.

No se puede indicar con un solo concepto cual es la materia objeto de las disposiciones del derecho mercantil. Principalmente está constituida por la industria comercial, esto es: por aquellos actos realizados con un propósito de lucro que efectúan el paso de las cosas desde quienes las producen hasta quienes las consumen. Pero también comprende la industria manufacturera que transforma las primeras materias según las necesidades del mercado, la industria de los transportes, la editorial, artística, librera y otras más, cuando se ejercen por negociantes, puesto que a todas ellas se fueron aplicando las leyes mercantiles por sucesivas disposiciones de carácter legislativo.

Es difícil marcar límites precisos entre la materia regida por el Código Civil y la que lo está por el Código de Comercio; porque el concepto jurídico del comercio se va modificando y por lo general ensanchando con los progresos de la legislación, y a la vez, bajo el gobierno de las leyes actuales, con la aparición de nuevas formas económicas. La dificultad de distinguir claramente estos dos campos es tan superior a los esfuerzos legislativos y científicos; las cuestiones que diariamente surgen de aquella separación artificiosa son tan perjudiciales para el ejercicio sencillo y rápido de la justicia, que algún legislador pensó en cortar todo motivo de queja regulando con un solo Código, tanto los asuntos civiles, como los comerciales; y así se ha hecho recientemente en Suiza. La división del derecho privado en dos Códigos tiene su principal origen en condiciones económicas, judiciales y sociales que hoy no han desaparecido; y no es posible comprenderla si no se atiende a los varios periodos históricos por los cuales ha pasado el derecho mercantil.

Al respecto el maestro Mantilla Molina lo define como “Es el sistema de normas jurídicas que determinan su campo de aplicación mediante la calificación de mercantiles dadas a ciertos actos, y regulan estos y la profesión de quienes se dedican a celebrarlos.”¹¹

El ilustre Joaquín Rodríguez lo determina como: “Es el derecho de los actos en masa realizados por empresas”.¹²

Al respecto, el profesor Jorge Barrera Graff lo define de la siguiente manera: “Es la ciencia que regula los actos de comercio, así como las relaciones derivadas de dichos actos”¹³

Otra definición es la de Fernando Vásquez Arminio 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”¹⁴

El maestro Joaquín Garriguez lo define como: “...el que regula los hechos sometidos al código de Comercio y a las leyes especiales mercantiles”.¹⁵

De las anteriores definiciones podemos determinar que resulta problemático y aventurado dar una definición propia de derecho mercantil, por lo que consideramos pertinente establecer que cualquiera puede retomar la definición que de acuerdo a su conocimiento y experiencia pudiera servirle.

¹¹ MANTILLA MOLINA Roberto. Ob. cit. pág. 21

¹² RODRIGUEZ RODRÍGUEZ Joaquín. Curso de Derecho Mercantil, Tomo 1 19ª Edición, Porrúa ,México, 1988 pág. 13

¹³ Ob.cit p.1

¹⁴ Ob. cit. p 19

¹⁵ Ob. Cit. p. 6

1.4 Desarrollo del Derecho Mercantil.

Toca en este tema hacer un análisis en particular de la evolución que ha tenido **el Derecho Mercantil en México**. Dicho análisis resulta necesario ya que, a través del estudio histórico, jurídico y comparativo de las instituciones de naturaleza mercantil que se han desarrollado en nuestro país, podremos señalar los aciertos y errores que se han adoptado, así como las posibles soluciones que se pueden aplicar para su mejor desarrollo en este nuevo siglo.

Al reflexionar sobre las etapas en que se puede dividir el desarrollo del Derecho Mercantil en México y cuál debe ser el contexto que permita, no sólo conocer la evolución de la actividad mercantil en sus puntos más importantes sino que, ubicados dentro de la historia, a la vez pueda explicar las razones que existieron para que el gobierno mexicano adoptara determinada política, es preciso analizar tres épocas fundamentales en la historia de nuestro país:

a) Época antigua.

Periodo azteca / Periodo colonial/ Periodo independiente.

b) Época moderna.

c) Época contemporánea.

Dentro de la época antigua se consideran tres períodos: el azteca, el colonial y el independiente.

En los antiguos imperios mexicanos el comercio tenía especial consideración y los comerciantes ocupaban lugar honroso en la organización social. Los tianguis son una institución del comercio indígena que llega hasta nuestros días. Los

comerciantes, llamados *pochtecas*, tenían singular importancia no sólo económica, sino política, en la organización de los aztecas; tenían una especie de corporación, con un jefe que era un funcionario muy respetado, y tenían sus tribunales especiales, que dirimían los litigios entre comerciantes.

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

Con la conquista se implantó en la Nueva España, naturalmente, el orden jurídico español, y como el desarrollo del comercio adquiriese importancia singular, los mercaderes de la ciudad de México establecieron su Universidad, por los años de 1521, y dicha corporación fue autorizada por Felipe II por Cédulas reales de 1592 y 1594.

La Universidad de Mercaderes se titulaba también consulado de México, por su calidad de Tribunal de Comercio.

Rigieron inicialmente las Ordenanzas de Burgos y Sevilla. Pero la corporación mexicana promulgó las suyas propias; que con el título de Ordenanzas del Consulado de México, Universidad de Mercaderes de la Nueva España, fueron aprobadas Felipe III en 1604.

Las Ordenanzas de Bilbao fueron nuestro Código de comercio durante las últimas décadas de la Colonia, y continuaron vigentes después de la consumación de la independencia, hasta 1854, en el que se promulgó el primer Código de Comercio del México independiente, conocido como Código de Laredo, Ministro del último gobierno de Antonio López de Santa Anna, y a quien se atribuye la paternidad del Código. Tal cuerpo de leyes estaba a tono con los adelantos de su época; pero caído el gobierno de Santa Anna terminó su vigencia efímera, ya que fue derogado por la ley de 22 de noviembre de 1885, que restauró las Ordenanzas de Bilbao y

suprimió los tribunales de comercio, cuya jurisdicción se atribuyó a los tribunales comunes.

“Nuestras constituciones de 1824 y de 1857, copiando el sistema norteamericano, atribuían a los congresos de los Estados la facultad legislativa en materia de comercio, pero los estados fueron parcos en legislar sobre esta materia, ya que sólo conocemos el caso Tabasco, que copió el código de 1854, y el caso de Puebla, que declaró vigente el mismo código, sin promulgarlo como ley de estado, y sólo en lo que no fuera contraria a la Constitución Federal.

Por reforma constitucional de 15 de diciembre de 1883 la materia mercantil quedó federalizada, y el ejecutivo Federal, autorizado por el Congreso de la Unión, promulgó el segundo código de comercio del México independiente, el 20 de abril de 1884. También este código tuvo corta vida, pues fue sustituido por el de 1889, vigente desde 1890.”¹⁶

En este orden de ideas, la época moderna inicia en 1870, concluyendo en 1911, siendo el más importante protagonista Porfirio Díaz. La época contemporánea empieza en 1911 con la salida de Díaz hasta nuestra época destacando por separado el período comprendido de 1934 hasta el día de hoy.

Las facultades para regular la mayor parte de las materias originalmente comprendidas en el Código de Comercio de 1889, 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.

¹⁶ CERVANTES AHUMADA , Raúl, Ob. cit. pp. 9-10

1.5 El acto de comercio y la actividad comercial

Según el Diccionario de Derecho Mercantil el acto de comercio “es todo hecho voluntario que origina relaciones regidas por el Derecho mercantil.”¹⁷ Estrictamente se comprende bajo esta denominación todos aquellos actos que se hallan bajo el dominio de las leyes comerciales y son juzgados por los Tribunales con arreglo a ellas.

En el derecho mercantil mexicano, uno de los pocos juristas que ha definido los actos de comercio es Rodríguez Rodríguez, quien, los considera aquellos que se realizan en masa por empresas.

Jacinto Pallares sostiene que "son actos de comercio todos aquellos que menciona el Código y cualesquiera otros de naturaleza análoga, dejando la clasificación de los hechos según vayan apareciendo en la escena mercantil al buen sentido de los comerciantes y a la experiencia y espíritu prácticos de los jueces y magistrados".¹⁸

La definición anterior presenta dos vertientes. La primera hace referencia a los actos reconocidos y establecidos de manera expresa por el propio Código de Comercio en su defecto, aquellos que por analogía pudieran aplicarse; mientras que la segunda, reserva la calificación de los hechos a tres factores:

- a) según aparezcan en el campo del derecho mercantil,
- b) conforme al criterio o sentido de los comerciantes, y

¹⁷ QUINTANA ADRIANO, Elvia Diccionario de Derecho Mercantil, Porrúa/UNAM México 2001 pág. 85

¹⁸ PALLARES, Jacinto, Derecho Mercantil Mexicano, 6ª Reimpresión, UNAM, México, 1992, pág. 116

c) a la experiencia, sensibilidad e interpretación práctica que realizan los juzgadores.

Rafael de Pina Vara establece que "lo que contiene al derecho mercantil mexicano se constituye por normas reguladoras de los actos de comercio y de los comerciantes y su actividad profesional". De tal forma que la materia de comercio debe ser concebida como "el conjunto de las relaciones jurídicas en las cuales vive y a las cuales se aplica el derecho mercantil".¹⁹

Mantilla Molina sostiene que tradicionalmente se ha considerado el "acto de comercio como la clave del sistema mercantil, pues a más de que su celebración determina la aplicabilidad de esta rama del derecho, la figura misma del comerciante no existe, según la opinión dominante, sino en función del acto de comercio".²⁰ Se considera al acto de comercio como la clave del sistema mercantil, por determinar la aplicabilidad en el derecho mercantil, ya que se materializa sin la intervención del sujeto.

Así las cosas es conveniente señalar que en nuestra opinión no consideramos que al acto de comercio se le deba considerar la clave del sistema mercantil en virtud de que se ha venido desarrollando por las diversas corrientes doctrinales que hemos consultado y citado; un concepto que permite asegurar que aunque al momento de producir, intercambiar y consumir bienes y servicios se estuviera en presencia del referido acto de comercio, este no se materializaría sin el sujeto persona física o moral que se requiere para actualizarlo; además, tampoco sería posible sostener que la ciencia del Derecho Mercantil tendría como eje al comerciante y al acto de comercio, dado que estos, al entrar en conjunción, producen relaciones comerciales sin las cuales tampoco se podría caracterizar el acto de comercio.

¹⁹ DE PINA VARA, Rafael, Elementos de Derecho Mercantil Mexicano 31ª Edición, Porrúa, México 2008 págs. 89-97

²⁰ MANTILLA MOLINA, Roberto Ob. Cit. pág. 35.

Al mismo tiempo, al entrar el comerciante en relaciones comerciales que concreten o actualicen el acto de comercio pueden producirse en las referidas relaciones controversias de carácter comercial que necesariamente tendrán que buscar soluciones a través de los procedimientos administrativos o judiciales.

Todo lo anterior viene a establecer y determinar la base sólida en la que descansa la Ciencia del Derecho Mercantil cuyo objeto de regulación y eje de la misma se circunscribe a los elementos planteados en la presente obra entrelazados y sustentados por la *relación mercantil* en torno a los cuales gira la legislación de la materia.

Desde otro punto de vista, se denomina "**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"²¹

El sistema legal español, siguiendo la doctrina de Gay de Montella, Langle y otros, contribuye a la definición de **actos de comercio** propiamente dichos al establecer que son única y exclusivamente los contemplados en el Código de Comercio y en leyes mercantiles especiales y actos mercantiles por analogía, lo cual resulta de poca utilidad doctrinal.

Además, el acto de comercio "...es todo hecho voluntario que origina relaciones regidas por el Derecho mercantil. Estrictamente se comprenden bajo esta denominación todos aquellos actos que se hallan bajo el dominio de las leyes comerciales y son juzgados por los Tribunales con arreglo a ellas."²²

²¹ Instituto de Investigaciones Jurídicas, "Enciclopedia Jurídica Mexicana" A-B , 2ª Edición, Porrúa-UNAM, Año 2004, pág. 119

²² QUINTANA ADRIANO, Elvia, Ciencia Del Derecho Mercantil, 2ª Edición, Porrúa, México 2004 págs. 205-225

	CONCEPTO	CARACTERISTICAS
Ciencia económica.	Todo contrato por el que se adquiere a título oneroso un bien de cualquier especie con la intención de lucrar mediante su transmisión, así como el contrato también oneroso, a cuya virtud esa transmisión se verifica.	Entendida como la actividad propia del ser humano, manifestada por la voluntad y encaminada a la producción de consecuencias legales con la finalidad de lucrar.
Jacinto Pallares.	“Son actos de comercio todos aquellos que menciona el Código y cualesquiera otros de naturaleza análoga, dejando la clasificación de los hechos según vayan apareciendo en la escena mercantil al buen sentido de los comerciantes y a la experiencia y espíritu prácticos de los Jueces y Magistrados.” ²³	Son actos reconocidos y establecidos de manera expresa en el Código de Comercio, en su defecto, por analogía, además se reserva la calificación de los hechos a tres factores: a. Según aparezca en el ámbito del derecho mercantil, b. Al buen sentido de los comerciantes, y c. A la experiencia, sensibilidad e interpretación práctica que realizan los juzgadores.
Rafael de Pina Vara.	“Lo que contiene al derecho mercantil mexicano se constituye por normas reguladoras de los actos de comercio y de los comerciantes y su actividad profesional.” ²⁴	Las normas reguladoras de los actos de comercio.
Genaro Góngora Pimentel.	“Acto de comercio 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.” ²⁵	Es la actividad propia del ser humano manifestado a través de la voluntad, buscando el producir efectos jurídicos dentro del ámbito de la legislación mercantil.
Lorenzo Mossa	“El conjunto de las relaciones jurídicas en las cuales vive y a las cuales se aplica el derecho mercantil.” ²⁶	Las relaciones jurídicas que rigen el derecho mercantil.

²³ PALLARES, Jacinto, Ob. Cit. pág. 116

²⁴ DE PINA VARA, Rafael, Ob. Cit. págs. 86-88

²⁵ GONGORA PIMENTEL, Genaro, Citado en la Revista de Derecho Mercantil, UNAM, México, 2008, pág. 25.

²⁶ MOSSA, Lorenzo, Derecho Mercantil, 16ª impresión, UTHERA, Argentina, 1980 pág. 111.

Desde el nacimiento del término "acto de comercio" en el Código francés de 1807, con vigencia a partir de 1808, y posteriormente el Código alemán de 1861 en la doctrina se han considerado como características más comunes e ilustrativas aplicables a la totalidad de los actos de comercio, el **lucro** o especulación y la intermediación.

El comercio puede ser considerado como una actividad exclusivamente humana cuyo objetivo primordial es la intermediación en la producción y el intercambio de bienes y servicios; de tal manera que la ciencia del derecho mercantil en sus inicios se fundamenta en el comerciante, y no en el acto de comercio.

Los actos de comercio se constituyen por operaciones de producción, intermediación y consumo de bienes o servicios realizados, en algunos casos con la mira de lucrar o especular dentro del marco legal que la Constitución y otras leyes le permiten para protección de la población, así como de las metas u objetivos de políticas gubernamentales; sobre todo con la tendencia del derecho mercantil contemporáneo de concebir todos los contratos realizados con fines especulativos como mercantiles.

Los términos lucro, especulación comercial e interés suelen utilizarse con frecuencia como sinónimos.

El término **lucro** tiene una connotación eminentemente económica. Su concepto técnico proviene del latín *lucrum* que significa "ganancia o provecho que se saca de una cosa", y se define como la ganancia o utilidad obtenida en la celebración de ciertos actos jurídicos que el marco normativo califica de lícita o ilícita, según su exceso o proporción para asignarle determinadas consecuencias de derecho. El lucro ha sido considerado por algún sector de la doctrina como la expresión o naturaleza de los actos de comercio.

La naturaleza mercantil del acto jurídico se encuentra siempre condicionada al destino que se le dé al objeto materia del contrato o de las personas que intervienen en la celebración del mismo.

El término **especulación** (del latín *specular*, "observar", "investigar" o "escudriñar") designa varias prácticas relativas como son:

-En el uso no especializado, **especular** es proponer explicaciones, teorías o hechos sin contar con un fundamento cierto para hacerlo.

-En economía, la **especulación** es la compra y venta de bienes de cualquier tipo con el único propósito de beneficiarse de las variaciones en su precio de mercado, aún cuando en determinadas condiciones la apreciación del producto está garantizada y no es, por lo tanto, especulativa en el primer sentido.

La especulación es el conjunto de operaciones comerciales o financieras que tienen por objeto la obtención de un beneficio económico, basado en las fluctuaciones de los precios. Un especulador no busca disfrutar del bien que compra, sino beneficiarse de las fluctuaciones de su precio. En sentido extenso, toda forma de inversión es especulativa; sin embargo, se suele limitar el término a aquella inversión que no importa ninguna clase de compromiso con la gestión de los bienes en los que se invierte, limitándose al movimiento de capitales.

El comercio no se concibe sin especulación porque ésta generalmente anima a quienes intervienen en el proceso económico. No es esencial, sino más bien, una nota particular de la actividad mercantil, de tal manera que el acto de comercio se caracteriza por la finalidad especulativa de quien lo realiza, distinguiéndolo por éste simple hecho del acto de naturaleza civil.

“Por tanto, el lucro es la ganancia obtenida del resultado de una actividad, mientras que la especulación debe entenderse como la realización ordinaria y

habitual de actos que el Código de Comercio reputa como comerciales (actividad comercial en función del fin que se persiga en su ejecución).²⁷

CLASIFICACIÓN DE LOS ACTOS DE COMERCIO.

No obstante que hemos considerado imposible reducir a una fórmula esencial y única el catálogo de los actos reputados por la ley como de comercio, es conveniente, para su mejor comprensión, distinguirlos y clasificarlos con base en criterios generales y eminentemente prácticos, así como determinar su alcance, pues de tal determinación dependen consecuencias tan importantes como lo son el atribuir el carácter de comerciante a los sujetos que habitualmente practican algunos de dichos actos; permitir la aplicación analógica de la Ley mercantil; establecer la competencia judicial en razón de la materia; fijar el procedimiento a seguir en caso de controversia; etc.

La doctrina ha tratado profusamente el problema de la clasificación de los actos de comercio desde un punto estrictamente jurídico, olvidando, según nuestro criterio, la valiosa consideración al aspecto histórico que tenía la antigua clasificación germana y la consiguiente ausencia de estricta lógica y sentido jurídico propio de dicho aspecto.

En atención a tal aspecto, es decir al histórico, consideramos que los actos de comercio reglamentados por la ley pueden reunirse en tres grupos: actos absolutos, relativos y conexos.

El primer grupo de actos absolutos, son siempre mercantiles, por lo que su reglamentación se aplica a todas las personas que en ellos intervienen, obedeciendo su mercantilidad a consideraciones prácticas, económicas y políticas

²⁷ VAZQUEZ ARMINIO, Fernando, Derecho Mercantil, Porrúa, México 1997, pág. 39

ocurridas en el proceso histórico. En el segundo grupo de actos o de mercantilidad relativa, el carácter de tal depende de los fines de especulación y de participación en el mercado que persigue el sujeto que los realiza, o bien de la apariencia de que dichos fines existen, en cuyo caso será siempre mercantil el acto para el sujeto que lo promueve y no así para las demás personas que en el intervienen, para quienes el acto puede ser mercantil o civil debido a circunstancias ajenas a dichos fines. Finalmente, en el tercer grupo se comprenden todos aquellos actos accesorios o conexos a un acto de comercio absoluto o relativo y siguen por ende, la naturaleza comercial absoluta o relativa del acto principal.

Antes de adentrar en la clasificación propuesta, conviene hacer notar, o mejor dicho, insistir, que la historia ha introducido el carácter comercial en sujetos, objetos y formas, en atención a lo cual y para nuestros fines eminentemente prácticos, podemos subdividir los actos mercantiles absolutos en razón del sujeto, del objeto y de la forma.

De acuerdo con este orden de ideas, se puede formular el siguiente cuadro sinóptico.

CLASIFICACIÓN DE LOS ACTOS DE COMERCIO.

- 1.-ACTOS DE COMERCIO ABSOLUTOS.
- 2.-ACTOS DE COMERCIO RELATIVOS.
- 3.-ACTOS DE COMERCIO, ACCESORIOS O CONEXOS.

ACTOS DE COMERCIO ABSOLUTOS.

Actos de comercio absolutos por el sujeto.

- a) Operaciones bancarias.
- b) Depósito en almacenes generales de depósito.
- c) Fianzas otorgadas por instituciones autorizadas.

Actos de comercio absolutos por el objeto.

- a) Operaciones sobre cosas mercantiles.
- b) Remesas de dinero hechas de una plaza a otra.
- c) Contratos relativos a la navegación.
- d) Operaciones sobre petróleo y gas.

Actos absolutamente mercantiles por la forma.

- a) Los derechos incorporados en los títulos de crédito.

CAPÍTULO 2. DE LAS SOCIEDADES MERCANTILES.

2.1 Sociedad: concepto, clases plurales y unipersonales.

NOCIONES.-Las sociedades comerciales son personas jurídicas constituidas; mediante un contrato para obtener un beneficio del patrimonio social con el ejercicio del comercio.

Patrimonio.-El patrimonio social está constituido por las cuotas conferidas por los socios, las cuales pueden consistir, tanto en bienes muebles e inmuebles, como en la promesa de trabajar por cuenta de la sociedad. Para asegurar la real formación del patrimonio social con garantía de los socios y de tercero, la ley es severa contra aquellos: los tiene por responsables del completo y puntual cobro de los créditos que han concedido y de la rigurosa entrega de las cosas prometidas como si se tratase de una venta; les obliga a rendir cuentas de todas las ganancias realizadas con la industria que han abierto; y si tardan ó dejan de cumplir estas obligaciones, no sólo les condena a pagar los intereses y resarcir los daños que proceden de su falta, sino que da derecho a los otros socios para excluirlos de la sociedad .

Personalidad jurídica- El contrato celebrado entre socios, da vida a un nuevo ente que ejerce el comercio, con todos los derechos y obligaciones de los comerciantes, excepto los que presuponen una existencia física. Este ente no podrá llamarse con propiedad un cuerpo moral, porque no ejerce directamente una función de utilidad pública, sino que atiende al interés inmediato de los socios. Sin embargo, debe considerarse como una persona jurídica porque tiene derechos y

obligaciones patrimoniales, y un fin especial al cual tiende con sus fuerzas económicas.

Este principio, que fue una laboriosa conquista del derecho medieval italiano, está ahora consagrado de un modo expícito en los códigos vigentes. Puede formularse así: la sociedad comercial constituye una persona jurídica distinta de los socios, tanto respecto a estos como respecto a un tercero.

Son numerosas las aplicaciones prácticas de este principio, y entre ellas notamos las siguientes:

a) Ningún socio puede disponer del capital social para uso propio; si lo hace, comete un hurto ó una apropiación indebida, como si se apoderase de los bienes ajenos.

b) El patrimonio social sirve para garantía exclusiva de sus acreedores. Los acreedores particulares de cada uno de los socios tendrán que aguardar a que se disuelva la sociedad para hacer valer sus derechos a la parte de capital que corresponda a sus respectivos deudores. Si la sociedad quiebra, no serán admitidos al concurso de acreedores del fondo social, sino que harán valer su crédito con cargo al remanente que les quedare a sus respectivos deudores después de satisfechos los acreedores de la sociedad.

c) La sociedad ejerce el comercio con un nombre propio, diferente del de cada uno de los socios, y puede defenderlo como todo comerciante contra cualquiera que intente usurparlo.

d) La sociedad tiene un domicilio legal propio, jurídicamente distinto del de los socios, donde debe ser notificada como reunida.

e) La sociedad puede ejercitar acciones en juicio contra los socios, por ejemplo, citarlos para el pago de sus cuotas, para el reembolso de los daños sufridos por su negligencia; y a su vez puede ser demandada por ellos para el pago de los dividendos, para el reembolso de gastos, de mercedes, y de resarcimientos debidos.

f) El deudor de la sociedad no puede eximirse de la obligación de pagarla presentando el crédito que tenga contra un socio, porque el débito del socio no es débito de la Sociedad.

Objeto.- Las compañías mercantiles tienen una esfera de acción determinada con precisión por la ley: el ejercicio de uno ó más actos de comercio. Por consiguiente, pueden realizar todo acto objetivo de comercio, como empresas de transportes de banca, de espectáculos públicos; y también todo acto subjetivo, como la adquisición de su propio domicilio social y de los muebles, el nombramiento de dependientes y operarios precisos para ejercer la industria.

Razón social o denominación.- Consiste en que la sociedad debe tener un nombre que es con la que se va a ostentar frente a terceros. Este se puede integrar, ya sea con una razón social, que se integra con los nombres o apellidos de los socios o en su defecto, con el de alguno de ellos seguido de las palabras y compañía u otro similar; y la denominación que se constituye con el objeto de la sociedad o nombre ficticio que se le quiera dar, pero ambos tiene que ir seguidos de la clase de sociedad de que se trate o de sus abreviaturas.

Duración.- Tiempo en que la sociedad va a tener vigencia para realizar sus actividades, éste depende del acuerdo que hayan tomado los socios al respecto, pero también nos hace suponer que puede establecerse por tiempo indefinido ya que al respecto no se establece ninguna limitación.

Pero en la práctica se establece un tiempo determinado para su duración, lo cual tendríamos que observar de igual manera en la práctica que si fenecido el término pactado la sociedad se tendrá que disolver o en su caso se volvería de tiempo indefinido.

Domicilio de la sociedad.- Es un atributo de la personalidad jurídica de la sociedad es importante su determinación, a fin de establecer el lugar para el cumplimiento de las obligaciones, donde se realizarán las asambleas y fijar competencia en caso de conflicto.

En la mayoría de los casos, el acta constitutiva no determina en específico un domicilio, sino que solamente se establece que el domicilio estará en el lugar donde se realizó la constitución respectiva y que puede establecer sucursales en cualquier lugar de la República Mexicana.

Para el Derecho Mercantil son empresas las sociedades mercantiles que se encuentran reguladas, en principio, por la Ley General de Sociedades Mercantiles y el Código de Comercio; este último establece que se trata de una persona moral reconocida como comerciante.

CONCEPTO. "La sociedad es una estructura jurídica que, ontológicamente, tiene una existencia ideal, es una persona jurídica; un sujeto de obligaciones y derechos, un ser generador de voluntad, capaz de realizar actos jurídicos; titular de un patrimonio, responsable frente a terceros de las consecuencias de su actividad jurídica. Es la creación del derecho moderno".¹

También se le concibe como "el acto jurídico mediante el cual los socios se obligan a combinar sus recursos o sus esfuerzos para la realización de un fin

¹ Citado por ACOSTA ROMERO Miguel, Tratado de Sociedades Mercantiles con énfasis a la Sociedad Anónima, Porrúa., México 2001, pág. 37

común, de acuerdo con las normas que para alguno de los grupos sociales en ella previstos señala la ley mercantil".²

La sociedad mercantil nace a través de la voluntad de los socios plasmada en el acta constitutiva acordada en la asamblea general de socios, órgano supremo de la sociedad, la cual, por requisito impuesto por la Ley General de Sociedades Mercantiles, deberá protocolizarse ante notario público y ser inscrita en el Registro Público de Comercio; de no hacerlo, serán sociedades mercantiles irregulares. Por su parte, para las sociedades extranjeras resulta indispensable el registro para que puedan iniciar sus actividades de comercio.

A las sociedades mercantiles mexicanas las rige fundamentalmente la Ley General de Sociedades Mercantiles y el Código de Comercio, la Ley Federal de Correduría Pública y su Reglamento que regulan la función del corredor público, auxiliar del comercio, cuya aplicación corresponde al gobierno a través de la Secretaría de Economía, quien deberá velar porque se garantice la seguridad jurídica en los actos en que intervengan, y vigilar, tanto la actuación de estos como la de los colegios de corredores. También las rige la Ley del Registro Público de Comercio y su reglamento.

La Ciencia del Derecho Mercantil clasifica a la sociedad mercantil en función del tipo que enumera la LGSM, independientemente de la finalidad que se persiga en la sociedad, de la siguiente manera:

- Sociedad en nombre colectivo;
- Sociedad en comandita simple;
- Sociedad de responsabilidad limitada;
- Sociedad anónima;
- Sociedad en comandita por acciones, y
- Sociedad cooperativa.

² CASTRILLON Y LUNA, Víctor M., Sociedades Mercantiles, 3ª Edición, Porrúa, México, pág. 390-399

“La doctrina, por su parte, se ha inclinado por clasificar a las sociedades mercantiles de la siguiente forma:

1. Por la responsabilidad de los socios se subdividen en:

A) Sociedades de personal son aquellas en que la sociedad responde no solo con el monto de su capital, sino incluso con el patrimonio de sus socios. Ejemplo de ellas son la S en Nombre Colectivo; las S en Comandita Simple y las Sociedad en Comandita por Acciones.

B) Sociedades de capitales son aquellas en las que el cumplimiento de sus obligaciones se limita al monto de su capital social y no entra el patrimonio personal de los socios; un ejemplo es la S.A. y S. de R.L.

2. Por la mutabilidad de su capital existen:

A) Las sociedades de capital fijo son aquellas en que, en el momento de su constitución, se determina el monto del capital social, el cual no puede alterarse sino mediante modificación de los estatutos sociales.

B) Las sociedades de capital variable son aquellas en donde se determina un mínimo y un máximo dentro del cual la sociedad puede fijar su capital, sin necesidad de modificar el acta constitutiva de la sociedad; salvo excepción, cuando disminuye del capital mínimo.

3. Por la forma que adoptan se clasifican en: S en NC; S en CS, S de RL, SA, S en C por A y SC”³.

³ PONCE GÓMEZ, Francisco, Nociones de Derecho Mercantil, 6ª Edición, Limusa-EBC, México, 2005. págs. 45-62.

PLURALES Y UNIPERSONALES.

“El concepto de agrupación es inherente al de sociedad. Ni lógica ni jurídicamente se concibe a las sociedades unipersonales, porque, desde un punto de vista lógico, estas encierran una contradicción y, desde un punto de vista jurídico contravienen a la naturaleza, ya sea bilateral o plurilateral del negocio que les da origen. Sin embargo, algunas legislaciones extranjeras admiten la existencia de sociedades mercantiles unipersonales como sustituto de la figura jurídica llamada fundo comercial.”⁴

2.1.1 Permanentes y transitorias.

“Lo que determina la permanencia o la transitoriedad de una sociedad es, por regla general, el fin para el cual fue constituida. Así, podrá haber, por ejemplo, sociedades constituidas para dedicarse a la explotación minera de diversos fundos en el largo plazo y podrá haber otras organizadas para explotar un solo yacimiento minero cuya vida determinará la de la sociedad.”⁵

2.1.2 Voluntarias y obligatorias.

“No todas las sociedades se constituyen por voluntad de las partes. Hay casos en que el legislador, por razones políticas, económicas o de simple policía, impone a los gobernados la obligación de asociarse. Tales son los casos, en nuestro medio, de las cámaras de comercio y de industria y, en otros países, de los colegios profesionales.”⁶

⁴ Ibídem pág. 55

⁵ Ídem

⁶ Ibídem pág. 49

2.1.3 De aportación de bienes y servicios.

La aportación de bienes a un fondo social no es una característica esencial de todas las sociedades. Las hay cuyos fines consisten en prestar a la comunidad servicios humanitarios, culturales, de defensa de los intereses de sus asociados o de cualquier otra naturaleza análoga, que no requieren necesariamente de las aportaciones de bienes, si bien algunas de ellas recurren circunstancialmente a las aportaciones materiales de sus socios para la consecución de sus fines.

2.1.4 Con y sin personalidad jurídica.

La personalidad jurídica, es decir, la capacidad para ser sujeto de derechos y obligaciones no es un atributo propio y natural de las agrupaciones humanas, sino, como se verá más adelante, una imputación del derecho. En consecuencia, la legislación puede investir de personalidad jurídica a unas y negarles tal atributo a otras.

2.2 Criterio objetivo de clasificación por sus fines.

Por sus fines, pueden existir tantas clases de sociedades como sean diversos los propósitos que constituyan el objeto de su institución. Conforme a este criterio, las sociedades generalmente se clasifican en:

- a) De beneficencia Cuyo fin, como su nombre lo indica, es prestar servicios humanitarios, culturales, etc., a la comunidad.

b) Con fines no lucrativos Como las asociaciones civiles; las sociedades mutualistas y cooperativas, etc., cuyo fin, en principio, no tenga un carácter preponderantemente económico, ni constituya una especulación mercantil.

c) Con fines preponderantemente económicos que no constituyen una especulación comercial Entre las que se cuentan las sociedades civiles y de usuarios.

d) Con fines preponderantemente económicos que constituyen una especulación comercial Como es el caso de las sociedades mercantiles en general.

2.2.1 Criterio Formal.

Al criterio anterior seguido por algunos autores para clasificar a las sociedades por sus fines, y que se le ha llamado criterio objetivo, se contrapone el que otros tratadistas denominan criterio formal.

Conforme este último criterio, o sea, el formal, lo que cuenta para distinguir a las sociedades mercantiles no son los fines que persiguen, sino la forma que ellas revisten. A este respecto, "...Rodríguez Rodríguez Joaquín, con base en los arts. 2688 Código Civil del Distrito Federal, que define a la sociedad civil por sus fines; 2695 Código Civil del Distrito Federal, el cual dispone que las sociedades civiles que adopten la forma mercantil se regirán por la Ley General de Sociedades Mercantiles, y cuarto de la Ley General de Sociedades Mercantiles que declara que las sociedades que se constituyan según alguna de las formas en ella reconocidas se reputarán mercantiles, afirma que el sistema mexicano actual

es un sistema formal sin excepciones ni atenuaciones, en cuanto a la ley mercantil, y mixto, en lo que se refiere al derecho civil...”⁷

Asimismo, Mantilla Molina sostiene que “...la ley mexicana hace caso omiso de los fines perseguidos, para atender tan sólo a la estructura de la sociedad, considerándola mercantil si adopta un tipo social regulado por las leyes mercantiles, cualesquiera que sean sus finalidades, razón por la que define a la sociedad mercantil como elacto jurídico mediante el cual los socios se obligan a combinar sus recursos o sus esfuerzos para la realización de un fin común, de acuerdo con las normas que, para algunos de los tipos sociales en ella previstos, señala la ley mercantil.....”⁸

A nuestro juicio, los criterios formal y objetivo considerados aisladamente, son insuficientes para caracterizar como comerciante a una persona moral.

En efecto, únicamente en el contexto de una concepción ideal del Código Civil y de la Ley General de Sociedades Mercantiles (LGSM) puede afirmarse que se reputará comerciante a una persona moral sin fines de lucro que se constituya en cualquiera de las formas reconocidas por la legislación mercantil, de la misma manera que solo en un contexto ideal puede aseverarse que toda persona moral lucrativa es mercantil, atendiendo a que el fin de lucro es inherente al ejercicio de la profesión de comerciante.

Quizá por tales razones Rodríguez Rodríguez Joaquín considera que “....la participación en las pérdidas y ganancias es uno de los elementos de existencia del contrato de sociedad mercantil...”,⁹ y, a su vez, Mantilla estima que “....la vocación a las pérdidas y ganancias es un elemento esencial de la misma, con lo que contradicen el criterio formal que sustentan, pues involuntariamente admiten

⁷ RODRIGUEZ RODRÍGUEZ, Joaquín. Ob cit. pág. 29

⁸ MANTILLA MOLINA, Roberto, Ob. Cit. págs. 32-33

⁹ RODRIGUEZ RODRÍGUEZ, Joaquín Ob. Cit. 43

que para determinar si una sociedad es o no mercantil debe estarse tanto a la forma que reviste como a los fines que persigue....”¹⁰

“Para comprobar esto, piénsese en una Sociedad Anónima con fines de beneficencia. Desde un punto de vista formal, será una sociedad mercantil; pero, desde un punto de vista objetivo, no lo será, puesto que no tendría fines de lucro.

O bien, piénsese en un organismo descentralizado lucrativo, como Petróleos Mexicanos, que no reviste la forma de una sociedad mercantil y que, sin embargo, por sus fines si es una empresa comercial.”¹¹

Las observaciones anteriores nos llevan a concluir que las declaraciones contenidas en los arts. 3o, frac. II, Cód. de Com. y 4o, LGSM en el sentido de que las sociedades constituidas con arreglo a las leyes mercantiles se reputan en derecho comerciantes, en realidad, constituyen presunciones *iuris tantum*.

En otras palabras, estimamos que para determinar si una sociedad es mercantil o no (si es comerciante o no) debe atenderse tanto a su forma como a sus fines; esto es, debe aplicarse un criterio mixto.

2.2.2 Criterio de distinción por su actividad.

La doctrina y la legislación también utilizan otro criterio para determinar la calidad de comerciante de las personas físicas y morales, en el que se atiende fundamentalmente a la actividad que realizan.

¹⁰ MANTILLA MOLINA, Roberto, Ob. Cit. pág. 56

¹¹ GALINDO SIFUENTES, Ernesto, Derecho Mercantil, Editorial Porrúa, México 2004, págs. 16-17

“De manera que se reputa comerciantes a quienes, por si o por conducto de representantes, habitualmente se dedican al ejercicio de una actividad de intermediación en el cambio, lo que, en última instancia, constituye la esencia del comercio. Este criterio se aplica de manera especial a las personas físicas para quienes la adquisición de la calidad de comerciante implica de modo necesario hacer del comercio su ocupación ordinaria (art 3º, frac I, Cód. de Com.). Sin embargo, también puede aplicarse el criterio en cuestión a otras personas morales que sin ser sociedades mercantiles ejecutan habitualmente actos de comercio, como es el caso citado de Petróleos Mexicanos.”¹²

Otras personas morales comerciantes.

“Nuestro derecho administrativo tipifica otras personas morales, como los organismos públicos descentralizados y las sociedades nacionales de crédito, que sin ser sociedades formalmente mercantiles, ejercen de manera habitual la profesión de comerciantes, habida cuenta de que los fines que persiguen son de lucro.”¹³

Organismos públicos descentralizados.

“Los organismos públicos descentralizados se caracterizan por carecer de socios y por estar investidos de capacidad jurídica autónoma y dotados de patrimonio propio. Entre ellos se cuentan el ya mencionado Petróleos Mexicanos, cuyos fines consisten en la exploración, extracción, refinación y comercialización de hidrocarburos y sus derivados; y otros muchos organismos públicos descentralizados cuya enumeración resultaría demasiado prolija.”¹⁴

¹² Ibídem pág. 22.

¹³ Ibídem pág. 29

¹⁴ Ídem

“Asimismo, nuestro derecho administrativo tipifica otras sociedades dedicadas a realizar actos de comercio. Entre ellas se encuentran las siguientes.

SOCIEDADES NACIONALES DE CRÉDITO.

Son personas morales las cuales, sin estar constituidas en cualquiera de las formas reconocidas por la LGSM, realizan los fines de lucro por excelencia: los de intermediación en el mercado del dinero.

SOCIEDADES DE RESPONSABILIDAD LIMITADA DE INTERES PÚBLICO.

Son verdaderos carteles organizados por comerciantes, cuyo funcionamiento es estrechamente vigilado por el Estado, razón por la que la doctrina las considera de derecho administrativo-mercantil, pues están reguladas por una ley especial que participa tanto de las características del derecho administrativo como de las notas del derecho comercial.”¹⁵

2.2.3 Criterio negativo de distinción por su actividad.

“El criterio negativo que ahora nos ocupa es diametralmente opuesto al anterior y se enuncia de la manera siguiente: no es comerciante quien no hace del comercio su ocupación ordinaria. Suele utilizarse este criterio para negar la calidad de comerciantes a otras personas morales de carácter público, como la Federación, los estados y los municipios, aunque con frecuencia ejecuten actos comerciales de gran envergadura y trascendencia económica por conducto de sus órganos centralizados.”¹⁶

¹⁵ PEREDO RIVERA Almicar, Competencia Económica, Porrúa, México, 2004, pág. 119-122.

¹⁶ PONCE GÓMEZ, Francisco, Ob. Cit. pág. 89

2.2.4 Criterio de distinción de las sociedades mercantiles en particular.

En el campo particular de las sociedades mercantiles, estas suelen clasificarse en: sociedades de personas (*intuitu personae*); sociedades de capitales (*intuitu pecuniae*); sociedades mixtas y sociedades elásticas o flexibles.

Sin embargo, también se les distingue siguiendo una gran variedad de criterios, algunos de los cuales expondremos a continuación:

a) De personas.- Se caracterizan porque se constituyen atendiendo a la calidad de las personas que las integran, cuyos nombres forman el nombre de la sociedad (razón social) y quienes, en cierta medida, son responsables de las operaciones que aquella celebra. El tipo clásico de esta clase de sociedades es la colectiva.

b) De capitales.- Su principal característica consiste en que su constitución atiende no tanto a la calidad de sus integrantes, sino al monto de las aportaciones que estos realizan. Existen al amparo de un nombre (denominación social) que no se forma con el nombre de los socios quienes, en principio, solamente están obligados al pago de sus aportaciones. La Anónima es el tipo clásico de esta especie de sociedades.

c) Mixtas.- Son aquellas que participan de las características tanto de las sociedades de personas como de las de capitales, por cuanto su nombre (razón social) se forma con el de los socios, de los cuales unos responden de las obligaciones sociales con su patrimonio y otros únicamente están obligados al pago de sus aportaciones. La sociedad en comandita es el tipo clásico de estas sociedades.

d) Elásticas o flexibles.- En atención a las circunstancias especiales que determinen a los socios a constituir esta clase de sociedades, estos pueden destacar las características de las denominadas *intuitu personae*, o bien de las *intuitu pecuniae*. Por consiguiente, pueden existir con arreglo a una razón social o a una denominación social. El prototipo de estas sociedades es la de responsabilidad limitada.

e) Cerradas.- Reciben este nombre las anónimas cuyas acciones son propiedad de un grupo pequeño de socios, generalmente constituido por una familia.

f) Abiertas.- Se les llama así a las anónimas cuyas acciones se cotizan en bolsa y, en consecuencia, son controladas por un gran número de personas.

g) Regulares.- Son aquellas cuya constitución ha sido formalizada en escritura pública y están inscritas en el Registro Público de Comercio.

h) Irregulares.- La *LGSM* considera como irregulares a las sociedades que no están inscritas en el Registro Público de Comercio, consten o no en escritura pública.

i) De hecho.- La jurisprudencia mexicana y una parte de la doctrina da el nombre de sociedades de hecho a las irregulares. Sin embargo, otra parte de la doctrina llama sociedades de hecho a las verbales o a las que consten por escrito, pero no en escritura pública.

j) Incompletas.- Se les denomina así a las sociedades regulares o irregulares a las que les falta uno o varios de los requisitos legales de constitución.

k) Aparentes .- También se les conoce como sociedades de papel o de comodidad. Son las constituidas por un solo socio y en las que figuran uno o varios testaferros, sin verdadero interés económico y jurídico en la sociedad, para cumplir el requisito del número de socios mínimo establecido por la ley.

l) Durmientes .- Este nombre es aplicado a las sociedades formalmente constituidas e inscritas en el Registro Público de Comercio que no llegan a funcionar, pero cuya creación y mantenimiento se hace con el propósito de proteger ciertas denominaciones o nombres comerciales o ciertas marcas.

m) Ocultas Son aquellas que no se exteriorizan como tales frente a terceros. La figura típica de esta especie de sociedades es la asociación en participación.

n) Paraestatales o de participación estatal Como su nombre lo indica, son aquellas en las que participa el Estado como socio, ya sea directamente o por conducto de un organismo público descentralizado. La ley las clasifica en empresas de participación estatal mayoritaria, si el Estado directa o indirectamente controla más de 50% del capital social, y minoritaria, si controla menos de 25% del capital social.

o) Controladoras Son las que controlan el capital social, generalmente representado por acciones de otra u otras sociedades mercantiles que en conjunto constituyen un grupo. A esta clase de sociedades, también se les denomina sociedades madre, sociedades tenedoras o *holdings*.

p) Controladas.- También se les conoce como sociedades filiales, subsidiarias o consolidadas, porque su capital social es controlado por otra sociedad mercantil.

2.2.5 Adquisición de la calidad de comerciante por las sociedades mercantiles.

Las sociedades mercantiles adquieren la calidad de comerciantes por el solo 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 estos.

“Sobre esta peculiaridad de las sociedades mercantiles, dimanada de los criterios formal y objetivo de la ley, 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 halla 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 este, que es, en otros términos, la ley fundamental e inmutable de la persona jurídica (los paréntesis son nuestros).”¹⁷

2.3 Legislación aplicable a las Sociedades Mercantiles.

La constitución, organización y funcionamiento de las sociedades de derecho privado tienen su fundamento en el art 9° constitucional que consagra el derecho de libertad de asociación.

¹⁷ AYLÓN GONZÁLEZ, María Estela y Dora García Fernández, Nuevos Temas de Derecho Corporativo, Porrúa, México 2003 pág. 60

“Por otra parte, la principal consecuencia de que se atribuya legalmente el carácter de comerciantes a las sociedades mercantiles es la de regularlas mediante un complejo de derechos y obligaciones que solo afectan a los comerciantes; es decir, la de someterlas a la legislación mercantil.”¹⁸

Entre las numerosas leyes especiales a que están sometidas las sociedades mercantiles se cuentan los siguientes ordenamientos de carácter federal; esto es, aplicable en toda la República:

a) Ley General de Sociedades Mercantiles.

Es un ordenamiento especial, que regula la constitución, organización, funcionamiento, disolución y liquidación de las siguientes sociedades mercantiles: en nombre colectivo, en comandita simple; de responsabilidad limitada; anónima y en comandita por acciones (art 1°).

b) Código de Comercio.

Aplicable en lo conducente a los actos y contratos mercantiles y a los juicios entre comerciantes.

c) Código Civil Federal.

Es de aplicación supletoria tanto a las sociedades mercantiles como a los actos, convenios y contratos de naturaleza comercial.

d) Ley para Promover la Inversión Mexicana y Regular la Inversión Extranjera.

Como su nombre lo indica, establece reglas para la estructuración del capital de las sociedades en las que participe inversión extranjera. En este ordenamiento también se establecen los requisitos para la constitución y modificación de todas las sociedades mercantiles.

¹⁸ *Ibíd*em pág. 67

e) Ley Orgánica de la Fracción I del Artículo 27 Constitucional.

Establece taxativamente las condiciones de admisión y exclusión de extranjeros en las sociedades mexicanas y las de adquisición de inmuebles por las mismas.

f) Ley del Mercado de Valores.

Sus disposiciones son aplicables a las sociedades cuyas acciones o valores se cotizan en bolsa.

g) Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito.

Sus disposiciones se aplican a los títulos representativos de las participaciones de los socios en el capital social (acciones y partes sociales), así como a ciertas operaciones de crédito reservadas exclusivamente a las sociedades anónimas, de la manera que sucede con la emisión de obligaciones.

h) Ley de Monopolios.

Sanciona las actividades monopolísticas y oligopolísticas y, en general, las que constituyen prácticas desleales de comercio.

i) Ley de Atribuciones del Ejecutivo Federal en materia económica.

Establece mecanismos tanto para evitar las prácticas monopolísticas como para determinar los precios oficiales de ciertos productos que se consideran básicos o de importancia estratégica.

j) Ley Reglamentaria del Artículo 131 Constitucional, o sea la Ley de Comercio Exterior.

Regula las operaciones de importación y exportación de bienes y servicios y las prácticas desleales de comercio internacional.

k) Ley de Vías Generales de Comunicación.

Aplicable en lo conducente a las sociedades concesionarias o permisionarias de servicios de transportación aérea, terrestre y marítima, así como a las dedicadas a la explotación de medios masivos de comunicación.

l) Ley de Navegación y Comercio Marítimo .

Aplicable a los comerciantes dedicados a esta clase de negocios.

m) Ley Reglamentaria del Artículo 27 Constitucional en Materia Minera.

Sus disposiciones se aplican a las empresas dedicadas a la exploración, explotación y beneficio de sustancias minerales.

n) Reglamento de la Industria Petroquímica Secundaria.

Es de observancia obligatoria para las sociedades concesionarias en ese ramo de la actividad económica.

ñ) Ley Forestal.

Regula las operaciones de los comerciantes dedicados a la explotación de bosques.

“Así como otras leyes y reglamentos especializados como lo son la Ley Aduanera, la Ley del Seguro Social, la Ley de Contaminación Ambiental, la Ley de Inventiones y Marcas, la Ley del Registro Nacional de Transferencia de Tecnología, la Ley de Protección al Consumidor, la Ley Sobre el Contrato de Seguro y otros ordenamientos más que ponen en evidencia el excesivo reglamentismo y control del Estado a que están sometidas las actividades comerciales.”¹⁹

¹⁹ CASTRILLON Y LUNA, Víctor M., Ob. Cit. pág. 211.

LA COSTUMBRE Y LOS USOS MERCANTILES.

Con arreglo a nuestro sistema jurídico las sociedades mercantiles tienen carácter contractual y, por consiguiente, a ellas se les aplican supletoriamente las disposiciones del derecho común que regulan a los contratos.

Entre los preceptos del Código Civil para el Distrito Federal aplicables al contrato de sociedad se encuentra el art. 1796 que impone a los contratantes la obligación legal de estar no solo al cumplimiento de lo expresamente pactado, sino también a las consecuencias que, según la naturaleza del contrato, sean conforme a la buena fe, al uso o a la ley, lo cual nos obliga a tratar el controvertido tema de la obligatoriedad de las costumbres y de los usos comerciales.

En los países de derecho escrito se ha suscitado una enconada polémica en torno a la cuestión de si los usos y costumbres son una fuente inmediata o mediata del derecho; es decir, respecto a si tienen fuerza obligatoria *per se* o en virtud de que la ley expresamente se las atribuye.

Tradicionalmente se ha dicho que la costumbre es una conducta constante y generalizada que de antiguo se practica en país determinado y que, los usos son comportamientos constantes que se han observado durante poco tiempo o en una región específicamente localizada.

Sin embargo, algunos tratadistas sostienen que las notas de temporalidad y regionalidad no son útiles para distinguir entre uso y costumbre y proponen que esta sea definida como una conducta constante y generalizada que se practica con la convicción de que es jurídicamente obligatoria. Es decir, sostienen que la noción de costumbre se funda en dos elementos: uno objetivo, o sea la conducta constante y generalizada (*inveterata consuetudo*) y el otro subjetivo, es decir la convicción de que tal conducta es jurídicamente obligatoria *fin opinio iuris atque*

necessitatis), de manera que si un comportamiento determinado reúne ambos elementos será costumbre y si solo se integra con el primero, será uso.

La doctrina en cuestión atribuye una gran importancia a la distinción propuesta entre usos y costumbres, por cuanto afirma que si existe la convicción de que cierta conducta es jurídicamente obligatoria debe considerarse *per se* como una fuente formal y autónoma del derecho, en tanto que si no existe tal convencimiento su fuerza obligatoria devendrá una ley que expresamente se la atribuya.

“Sin analizar otras sutiles distinciones doctrinales que se han propuesto entre usos y costumbres, ni en las clasificaciones que de estas últimas se han elaborado, afirmamos que en nuestro país tales distinciones y clasificaciones carecen de sentido por dos razones:

Primera.- Porque nuestro legislador utiliza ambos conceptos como sinónimos, y

Segunda.- Porque del último párrafo del art. 14 constitucional se deduce que los usos y costumbres solo tienen fuerza obligatoria cuando exista una ley expresamente que se las atribuya.

En efecto, de la lectura de las numerosas disposiciones legales que se refieren a los usos y costumbres no es posible inferir que nuestro legislador haya establecido una distinción específica entre ambas nociones, toda vez que en ninguna parte afirma que la fuerza obligatoria de aquellos y de estas deviene de la convicción de que jurídicamente vinculan a los contratantes. Pero, además, el último párrafo del art 14. constitucional estatuye que en los juicios del orden civil la sentencia definitiva deberá ser conforme a la letra de la ley, de modo que si ésta prevé expresamente la aplicación de los usos o de las costumbres, el juez al atribuir el derecho está obligado a tomar en cuenta unos y otras.”²⁰

²⁰ GARCIA , RENDÓN ,Manuel, Textos Jurídicos Universitarios, Oxford Press Universty, México 2008, pág. 605.

2.4 Requisitos de las Sociedades Mercantiles (artículo 6).

Así tenemos que para poder constituir una sociedad mercantil de las enunciadas por el artículo 1º de la Ley General de Sociedades Mercantiles y de acuerdo al artículo 6º de la misma ley se requiere:

- 1.- Permiso de la Secretaría de Relaciones Exteriores, con el objeto de acreditar la nacionalidad de los socios y se nos autorice la razón o denominación social propuesta.

El permiso de la Secretaría de Relaciones Exteriores, es con el objeto de autorizar la constitución de la sociedad, acreditar la nacionalidad de los socios y se nos autorice la razón o denominación social propuestas.

En relación al permiso mencionado, encuentra su sustento en el artículo 15 de la Ley de inversión extranjera que a la letra dice:

“Se requiere permiso de la Secretaría de Relaciones exteriores para la constitución de sociedades. Se Deberá insertar en los estatutos de las sociedades que se constituyan, la cláusula de exclusión de extranjeros o el convenio previsto en la fracción I del artículo 27 constitucional.”

Asimismo el artículo 16 de la cita ley establece:

“Se requiere permiso de la Secretaría de Relaciones Exteriores para que las sociedades constituidas cambien su denominación o razón social.”

El Reglamento de la Ley de Inversión Extranjera en relación dispone:

“El permiso para la constitución de sociedades a que se refiere el artículo 15 de la ley se otorgará solamente cuando la denominación o razón social que se pretenda utilizar no se encuentre reservada por una sociedad distinta.

Si en la denominación o razón social solicitada se incluyen palabras o vocablos cuyo uso se encuentre regulado específicamente por otras leyes, la Secretaría de Relaciones Exteriores condicionará el uso de los permisos a la obtención de las autorizaciones que establezcan dichas disposiciones legales.”

En relación al permiso que debe otorgar la Secretaría de Relaciones Exteriores, se justifica debido a que por decreto de 29 de junio de 1944 que estableció la necesidad transitoria de obtener permiso de la Secretaría de Relaciones Exteriores para la constitución de sociedades que tengan o tuvieren socios extranjeros, fue prorrogado y hecho extensivo a todo género de sociedades, según circular del consejo de Notarios de 17 de noviembre de 1945 y que a la letra dice:

“Circular del Consejo de Notarios que contiene la resolución de la Secretaría de Relaciones, en el sentido que sólo con autorización de la misma Secretaría se puede constituir sociedades y reformar la ya constituidas”.

CONSEJO DE NOTARIOS DEL DISTRITO FEDERAL
CIRCULAR

Señores Notarios del Distrito Federal:

Tengo el honor de transcribir a ustedes, en cumplimiento de lo acordado por el H. Consejo de Notarios en su sesión del día 12 del actual, lo que dice el mismo la Dirección General de Asuntos Jurídicos de la Secretaría de Relaciones Exteriores de la consulta que se le hizo, acerca de si seguía en vigor el decreto de 29 de junio de 1944 que previno que únicamente con autorización de la misma Secretaría se puede constituir toda clase de sociedades y reformar las ya constituidas.

“En contestación a sus escritos de 2 y 9 de los corrientes, me permito manifestar a usted, de acuerdo con lo que establece el artículo 6º del decreto publicado en el

diario Oficial de 1º de octubre en curso, que siguen vigentes las disposiciones del decreto de 29 de junio de 1944. Dichas disposiciones se seguirán aplicando con el mismo criterio que ha sustentado esta Secretaría hasta la fecha.

Atentamente. México, D.F., 17 de noviembre de 1945.
El Secretario del Consejo, Lic. Francisco Vázquez Pérez. Rubrica.”

La falta de esta formalidad tendrá como consecuencia la irregularidad de la sociedad, la cual será estatutaria, si acontece en los estatutos o post-escrituraria, si acontece en un momento posterior al nacimiento de la sociedad, es decir, con motivo de alguna reforma estatutaria.

En forma previa a la constitución o a las reformas estatutarias, es necesario solicitar y obtener un permiso expreso de la Secretaría de Relaciones Exteriores, la cual está facultada para otorgarlo o negarlo.

El Código de Comercio establece que la escritura constitutiva de las Sociedades Mercantiles deberá contener:

1. Los nombres, nacionalidad y domicilio de las personas físicas o morales que constituyan la sociedad.
2. El objeto de la sociedad;
3. Su razón social o denominación;
4. Su duración;
5. El importe del capital social;
6. La expresión de lo que cada socio aporte en dinero o en otros bienes; el valor atribuido a éstos y el criterio seguido para su valorización.

Cuando el capital sea variable así se expresará expresando el mínimo que se fije;

7. El domicilio de la sociedad;
8. La manera conforme a la cual haya de administrarse la Sociedad y las facultades de los administradores;
9. El nombramiento de los administradores y la designación de los que han de llevar la firma social;
10. La manera de hacer la distribución de las utilidades y pérdidas entre los miembros de la sociedad;
11. El importe del fondo de reserva;
12. Los casos en que la Sociedad haya de disolverse anticipadamente; y
13. Las bases para practicar la liquidación de la sociedad y el modo de proceder a la elección de los liquidadores cuando no hayan sido designados anticipadamente.

Todos los requisitos a que se refiere este artículo y las demás reglas que se establezcan en la escritura sobre organización y funcionamiento de la sociedad constituirán los estatutos de la misma.

Aunque en la práctica se emplean como sinónimos las expresiones “escritura constitutiva y estatutos sociales”, en sentido estricto no lo son. La primera es el instrumento notarialmente otorgado al constituirse la sociedad, en el cual el fedatario que también lo puede ser un corredor público hace constar la

voluntad de los socios en tal sentido; los estatutos son, en cambio, las cláusulas con arreglo a las cuales funcionarán la sociedad y sus órganos.

Al igual que todo contrato, el de sociedad precisa de cláusulas esenciales que, como se sabe, son de indispensable adopción, pues la ley no las presume y sin ellas será inexistente o, en el mejor de los casos nulo, pues su omisión estatutaria impedirá el funcionamiento de la sociedad.

2.5 Diferentes tipos de sociedades.

SOCIEDAD EN NOMBRE COLECTIVO.

a) Definición.

La sociedad en nombre colectivo es aquella que existe bajo una razón social; donde todos los socios responden de manera subsidiaria, ilimitada y solidariamente en el cumplimiento de las obligaciones sociales. En algunos casos la responsabilidad de alguno de los socios se limita a una porción o cuota determinada.

b) Nombre o razón social.

La razón social se forma con el nombre de uno o varios de los socios; para no incluir a todos se agrega "y compañía" o sus equivalentes. El ingreso o separación de un socio no impedirá que continúe la misma razón social hasta entonces empleada; pero si el nombre del socio que se separe apareciere en la razón social deberá agregarse la palabra "sucesores". Cuando la razón social de una compañía sea la que hubiere servido a otra, cuyos derechos y obligaciones han sido transferidos a la nueva, se agregará a la razón social la palabra "sucesores".

c) Socios.

Los socios se clasifican en dos categorías: los socios industriales y capitalistas. Los primeros son aquellos que aportan su trabajo y conocimiento a la sociedad, y los segundos son aquellos que aportan el capital.

d) Derechos de los socios.

Los socios no pueden ceder sus derechos, salvo que así lo hayan acordado y haya quedado establecido en los estatutos que rigen a la sociedad; pero además la aprobación requiere contar con el consentimiento de la mayoría; tampoco se admitirán nuevos socios sin el consentimiento de los demás, "...salvo que en uno u otro caso el contrato social disponga que será bastante el consentimiento de la mayoría...."²¹

En el caso de que se haya autorizado la cesión de derechos a favor de una persona extraña a la sociedad, los socios tendrán el derecho del tanto. Si existen varios interesados, les corresponden en proporción a sus aportaciones, lo que se podrá ejercer en un plazo de quince días. Podrán continuar dentro de la sociedad los herederos del socio, siempre y cuando se acuerde en ese sentido.

e) Modificaciones al acta constitutiva.

El acta constitutiva de este tipo de sociedad, solo podrá alterarse o modificarse con el consentimiento unánime de los socios; sin embargo, estos pueden acordar que la decisión se tome por simple mayoría.

²¹ VAZQUEZ DEL MERCADO Oscar, Contratos Mercantiles, Porrúa, México 2006 pág. 11

f) Prohibición.

“Los socios no podrán dedicarse a negocios del mismo género objeto de la sociedad de la cual forman parte, ni tampoco formar parte de otra sociedad que lo realice, so pena de ser excluidos de la misma y pagar además los daños y perjuicios, a menos que cuenten con la autorización de los demás socios.”²²

g) Administración.

La administración de esta sociedad recae en uno o varios administradores, los cuales podrán ser socios o personas extrañas a ella. El uso de la razón social corresponde a todos los administradores. El representante de la sociedad, bajo su responsabilidad, puede delegar ciertas funciones a otra persona, pero para delegar el cargo requerirá del consentimiento de la mayoría de los socios.

Cuando sea socio el administrador, y si en el acta constitutiva o en los estatutos se pacta la inamovilidad, el socio puede ser removido judicialmente por dolo, culpa o inhabilidad. En caso de no designar administrador, los socios podrán concurrir en la administración.

Los socios capitalistas que administren la sociedad podrán percibir periódicamente una remuneración con cargo a gastos generales, para lo cual se requerirá la aprobación de la mayoría de los socios.

h) Vigilancia.

Los socios que no tengan la calidad de administradores podrán, en todo momento, designar un interventor que vigile la actuación de los administradores; además, tienen el derecho de revisar la contabilidad y demás documentos de la compañía, información que se rendirá semestralmente.

²² *Ibíd*em pág. 9

i) Votos.

En la toma de decisiones, los socios industriales disfrutan de una sola representación que será igual a la del mayor número de los socios capitalistas, salvo pacto en contrario. Cuando existan varios socios industriales, el voto se ejercerá en el sentido adoptado por la mayoría, el cual puede ser computado por las mayorías.

j) Separación de los socios.

El socio tiene derecho a separarse cuando en contra de su voto se modifique el acta constitutiva o los estatutos o se nombre a algún administrador que sea persona extraña a la sociedad.

k) Exclusión de los socios.

La sociedad podrá excluir al socio que por cuenta propia o ajena se dedique a negocios del mismo género que constituya el objeto de la sociedad, o forme parte de alguna sociedad que lo realice sin el consentimiento de otros socios.

Se puede excluir al socio que utilice la firma o el capital social para negocios propios, porque infrinjan las disposiciones legales que rijan a la sociedad, por uso de la firma o del capital social para negocios propios, por cometer actos fraudulentos o dolosos en contra de la firma, o por quiebra, interdicción o porque la ley lo haya inhabilitado para ejercer el comercio.

SOCIEDAD EN COMANDITA SIMPLE.

a) Definición.

La sociedad en comandita simple es aquella que existe bajo una razón social, y en la que encontramos dos tipos de socios, los comanditados, que pueden ser uno o más, que responden de manera subsidiaria, ilimitada y solidariamente de las obligaciones sociales, y los comanditarios, uno o varios, que solo responden del pago de su aportación.

“Es preciso aclarar que este tipo de sociedad alcanzó su auge años atrás porque permitía que quienes carecían de capital para el desarrollo de su empresa, se allegaran del capital necesario a través de la anexión de los comanditarios. En la actualidad, este tipo de sociedad ha desaparecido de la práctica mercantil por lo que su reglamentación, al igual que la colectiva, debería suprimirse de la ley.”²³

b) Nombre o razón social.

La razón social de este tipo de sociedad se forma con el nombre de uno o más comanditados, agregándose la expresión "sociedad en comandita" o "S en C". Si en la razón social aparece el nombre de uno de los comanditarios, este quedará obligado como comanditado “...en igual responsabilidad incurrirán los comanditarios cuando se omita la expresión sociedad en comandita, "S en C"....”²⁴

c) Administración

El socio comanditario no podrá ser administrador ni ejercer actos de administración como apoderado; sin embargo, podrá ejercer su facultad de vigilancia.

²³ GARCÍA VELAZCO Gonzalo, *Las Minorías en la Sociedad Anónima*, Porrúa, México, 2005, pág. 33.

²⁴ CASTILLON Y LUNA, Víctor *Ley General de Sociedades Mercantiles: comentada*, Porrúa, México, 2007, pág. 78

En caso de que realice dichos actos de administración, que le están prohibidos, quedará solidariamente responsable frente a terceros.

“Si para los casos de muerte o incapacidad del socio administrador no se hubiera determinado en la escritura social la manera de substituirlo y la sociedad hubiere de continuar, podrá interinamente un socio comanditario, a falta de comanditados desempeñar los actos urgentes o de mera administración durante el término de un mes, contado desde el día en que la muerte o incapacidad se hubiere efectuado. En estos casos el socio comanditado no es responsable más que de la ejecución de su mandato.”

SOCIEDAD DE RESPONSABILIDAD LIMITADA.

a) Definición.

La sociedad de responsabilidad limitada es aquella que existe bajo una denominación o razón social. Los socios responden solo del pago de sus aportaciones y las partes sociales no pueden estar representadas en títulos negociables a la orden o al portador pues solo serán cedibles en los casos y con los requisitos que establece la presente ley.

b) Nombre o razón social.

La denominación o razón social deberá ir seguida de las palabras "sociedad de responsabilidad limitada" o su abreviatura, "S. de R.L". En caso contrario, los socios responderán subsidiaria, ilimitada y solidariamente. En este tipo de sociedad la ley restringe el número de socios que nunca podrán ser más de cincuenta; el nombre puede formarse con el de uno o más socios. La persona ajena que permita que su nombre aparezca en la razón social responderá hasta por el monto de la aportación mayor.

c) Capital social.

La ley establece como requisito mínimo para el capital social de esta sociedad tres mil pesos, representado en partes sociales, que podrán ser de valor y categoría desiguales, pero dicho valor siempre tendrá que ser de mil o múltiplos de mil. Al constituirse el capital, deberá estar íntegramente suscrito y exhibido por lo menos 50% del valor de cada parte social. No se puede constituir ni aumentar su capital por suscripción pública.

d) Partes sociales.

Aportaciones suplementarias. En lo que se refiere a las aportaciones suplementarias, podrán realizarse, siempre que lo tengan previsto, en proporción a sus aportaciones iniciales.

“Aumentos de capital social. Los aumentos de capital social se pueden realizar siguiendo las mismas disposiciones de su constitución. Los socios tendrán preferencia para suscribirlas, a menos que este privilegio lo hayan suprimido en los estatutos, en el acta constitutiva o mediante acuerdo de la asamblea.”²⁵

Con relación al capital se pueden presentar las siguientes situaciones:

I. Cesión de partes sociales o admisión de nuevos socios.

Salvo que los estatutos no dispongan una proporción mayor bastará para la cesión de partes sociales o admisión de nuevos socios, la aprobación de los socios que representen la mayoría del capital social. De igual forma, si la cesión se hiciere a persona ajena a la sociedad, los demás socios pueden ejercer su derecho del tanto, en los quince días de plazo, contados desde la fecha de la junta

²⁵ CASTILLON y Luna Víctor M. Ob. Cit. pág. 58

en que se hubiere autorizado la cesión. Además, si son varios los socios que tengan interés, les corresponden a todos en proporción a sus aportaciones.

II. Transmisión por herencia.

En el supuesto de la transmisión por herencia no se requiere el consentimiento de los socios, a menos que se prevea la disolución de la sociedad por muerte de un socio o la liquidación de la parte social respectiva.

Indivisibilidad de las partes sociales.

III. Las partes sociales son indivisibles.

Cada socio no podrá tener más de una parte social y cuando se realice una nueva aportación se incrementara en la proporción respectiva de su parte social, a menos de que se trate de partes con derechos diversos, en cuyo caso se conserva la individualidad.

IV. Derecho de división y de cesión parcial.

No obstante que las partes sociales son indivisibles en su escritura constitutiva, "...los socios pueden pactar el *derecho de división y de cesión parcial*, siempre y cuando no exceda el límite de cincuenta socios, que el capital social no sea inferior a tres mil pesos, que la mayoría de socios lo apruebe y que se respete el derecho del tanto de los socios...."²⁶

²⁶ *Ibíd*em pág. 61

e) Amortización de partes sociales.

La asamblea podrá utilizar, si así lo previene, la amortización de partes sociales, que se realizará con las utilidades adquiridas de que pueda disponerse, de acuerdo con la ley, para el pago de dividendos.

f) Certificados de goce.

Podrán expedirse certificados de goce a favor del socio cuya parte social se hubiere amortizado, otorgándole derecho a las utilidades líquidas, o concediéndole, si así lo contempla en sus estatutos el contrato social, el derecho a voto.

g) Libro de socios.

La Sociedad de Responsabilidad Limitada deberá llevar un libro especial de registro de socios, en el que conste su nombre, domicilio, nacionalidad y valor de su parte social, así como los incrementos que a su aportación original realice, el libro será la referencia en cuanto al límite de la responsabilidad de los socios y sólo así surtirá efectos frente a terceros después de la inscripción en el registro.

h) Administración de la sociedad.

La administración de la sociedad recaerá sobre uno o más gerentes que podrán o no ser socios; las decisiones de los gerentes se tomarán por mayoría de votos, pero los que hayan votado en contra o ignoren el acto realizado quedarán libres de responsabilidad.

“La acción de responsabilidad de los gerentes podrá exigirse por la asamblea o los socios considerados individualmente, e incluso, por los acreedores de la sociedad, pero en este último caso sólo podrán pedirse por el síndico

después de la declaratoria de quiebra. Los socios, individualmente considerados, podrán ejercitar la acción de responsabilidad una vez que la asamblea haya absuelto a los gerentes de este cargo.”²⁷

i) Asamblea de socios.

El órgano supremo de este tipo de sociedad es la asamblea de socios, la cual tomará sus decisiones en primera convocatoria con la mayoría de socios que represente por lo menos la mitad del capital social y, en segunda convocatoria, con la mayoría de votos, independientemente del capital representado. La asamblea tiene como función resolver cualquier asunto inherente a la sociedad.

j) Convocatoria.

Las asambleas serán convocadas por los gerentes, por el órgano de vigilancia, o bien, por los socios que representen más de la tercera parte del capital social. La convocatoria se hará por medio de carta a los socios, que contenga la orden del día, con acuse de recibo y con ocho días de anticipación.

k) Modificación al contrato social.

Cuando se trate de la modificación del acta constitutiva o de los estatutos se requiere la aprobación de la mayoría que represente por lo menos las tres cuartas partes del capital social; y cuando la modificación recaiga en el objeto de la sociedad o haya aumentado en las obligaciones de los socios; se exigirá la unanimidad.

²⁷ Ídem

SOCIEDAD EN COMANDITA POR ACCIONES.

a) Definición.

La sociedad en comandita por acciones, es la que se compone de uno o varios socios comanditados que responden de manera subsidiaria, ilimitada y solidariamente, de las obligaciones sociales, y de uno o varios comanditarios que únicamente están obligados al pago de sus acciones.

b) Nombre o razón social.

La sociedad en comandita por acciones se constituye bajo una razón social, formada por el nombre de uno o más comanditados y, en el caso de no aparecer todos los nombres, se le agregará y “compañía”.

c) Capital social.

El capital social en estas sociedades está dividido en acciones, y no se podrán ceder sino con el consentimiento de la totalidad de comanditados y las dos terceras partes de los comanditarios.

La sociedad en comandita por acciones (S. en “C. por A.”) “...se rige por las normas de la Sociedad Anónima, en lo que se refiere a los comanditados, y por algunas reglas de la sociedad en nombre colectivo.”²⁸

²⁸ Ídem

SOCIEDAD COOPERATIVA.

La sociedad cooperativa es una forma de organización social integrada por personas físicas con base en intereses comunes y en los principios de solidaridad, esfuerzo propio y ayuda mutua, con el propósito de satisfacer necesidades individuales y colectivas a través de la realización de actividades económicas de producción, distribución y consumo de bienes y servicios.

“Las sociedades cooperativas para su funcionamiento deberán observarse los principios de libertad de asociación y retiro voluntario de los socios; una administración democrática; limitación de intereses en algunas aportaciones de socios; una administración democrática; limitación de intereses en algunas aportaciones de los socios si así se determina; distribución de los rendimientos en proporción a la participación de los socios; fomento a la educación cooperativa y de la educación en la economía solidaria; participación, respeto al derecho individual de los socios, y promoción en la integración cooperativa; respeto al derecho individual de los socios y promoción de la cultura ecológica.”²⁹

Las sociedades cooperativas pueden clasificarse en sociedades de consumidores de bienes y/o servicios y en sociedades de productores y/o servicios. La primera es aquella cuyos miembros se asocian con el fin de obtener en común bienes y/o servicios para ellos, sus hogares o sus actividades de producción, y la segunda en la que los miembros se asocian para trabajar en común en la producción de bienes y/o servicios aportando su trabajo físico o intelectual.

“Las sociedades cooperativas se dividen en dos categorías:

a) Las ordinarias.

²⁹ ZARKIN CORTÉS, Sergio Salomón, Derecho Corporativo, Porrúa, México, 2003 págs. 36-38

Son aquellas que para funcionar solo requieren de su constitución legal.

b) Las de participación estatal.

Son aquellas sociedades cooperativas que se asocian con autoridades federales, bien para la explotación de unidades productoras o financiar proyectos de desarrollo económico.”³⁰

Las sociedades cooperativas se encuentran dirigidas, administradas y vigiladas interiormente por los siguientes órganos:

a) La asamblea general.

Es la autoridad suprema y sus acuerdos obligan a todos los socios presentes, ausentes y disidentes. Tendrán la facultad de resolver todos los negocios y problemas de importancia de la sociedad cooperativa y establecerá las reglas generales que deben normar el funcionamiento social. Todos los acuerdos que se tomen en la asamblea general deberán tomarse por mayoría de votos.

“Las asambleas pueden ser ordinarias y extraordinarias que se llevarán a cabo una vez al año, realizándose la convocatoria por lo menos con siete días naturales de anticipación.” ³¹ “...en caso de no asistir el mínimo de socios en primera convocatoria, se convocará por segunda vez en un plazo de cinco días mínimos de anticipación, realizándose con el número de socios que concurren....”³²

b) El consejo de administración.

Es el órgano ejecutivo de la asamblea general, el cual tendrá la representación de la sociedad y la firma social. Los acuerdos que se adopten

³⁰ ZARKIN CORTÉS ,Sergio Salomón, Ob. Cit pág. 42

³¹ Ibídem págs. 42-43

³² Ídem

sobre la administración de la sociedad deberán ser tomados por mayoría de los miembros del consejo de administración; sobre los asuntos de menor trascendencia e importancia, serán realizados por los miembros del propio consejo, dentro de sus funciones y bajo su responsabilidad, rindiendo cuentas en la siguiente reunión de este.

“El consejo de vigilancia ejercerá la supervisión de todas las actividades de la sociedad, y tendrán el derecho de veto solo para el efecto de que el consejo de administración reconsidere sus resoluciones.”³³

El consejo de vigilancia estará integrado por un número impar de miembros no mayor de cinco, con igual número de suplentes; tratándose de sociedades que tengan un número inferior a 10 socios, bastará con la designación de un comisionado de vigilancia.

“Las bases constitutivas de las sociedades deberán contener la denominación y domicilio social; expresar el objeto social; las formas de constituir o incrementar el capital social, así como lo referente al fondo de reserva; la duración del ejercicio social, y el procedimiento para convocar a asambleas generales ordinarias. El procedimiento de admisión y exclusión, respecto de los socios, establecerá sus derechos y obligaciones así como sus regímenes de responsabilidad. A partir de la firma del acta constitutiva la cooperativa contará con personalidad jurídica y patrimonio propios.”³⁴

“Las sociedades cooperativas serán de capital variable; pudiendo adoptar el régimen de responsabilidad limitada o suplementada con una duración indefinida; su integración será con un mínimo de cinco socios; habrá igualdad esencial en derechos y obligaciones de sus socios, e igualdad de condiciones para sus mujeres.”³⁵

³³ CASTRILLÓN Y LUNA, Víctor M., Ob. cit. pág. 109

³⁴ *Ibidem* págs. 109-111

³⁵ *Ídem*

La inscripción de las sociedades cooperativas de participación estatal requiere que la autoridad correspondiente exprese el acuerdo con la sociedad, en el que se comprometa a dar en administración los elementos necesarios para la producción.

“Cuando se deseen modificar las bases constitutivas se deberá seguir el mismo procedimiento que señale la ley para el otorgamiento del acta constitutiva, debiéndose inscribir en el Registro Público de Comercio.”³⁶

El capital de las sociedades cooperativas se integrará con las aportaciones de los socios, que podrán ser en efectivo, bienes, derechos o trabajo, y estarán representados en certificados nominativos. “El socio podrá transmitir los derechos patrimoniales que amparen sus certificados de aportación a favor del beneficiario que designe en caso de muerte.”³⁷

A la constitución de la sociedad o a los ingresos del socio se deberán exhibir obligatoriamente cuando menos 10 por ciento del valor del certificado de participación.

“Los fondos sociales de reserva podrán constituirse y estarán integrados por 10 o 20 por ciento de los rendimientos de cada ejercicio social.”³⁸

Los fondos de previsión social se constituirán con las aportaciones anuales del porcentaje que sobre los ingresos sea determinado por la asamblea general.

El fondo de educación cooperativa estará constituido por el porcentaje que designe la asamblea general, el cual no podrá ser inferior al uno por ciento de los ingresos netos del mes.

³⁶ GARCÍA RENDÓN, Manuel.- Sociedades Mercantiles, Oxford, 2ª edición. México, 2005 pág. 55

³⁷ *Ibidem* pág. 56

³⁸ *Idem*

En las bases constitutivas de cada sociedad, así como en la ley de la materia, se establecen los derechos, obligaciones, aportaciones, causas de exclusión de socios y demás requisitos. A cada socio se le reconocerá un voto solamente, independientemente del monto de sus aportaciones.

En los casos de las sociedades de producción cuando se encuadren en algunos de los supuestos del artículo 65, podrán contar con personal asalariado, y cuando por necesidades de expansión se requiera admitir más socios, el consejo de administración deberá emitir convocatoria, en la que se dará preferencia a los trabajadores de la sociedad que reúnan determinados requisitos.

Las sociedades cooperativas se disolverán por la voluntad de las dos terceras partes de los socios; por la disminución de socios a menos de cinco; por la consumación del objeto social; porque el estado económico de la sociedad no permita seguir realizando sus actividades, y por la resolución ejecutoriada de los tribunales civiles del fuero local y federal.

El procedimiento de liquidación será tramitado ante los tribunales civiles del orden común o federal, según sea el caso, los que, en caso de quiebra, aplicarán lo relativo a la liquidación de las sociedades mercantiles.

Los organismos cooperativos estarán integrados por las uniones, federaciones y confederaciones que integren las sociedades cooperativas, y formarán parte del movimiento cooperativo nacional.

El objetivo principal de la sociedad cooperativa consiste en diseñar y poner en operación estratégica de integración de sus actividades y procesos productivos, con el fin de acceder a las ventajas de las economías de escala; abatir costos; incidir en precios; estructurar y crear cadenas de producción y comercialización,

así como cualquier actividad que propicie una mayor capacidad productiva y competitiva de los organismos cooperativos.

SOCIEDAD ANÓNIMA.

a) Definición.

La Sociedad Anónima es aquella que existe bajo una denominación formada libremente, y en la cual los socios responden de manera limitada hasta por el monto de sus acciones y el pago de las mismas. La denominación deberá ir seguida de las siglas "S.A."

La Sociedad Anónima ha venido fungiendo como piedra angular en el desarrollo económico de la mayoría de los países. A través de ella se han llevado a cabo grandes proyectos, tanto en el terreno de la ciencia y la tecnología como en el comercio. "Ha sido por tradición la organización jurídica del sistema capitalista."³⁹

En México este tipo de sociedades es la más utilizada dentro de los campos del comercio, la industria, la banca, los seguros, las fianzas, la navegación, y aún por la administración pública paraestatal. "Sus características sobresalientes, como la responsabilidad de los socios al pago de sus acciones exclusivamente y la representación social en estos títulos, que facilitan la división del mismo, unidas a la flexibilidad y libertad de acción en el desarrollo de los objetivos propuestos, justifican la preferencia al público por este tipo de sociedad mercantil."⁴⁰

b) Requisitos de constitución.

Para la S.A. se establece una denominación distinta de cualquier otra sociedad; dos socios como mínimo, que cada uno suscriba una acción. El capital

³⁹ PEREDO RIVERA Almicar, Competencia Económica, Porrúa, México, 2004, pág. 91

⁴⁰ ZARKIN CORTÉS, Sergio Salomón, Ob. Cit. pág. 137

social no debe ser menor a cincuenta mil pesos íntegramente suscritos. Sin que sea aplicable a las Sociedades Anónimas existentes hasta el once de junio de mil novecientos noventa y dos, fecha de la reforma, del cual veinte por ciento del valor de cada acción pagadera en numerario debe mostrarse en efectivo, así como exhibirse íntegramente el valor de cada una de las acciones que haya de pagarse con bienes distinto del numerario.

c) Requisitos de la escritura constitutiva.

“Independientemente de los requisitos comunes exigidos a toda escritura constitutiva de sociedades mercantiles, la de la Sociedad Anónima deberá contener la parte exhibida del capital social, así como el número, valor nominal y naturaleza de las acciones; la participación de las utilidades concedidas a los fundadores; el nombramiento de los comisarios, así como las funciones y condiciones para la validez de los acuerdos de la asamblea general.”⁴¹

d) Procedimiento de constitución.

La ley contempla fundamentalmente dos procedimientos de constitución de la Sociedad Anónima. Uno, ante fe pública del notario público, es decir, la constitución simultánea u ordinaria, y el otro, por suscripción pública o constitución sucesiva.

e) Suscripción pública o constitución sucesiva

“Aún cuando la Ley General de Sociedades Mercantiles hace referencia a la suscripción pública o constitución sucesiva para la sociedad anónima, en la práctica no ha sido muy utilizado, ya que se ha preferido acudir a la constitución

⁴¹ BIBLIOTECA BASICA DE PRACTICA PROCESAL FISCAL, *Tecnologías y Recursos Legales*, CD, México, 2008

simultánea por la agilidad que ésta representa. Sin embargo, dado que el derecho mercantil positivo vigente lo contempla, se hace referencia a ello.”⁴²

f) Características fundamentales de la constitución por suscripción de la S.A.

Dentro de las características fundamentales de la constitución o suscripción de la Sociedad Anónima se encuentran los fundadores, que son las personas que se encargan de la organización de la futura sociedad, independientemente de si van a ser socios o solo fundadores.

Redactarán y depositarán en el Registro Público de Comercio el programa que contiene el proyecto de estatutos de acuerdo con la ley, salvo el señalamiento de los nombres, nacionalidad y domicilio de las personas físicas o morales y la determinación de lo que cada socio aportará en dinero u otros bienes que para ese momento se desconoce.

g) Denominación.

La denominación de la S.A. deberá ser distinta de la de cualquier otra sociedad y se formará libremente, debiendo agregar su abreviatura "S.A.", "Sociedad Anónima".

h) Acciones.

“En lo que respecta a las acciones de este tipo de sociedad todas deberán quedar suscritas en el término de un año; vencido este plazo o el convencional, y no habiéndose suscrito íntegramente las acciones, los firmantes quedarán desligados y podrán retirar las cantidades que hubieren depositado.”⁴³

⁴² VISOSO DEL VALLE, Francisco José, Sociedad Anónima en la Ley General de Sociedades Mercantiles, Porrúa, México, 2007 págs. 6-8

⁴³ BIBLIOTECA BASICA DE PRÁCTICA PROCESAL FISCAL, CD.

i) Asamblea General Constitutiva.

“Una vez que han sido suscritas todas las acciones, los fundadores convocarán a la asamblea general constitutiva, y una vez aprobada en la misma la constitución de la sociedad, se procederá a la protocolización del acta, así como de sus estatutos. Dicha asamblea sesionará para deliberar sobre el avalúo de los distintos bienes, y la participación de los fundadores, y hacer el nombramiento de administradores y comisarios.”⁴⁴

j) Limitaciones a los fundadores.

Los fundadores de la sociedad no podrán realizar operaciones distintas de las necesarias para su constitución, las que hicieran serán nulas sino cuentan con la aprobación de la asamblea; además, no podrán establecer a su favor ningún beneficio que menoscabe el capital social.

k) Bonos de fundador.

“La ley autoriza la expedición de los "bonos de fundador" en los que se concede una participación en las utilidades sin que estas se excedan del 10%, ni que comprendan un periodo mayor a partir de la constitución de la sociedad, condicionándose, además, a que previamente se otorgue a los socios 5% del capital exhibido de sus acciones.”⁴⁵

El órgano administrador puede nombrar y remover a las demás personas que vayan a desempeñarse dentro de la sociedad.

⁴⁴ *Ibidem*, CD

⁴⁵ *Ídem*

La asamblea general de socios tiene facultades para designar al órgano de administración y determinar las facultades legales de su competencia, mismas que pueden ser ejercidas por la persona física o por el órgano colegiado que la integran.

“El órgano de administración se encuentra subordinado a la junta o la asamblea general de socios; sin embargo, en el marco de facultades que le concede al órgano de administración la asamblea general de socios, éste puede designar a las demás personas que colaborarán con él en el desempeño de las funciones para lograr el objeto de la sociedad; así como para removerlos y exigirles responsabilidades por el cumplimiento de sus deberes o la violación de sus facultades.”⁴⁶

La responsabilidad de los administradores, al igual que del administrador único, deriva del mandato que le otorga la asamblea general de socios, de los estatutos y de la ley. Los administradores son solidariamente responsables con quienes hayan cometido irregularidades en la sociedad, si no lo hubieren hecho del conocimiento respectivo de los comisarios.

Por otro lado, cuando haya revocación de administradores, seguirán actuando como tales los restantes del quórum estatutario; en caso contrario, los comisarios ejercerán el cargo con carácter provisional. Quienes hayan sido removidos por causa de responsabilidad, solo podrán ser nombrados si la autoridad judicial declara infundada la acción ejercitada en su contra. “Los accionistas que representen el 33% del capital social, podrán ejercer acción de responsabilidad contra los administradores, siempre y cuando lo hagan en nombre de la sociedad y no en nombre propio; además de que hayan votado en contra de la resolución tomada en asamblea producto de la responsabilidad.”⁴⁷

⁴⁶ GARCÍA RENDÓN, Manuel.- Sociedades Mercantiles , 2ª edición, Oxford, México, 2005 pág. 57

⁴⁷ PERDOMO MORENO, Abraham, Contabilidad de Sociedades Mercantiles, 14ª Edición, Cengage Learning, México 2007 pág. 300.

Los administradores presentarán anualmente a la asamblea de socios un informe en el que se den a conocer las políticas y criterios contables, así como la situación financiera de la sociedad durante el ejercicio; dicho informe será puesto a disposición de los accionistas, por lo menos quince días antes de la celebración de la asamblea general.

La falta de presentación del informe en comento dará lugar a que la asamblea general de accionistas decreta la remoción de los administradores y comisarios.

Una vez que se han establecido las particularidades y características de los tipos de sociedades reconocidos por la Ley General de Sociedades Mercantiles, es posible distinguir la naturaleza de cada una de ellas, así como su respectiva regulación en el mencionado ordenamiento legal.

Órgano de vigilancia.

La vigilancia de la sociedad anónima recaerá sobre uno o varios comisarios, que pueden o no ser accionistas. Están impedidos para ser comisarios quienes tengan prohibido ejercer el comercio, los empleados de la sociedad y los familiares consanguíneos de los administradores.

Entre las principales funciones del comisario se encuentra la de cerciorarse del buen funcionamiento de la sociedad, del cumplimiento cabal de los administradores, rendir informe a la asamblea sobre el comportamiento del consejo de administración y asistir con voz, pero sin voto, tanto a las sesiones del consejo de administración como a la asamblea general de los socios.

Cualquier accionista podrá denunciar al comisario las irregularidades que estime pertinentes, y éste las hará constar en el informe anual a la asamblea.

Cuando por cualquier causa faltaren los comisarios, el consejo de administración, en el término de tres días convocará a asamblea para su designación; si no lo hiciere, cualquier accionista acudirá a la autoridad judicial para que haga la convocatoria respectiva, y en caso de que la asamblea no haga la designación de comisarios, el juez mismo los nombrará de oficio.

“En términos muy generales, la sociedad puede ser definida como una agrupación de personas, permanente o transitoria, voluntaria u obligatoria, la cual se organiza para aportar bienes o servicios destinados a la realización de un fin común, y a la que el derecho atribuye o niega personalidad jurídica.”⁴⁸

⁴⁸ RESÉNDIZ NÚÑEZ, Cuauhtémoc, DOMÍNGUEZ OROZCO Jaime, Sociedades y Asociaciones Civiles 2008 Régimen Jurídico Fiscal en ISR, IETU, IDE E IVA. Editorial Ediciones Fiscales ISEF, México, 2008, pág. 20

CAPÍTULO 3.

EL ESTADO Y SUS RELACIONES CONTRACTUALES CON LAS SOCIEDADES MERCANTILES.

3.1 El Estado como rector de la economía.

“El Estado es la organización política de un país, es decir, la estructura de poder que se asienta sobre un determinado territorio y población. Poder, territorio y pueblo o nación son, por consiguiente, los elementos que conforman el concepto de Estado, de tal manera que éste se identifica indistintamente con cada uno de aquellos.”¹

Concepción del Estado.

Para tratar el tema de la administración pública federal es necesario tener una ligera idea de cómo la doctrina jurídica concibe al Estado. De una manera general podemos decir que el Estado aparece como una sociedad políticamente organizada y dirigida por el poder soberano en un determinado territorio. La teoría tradicional ha sostenido que el Estado tiene como elementos esenciales para su formación: población, territorio y poder soberano.

Personalidad del Estado.

¹ www.bibliojuridicas.unam.mx 18 de febrero de 2009 16hrs.

Dado que no es nuestro propósito tratar extensivamente el tema del Estado sino el de la administración pública, es suficiente saber que el derecho positivo Mexicano reconoce la personalidad del Estado, pues a éste y a otras entidades, la Constitución Política del los Estados Unidos Mexicanos les otorga personalidad jurídica con derechos y obligaciones. La Suprema Corte de Justicia de la Nación, máxima autoridad del Supremo Poder Judicial Federal, en el decurso de su historia ha reconocido que el Estado Mexicano tiene una doble personalidad. En su obra de derecho administrativo, Gabino Fraga afirma que el Estado ostenta una personalidad única y que cuando se habla de la personalidad del Poder Ejecutivo, del Legislativo o del Judicial, se trata de la misma personalidad del Estado, pero manifestada en forma diferente.

Aunque la doctrina tradicional no reconoce que la administración pública federal tenga personalidad jurídica, la realidad ha demostrado la necesidad de que actúe con esa personalidad. La administración pública es una persona jurídica que comprende muchos órganos con personalidad. En México se reconoce personalidad no sólo a las Secretarías de Estado, Departamentos Administrativos y demás dependencias de la administración pública centralizada, sino además, a las entidades de la administración pública paraestatal.

La actividad del Estado.

“La actividad del Estado se origina en el conjunto de operaciones, tareas y facultades para actuar –jurídicas, materiales y técnicas-, que le corresponden como persona jurídica de derecho público y que realiza por medio de los órganos que integran la Administración Pública, tanto federal como local y municipal. Las actividades jurídicas del Estado están encaminadas a la creación y cumplimiento de la ley, las actividades materiales son simplemente desplazamientos de la voluntad y las actividades técnicas son las acciones y aptitudes subordinadas a

conocimientos técnicos, prácticos, instrumentales y científicos, necesarios para el ejercicio de una determinada actividad que capacitan al hombre para mejorar su bienestar.”²

El Estado es un producto social, una obra humana que se integra a lo largo de un proceso histórico, pletórico de luchas sociales y de intensa transformación de los grupos.

Fines del Estado.

La actividad general del Estado, es lo que debe hacerse de acuerdo con el orden jurídico imperante en un país.

“El Estado es una obra colectiva y artificial, creada para ordenar y servir a la sociedad. Su existencia se justifica por los fines que históricamente se le viene asignando. El Estado existe para realizar esos fines y se mantendrá en tanto se le encomienden esas metas. Con su fuerza irresistible, no puede prescindir de lo que es el alma de la organización política, su principio vital, su motor interno: el fin. Es la finalidad del Estado. Es la idea objetiva de un bien superior, que no puedan realizar las comunidades menores, la que aglutina las voluntades de los miembros de la sociedad para constituirse en Estado.”³

El Estado es el ordenamiento total, es un determinado territorio, y regulado por fines que son el resultado de un proceso histórico.

² DE LA GARZA, Sergio Francisco , Derecho financiero mexicano, 19ª ed., Porrúa, México, 2001, págs. 41-47

³ NAVA, NEGRETE, Alfonso. Derecho administrativo mexicano, 2ª ed., FCE ,México, 2001,pág. 119

La actividad del Estado, es decir, lo que el Estado debe hacer, se define por el conjunto de normas que crean órganos, fijan su funcionamiento y los fines que deben alcanzar. La exigencia lógica del Estado se precisa por los fines o propósitos que una sociedad organizada le ha venido señalando de acuerdo con su propia naturaleza.

El Estado, dice Maurice Hauriou, “no tiene el monopolio de lo que es público, ni de utilidad pública, ni del bien público, ni de los servicios públicos, de tal suerte que el desarrollo de la vida pública no significa necesariamente el desarrollo de la administración del Estado.”⁴

El Estado y el derecho son medios, organizaciones o instrumentos, hechos por los hombres y para los hombres. Para asegurar sus fines la sociedad crea o reconoce el poder del Estado y lo somete al derecho para hacerlo racional y lógico. “El Estado no es un organismo dotado de alma. Porque no hay otro espíritu que el de los propios seres humanos, ni hay otra voluntad que la voluntad de ellos. El Estado puede definirse como una institución creadora de instituciones.”⁵

Clasificación de la actividad del Estado.

Siguiendo el derrotero señalado por la doctrina, podemos mencionar las siguientes formas que asume la intervención estatal, en cumplimiento de las políticas económicas.

- Acción de ordenamiento. Alude al establecimiento del orden jurídico nacional, tanto federal como local.

⁴ HAORIOU, Maurice, La Teoría de la Institución y de la Fundación, Abeledo Perrot, México, 1968, pág. 60

⁵ RIVERA ESTRADA, Héctor, Teoría del Estado y Nociones Básicas, Porrúa, México, 2008, pág. 33

- Acción de regulación. El Estado influye activamente en el mercado con diversos instrumentos financieros.
- Acción de sustitución. El Estado protagonista del proceso económico o sea una participación directa en organizaciones que producen bienes y servicios en el mercado.
- Acción de orientación y coordinación. Plan Nacional de Desarrollo y Planes particulares y específicos de actividad económica. El Estado Rector de la Economía Nacional.

El Estado en su doble carácter de gobierno y administración concreta sus fines, cometidos o competencias en sus órganos jurídicos que forman una estructura especial.

Las funciones del Estado y los poderes públicos que le corresponden, son potestades constitucionales que dividen, lógica y políticamente, la acción del Estado con fines democráticos y técnicos y evitan la concentración de la fuerza estatal en una persona o entidad.

Dos aspectos del bien del Estado:

1. La existencia del Estado implica, a su vez, la defensa contra sus enemigos, que pueden existir en su interior o en el exterior.

2. La conservación del Estado supone el buen funcionamiento de su máquina administrativa, y supone, además, la existencia de una sana economía estatal.

La acción del Estado puede tener por objeto:

- La reglamentación, la vigilancia y el control de la actividad privada;

- La ayuda a la iniciativa privada y a las empresas privadas de interés colectivo;
- La creación y la gestión de servicios públicos; y
- La administración juzgando los conflictos, es decir, lo que se denomina el contencioso administrativo.

En el último tercio del siglo XX pueden identificarse fines fundamentales del Estado, en los cuales se pueden integrar la totalidad de sus actividades; en primer lugar, los fines de la política general y orden público; en segundo lugar, los fines de desarrollo económico; en tercer lugar, los fines del desarrollo social.

Las funciones del Estado.

Los fines del Estado constituyen direcciones, metas, propósitos o tendencias de carácter general que se reconocen al Estado para su justificación y que consagran en su legislación.

Las funciones del Estado son los medios o formas diversas que adopta el derecho para realizar los fines del Estado.

“El concepto de función, constituye la base de este desarrollo: "La misma etimología de la palabra función determina cumplidamente su concepto: proviene de "*Fungere*", que significa hacer, cumplir, ejercitar, que a su vez deriva de "*Finire*", por lo que dentro del campo de las relaciones jurídicas de cualquier clase que ellas sean, la función significará toda actuación por razón del fin jurídico en su doble esfera de privada y pública”.⁶

⁶ RIVERA ESTRADA, Héctor Ob. Cit. págs. 39-41

Las funciones del Estado tienen un apoyo lógico y jurídico. Por medio de los fines se reconocen las etapas para alcanzar una meta, por las funciones, se consagran procedimientos de la legislación que necesitan para su realización de las tres funciones esenciales del Estado.

La doctrina clásica y la legislación positiva han reconocido tres actividades esenciales del Estado para realizar los fines, resultado del principio lógico-jurídico de la división del trabajo aplicado a la teoría constitucional.

- La función legislativa, que es la función encaminada a establecer las normas jurídicas generales. El Estado moderno es el creador del orden jurídico nacional.
- La función administrativa, encaminada a regular la actividad concreta y tutelar del Estado, bajo el orden jurídico. La ley debe ser ejecutada particularizando su aplicación. En sentido moderno el Estado es el promotor del desarrollo económico y social de un país.
- La función jurisdiccional, que es la actividad del Estado encaminada a resolver las controversias, estatuir o declarar el derecho. La superioridad del Poder Judicial en la sociedad moderna, lo coloca como el órgano orientador de la vida jurídica nacional.

La actividad del Estado se expresa en nuestra constitución, artículo 49, en las tres funciones clásicas, cuyos respectivos órganos ejercitan partes del poder estatal, que es único, aunque las funciones son múltiples y constituyen la forma de ejercicio de las atribuciones.

En puridad a cada poder debería corresponder una función específica, es decir, al Poder Legislativo le corresponde la función legislativa, al Poder Ejecutivo la función Administrativa, y al Poder Judicial la función jurisdiccional.

Al Poder Ejecutivo además de la función administrativa, le corresponden otras actividades por ejemplo la facultad reglamentaria, que en un acto de naturaleza legislativa; las controversias en material fiscal, agraria, obrera, que son actos materialmente jurisdiccionales.

El Poder Judicial además de ejercer la función jurisdiccional realiza otros actos no propiamente de esa naturaleza, por ejemplo el nombramiento de su personal que es un acto administrativo.

El poder constituyente del Estado.

La función constituyente es la actividad fundamental del Estado, encaminada a la creación, adición o reforma de las normas constitucionales. Ella tiene por objeto la formulación de normas jurídicas generales, relativas a la organización y funcionamiento de los órganos supremos del poder público, sus modos de creación, sus relaciones y el régimen de garantías que protejan al ciudadano en contra de los abusos de las autoridades.

La actividad administrativa del Estado.

Los fines del Estado señalan los propósitos generales o metas por alcanzar que se incorporan a los textos constitucionales y desarrolla la legislación administrativa.

El poder del Estado, unitario y coactivo, desenvuelve su actividad por medio de las funciones del mismo.

Las funciones del Estado comprenden a la función legislativa que tiene como acto básico la ley, a la función administrativa, el acto administrativo y la función jurisdiccional a la sentencia.

Hablar de la política social de un gobierno, es referirse a los resultados de las acciones emprendidas para elevar los niveles de vida de las mayorías. La permanencia y agudización de la crisis económica, nos lleva a la necesidad de impulsar determinaciones profundas en todos los terrenos, tendientes a fortalecer a los sectores mayoritarios del país, tales como el obrero y el campesino, que cada día ven menguados sus ingresos reales.

La economía es aquella actividad humana que tiene que ver con la producción, distribución, abasto y consumo de los satisfactores del ser humano, entre los cuales está en primer lugar el alimento.

“Nuestra Constitución Política, modelo de muchas obras, una de las más avanzadas del mundo capitalista, le asigna al Estado, entre otros, el papel del rector de la economía. Si esa función tan importante del Estado la debe ejercer siempre en estos momentos de crisis, en que las mayorías se ven constantemente agredidas en sus intereses, y menguadas en las posibilidades de satisfacer sus necesidades aun las elementales, debe resaltarse e impulsarse con fuerza.”⁷

Uno de los grandes cuestionamientos de la ciencia económica es sí el Estado debe o no intervenir directamente en la actividad económica.

“Existen corrientes de pensamiento económico para las que el protagonismo del Estado es imprescindible, si bien, en el otro extremo, están presentes otra serie de escuelas que pregonan exactamente lo opuesto, motivo por el que históricamente la discusión se ha realizado entre estos dos extremos que hasta el momento parecen irreductibles; sin embargo la intervención del Estado tiene matices que es necesario aclarar. El meollo de la discusión normalmente se refiere a que el Estado compita directamente con el sector

⁷ PELLET LASTRA, Arturo, Teoría del Estado, EDC De Palma, México, 2003, pág. 63

privado a través de empresas paraestatales. Que el Estado sea el rector de la economía mediante los diversos instrumentos a su disposición y consecuentemente regular la actividad económica queda fuera de discusión.”⁸

De un somero análisis de las economías actuales emerge una verdad incuestionable: el Estado está presente en cada una de ellas, con la única diferencia del grado de participación. Ya no es privativa de los llamados países subdesarrollados la intervención del Estado en la economía, tal como sucedió hasta la década de los ochenta. Ahora el Estado está presente en todos los países del mundo con la idea de ayudar al mercado, en su eficiente asignación de bienes y servicios, a superar sus limitaciones en beneficio de la sociedad.

3.2. La Administración Pública.

“El contenido del Derecho Administrativo se ha desarrollado aceleradamente en México, obedece este fenómeno al cambio de actitud del Estado hacia tareas que le eran ajenas.

Conservar el orden y la seguridad interiores, promulgar la ley, reglamentarla y ejecutarla, nombrar a empleados y funcionarios civiles, disponer del ejército, administrar la hacienda pública y acuñar la moneda, fueron atribuciones de la competencia primigenia que al consumarse la Independencia se otorgó al Ejecutivo como titular de la administración pública.

La Constitución de 1917 abandonó el viejo esquema administrativo liberal de reglamentación, fomento y vigilancia de la actividad privada, para adoptar otro, de un incipiente intervencionismo que ha venido creciendo, y en el cual, la

⁸ GARCIA JUAREZ, Salustio, Profesor investigador, titular del área de economía UNAM, De Finanzas y Números UNAM, UNAM, México, 2007, pág. 4

administración pública no solo limita, sino que a veces substituye la acción de los particulares.

El desarrollo social, el económico y la ordenación territorial son actualmente, quehaceres indiscutibles de la actividad administrativa. Los nuevos cometidos del Estado han replanteado el papel y uso de las viejas formas y conceptos del derecho administrativo mexicano. A los reglamentos y decretos presidenciales, a las obras y servicios públicos, se agregan hoy los planes como instrumentos jurídicos a través de los cuales el Estado actualiza su función como planeador y director del desarrollo.

Sin ánimo de exhaustividad, es necesario describir las principales actividades de la administración pública federal refiriéndonos no sólo a las formas jurídicas a través de las que se desenvuelven, sino además, a la materia que contienen, para conocer así los alcances del objeto de regulación del derecho administrativo vigente.

I .- Facultad Reglamentaria.- No es delegable, y que en consecuencia, sólo puede ejercerla el presidente de la República.

II.- El Régimen Policía.- Regulación de la actividad privada orientada a la conservación del orden público y el ejercicio de facultades derivadas de esa reglamentación para limitar dicha actividad (Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos art 89 fracción I).

III.- Servicios públicos.- No existe una definición legislada sobre el mismo. La Suprema Corte, sin embargo, ha aportado un concepto jurisprudencial, del servicio público al afirmar que: “.....El estado para dar satisfacción en forma regular y continua a ciertas categorías de necesidades de interés general puede determinar qué actividades deben ser consideradas como un servicio público, y establecer, desde luego, un régimen jurídico especial que tenga por objeto el que

se satisfagan rápida y cumplidamente las necesidades la declaración del servicio público...”⁹

IV.- Obras publicas.- Pueden realizarse por administración directa (cuando la dependencia correspondiente las ejecuta con medios propios) o por contrato.

V.- Planeación Institucional.- Por la necesidad de intervenir en la vida económica una mejor distribución de recursos productivos, así se convierte en sistema obligatorio de la Administración pública”¹⁰

La administración pública se ha definido de la siguiente manera:

“La administración pública es la actividad administrativa que realiza el Estado para satisfacer sus fines a través del conjunto de organismos que componen la rama ejecutiva del gobierno y de los procedimientos que aquellos aplican, así como las funciones administrativas que llevan a cabo los otros órganos y organismos del Estado.”¹¹

Acosta Romero la define como:” Es la parte de los órganos del estado que dependen directa, o indirectamente del Poder ejecutivo, tiene a su cargo toda actividad estatal que no desarrollan los otros poderes (Legislativo y Judicial), su acción es continua y permanente, siempre persigue el interés público, adopta una forma de organización jerarquizada y cuenta con: a) elementos personales, b) elementos patrimoniales; c) estructura jurídica, y d) procedimientos técnicos.”¹²

Otra definición al respecto es la siguiente: “Por administración pública se entiende, generalmente, aquella parte del Poder Ejecutivo a cuyo cargo está la responsabilidad de desarrollar la función administrativa.”¹³

⁹ Apéndice de la Jurisprudencia 1917-1975. Jurisprudencia de la Segunda Sala. 3ª Parte. Tomo II. Jurisprudencia 418. pág. 694.

¹⁰ CHUAYFFET CHEMOR, Emilio, Derecho administrativo, 3ª Reimpresión, UNAM, México, 1998, pág. 12-63

¹¹ JIMÉNEZ CASTRO, Wilburg, Administración Pública para el Desarrollo Integral, 2ª Edición, Editorial Fondo de Cultura Económica, México 1974, pág. 182.

¹² ACOSTA ROMERO Miguel, Compendio de Derecho Administrativo, Parte General, 3ª Edición actualizada, Porrúa, México 2001, pág. 85

¹³ A-B, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Enciclopedia Jurídica Mexicana 2ª Edición, UNAM-Porrúa, México 2004 pág. 168

Una última definición al respecto es la siguiente: “Acción del gobierno al dictar y aplicar las disposiciones necesarias para el cumplimiento de las leyes y para conservación y fomento de los intereses públicos, y al resolver las reclamaciones a que dé lugar lo demandado.”¹⁴

“La administración pública tiene elementos no jurídicos que hay que tomar en cuenta, que es el carácter político y otro técnico, la administración se nos ofrece como la dirección y la gestión de los negocios estatales dentro del marco del Derecho y las exigencias de la técnica, es decir de las diversas disciplinas técnicas a que los agentes del Estado tienen que acudir para realizar sus postulados políticos.

La actividad del Estado que debe colocarse dentro del marco de la Administración Pública, se precisa para el tratamiento de los problemas jurídicos, cuando se reconoce su carácter complejo; la forma jurídica comparte la regulación que de esa zona realiza con los imperativos de la política y con las exigencias de la técnica.”¹⁵

Existe la necesidad de emplear técnicas más ágiles, que permiten corregir la lentitud de las normas de derecho administrativo, que afectan directamente a la administración pública.

La ocupación por la administración pública de técnicas de las empresas privadas, son fenómenos que se deben a la mutabilidad de las formas jurídicas a que se someten las nuevas tareas administrativas y así, al Estado, como sujeto de Derecho, pueden aplicarse toda clase de normas.

¹⁴ Diccionarios Jurídicos Temáticos, volumen 3, “Derecho Administrativo”, Harla, México 1997, pág. 7

¹⁵ CARRILLO FLORES Antonio, La Justicia Federal y la Administración Pública, 2ª Edición, Porrúa, México 1973, pág. 43.

La administración pública es un conjunto de medios de acción, esta actividad no puede confundirse con la actividad política, es decir es la acción operativa del Gobierno.

Los elementos de los cuales dispone la administración para lograr su finalidad son:

- a) Estructuras Gubernamentales.
- b) Procedimientos Administrativos.
- c) Instalaciones, materiales y equipos.
- d) Factor Humano.

a) Estructuras Gubernamentales. Para explicar por qué la Administración Pública es un conjunto de estructuras o de organizaciones suficiente revisar el Presupuesto de Egresos de la Federación (Publicado en el Diario Oficial de la Federación el 29 de Diciembre de 1997) y observar las numerosas dependencias a quienes se encarga la realización de los fines públicos.

b) Procedimientos Administrativos. Llamados también como camino legal para la realización de los actos administrativos por estas palabras procedimientos administrativos hay que entender no los actos cumplidos por la Administración Pública para lograr sus objetivos, sino las normas jurídicas a las cuales las actividades administrativas deben ajustarse, por la razón de las tareas de interés general que recibe la Administración Pública y por razón que ésta constituye el instrumento con que debe realizarse la política de gobierno, la Administración Pública puede y debe emplear procedimientos que le sean propios y muchas veces totalmente distintos de los procedimientos inherentes al Derecho Público.

La tendencia moderna va desarrollando un nuevo Derecho Administrativo, se empieza a experimentar la necesidad de regular sus servicios públicos de conformidad con normas específicas, muy distintas de las que regulan las actividades privadas.

- c) Instalaciones, materiales, y equipos. Los procedimientos mecánicos y científicos que se han desarrollado extraordinariamente en algunos países, simplificando las labores administrativas y haciendo más eficiente el servicio, además, las actividades del Estado tienden a experimentar los mismos métodos y experiencias de la iniciativa privada, por ejemplo, el Empleo de computadoras para facilitar la actividad de la administración.

- d) Factor Humano. Este factor es uno de los más importantes dentro de la Administración Pública, la estructura, los procedimientos, las instalaciones materiales, todo a pesar de ser importante no es sino un conjunto de herramientas, que no tendrían importancia sin los hombres encargados de aplicarlas. El valor y la eficiencia de los servicios públicos dependen principalmente en todos los campos de la capacidad técnica y de la conciencia profesional de los empleados públicos. La verdadera administración, la administración concreta se hace de los hombres.

“Uno de los inexcusables fines de cualquier administración es el mantenimiento de la seguridad social. Se ha dicho que el Estado asume un papel redentor en la sociedad. El Estado tiene como finalidad el de proporcionar un mínimo decoroso a todos los ciudadanos”.¹⁶ Es decir una seguridad social, naciendo una necesidad de mantenimiento del orden público, para garantizar al ser humano las condiciones mínimas de su existencia.

¹⁶GARCIA JUAREZ, Salustio, Profesor investigador, titular del área de economía UNAM, De Finanzas y Números UNAM, UNAM, México, 2007, págs. 4-6

Los objetivos de la Administración Pública.- Unos son provecho directo de la colectividad, cómo la atención de los servicios públicos, la policía, la defensa, etc. En tanto que otros se refieren al uso interno o propio de la administración como el manejo del personal administrativo, la contabilidad, la planeación presupuestal, la documentación y otras análogas.

La doctrina administrativa reconoce diversos objetivos esenciales de la Administración Pública, que se refiere a los conceptos siguientes:

“a) Funcionamiento técnico de las entidades públicas, es decir, cuales son las estructuras gubernamentales que permiten la realización de los fines públicos. Cada día son más complejos los cuadros de organización de la Administración Pública y su influencia es necesaria para el mantenimiento y desarrollo de las grandes entidades laborales, culturales, comerciales e industriales del mundo moderno.

b) Determinación del comportamiento de los agentes de la administración, la psicología de la conducta administrativa nos permite reconocer y remediar la actuación regular o irregular de los funcionarios y empleados al servicio del Estado.

c) El presupuesto como programa de la Administración, ha llegado a adquirir una influencia decisiva, tanto en la determinación de su contenido, como en las actividades concretas del gobierno, para ser eficaces y proporcionar al público un servicio adecuado.

d) La responsabilidad social de gobernantes y gobernados, para lograr como aspiración ideal, la integración y actuación de un todo orgánico, basado en deberes y obligaciones, coordinados y ordenados en propósito de la elevada conveniencia. El campo de las relaciones públicas ha

adquirido una importancia definitiva para la debida comprensión de la acción estatal, tal igualmente necesaria en las actividades privadas para un entendimiento claro y comprensivo entre las empresas, sus clientes y sus trabajadores.

- e) precisar la importancia del administrador en sus relaciones con los órganos que tienen a su cargo la fijación de la política general del país.”¹⁷

3.2.1 De las licitaciones públicas

La oferta pública abierta es uno de los procedimientos observados para las contrataciones del Estado y otros entes públicos. Es un procedimiento de selección del co-contratante, que sobre la base de una previa justificación de la idoneidad ética, técnica y financiera de los intervinientes, tiende a establecer la mejor oferta, el precio más conveniente, para la adquisición o enajenación de bienes, prestación de servicios o ejecución de obras.

Las fuentes del procedimiento de la licitación pública en el orden nacional, se hallan en la Ley de Obras Públicas (LOP), en el título tercero De la Licitación Pública y los Contratos, Capítulo I al título IV De las excepciones de las licitaciones públicas.

“No se exige la licitación pública para una clase determinada de contratos, ni la licitación privada o la contratación directa, etc., para tal otro grupo o tipo de contrato, sino que en principio todos los contratos de la administración pueden perfeccionarse por cualquiera de los procedimientos. Solo en principio, puesto que el ordenamiento jurídico exige determinados procedimientos para ciertos

¹⁷ Ob. Cit. Pág 4-6

contratos; y si, por ejemplo, en la obra pública se utiliza el procedimiento licitatorio, en el empleo público el concurso y, en la venta de bienes el remate público.”¹⁸

El procedimiento de la licitación pública se utiliza perfectamente en los contratos de obra pública, concesión de obra pública y suministro y con menor frecuencia o mas excepcionalmente, en la concesión de servicios públicos, pues en este contrato no siempre resulta adecuado el procedimiento dado el papel fundamental que desempeña la persona del concesionario.

Ventajas.

El procedimiento de la licitación pública ofrece una serie de ventajas de orden técnico, económico, ético y político, en un todo de acuerdo con el principio de legalidad que debe imperar en el obrar estatal.

“Así, con relación al Estado, el procedimiento materializa una acción moralizadora en lo que a contrataciones estatales se refiere, por cuanto en principio evita conveniencias dolosas y promueve la acción de control y la fiscalización que sobre la actividad administrativa ejercen los mismos particulares, licitadores en el caso, quienes cuentan con los remedios procesales idóneos para impugnar el ilegítimo proceder estatal.”¹⁹

Además, por este procedimiento, la administración tiene mayores posibilidades de acierto en cuanto al cumplimiento y ejecución del contrato, calidad de la prestación, mayor capacidad técnica y financiera de los co-contratantes, etc. Por otro lado, ofrece conveniencias económicas, dada la concurrencia y oposición entre los oferentes, que fijan por obtener la adjudicación y en ofrecer el precio más ventajoso para el licitante.

¹⁸ GONZALEZ SANDOVAL, Rodrigo, *Licitación pública y el Contrato administrativo*, aplicación, Porrúa, México 2008, pág. 26

¹⁹ FLORES ZAVALA, Ernesto, *Elementos de finanzas públicas mexicanas, Los impuestos*, 33ª Edición., Porrúa, México, 2001, pág. 81

Inconvenientes.

Por lo que se refiere a las dificultades del procedimiento licitatorio pueden señalarse las siguientes:

- No siempre se consigue el precio más bajo sino que puede producirse un alza de las cotizaciones al conocerse las urgencias necesidades de la administración.
- La eventual lentitud en los trámites resulta perjudicial para el interés público, todo vez que la administración se pierde "ofertas de ocasiones" sumamente ventajosas, que no se pueden aceptar en razón de que no es posible satisfacer la prontitud que el proponente suele requerir, debido a la burocrática ejecución del procedimiento.

3.2.2 Antecedentes.

Reseña histórica.

La puja u oposición competitiva de ofertas, como técnica público-contractual, es conocida y usada desde antiguo. Ya en el derecho romano se utilizaba, por regla general, el procedimiento de la licitación pública en las contrataciones del Estado.

“Desde las primeras épocas el botín obtenido en la guerra era vendido públicamente a los mejores oferentes, y en el lugar donde iba a verificarse la venta se plantaba en "asta", arma de guerrera y a la vez la insignia real. De ahí deriva el

término subasta con que muchos países se designa el procedimiento de la licitación.”²⁰

Posteriormente, con el código de Justiniano, se generalizó la venta en "asta pública", debiendo efectuarse así todas las ventas de bienes fiscales. Después el procedimiento se hizo también aplicable a los contratos de obras públicas; el censor, que era el encargado de dirigir la contratación de las obras públicas, era quien preparaba la " fórmula del contrato" (*lex censoria*), o sea el equivalente a nuestros pliegos de condiciones, a tenor de la cual se verificaba la subasta pública (*licitatio*), la cual se adjudicaba a quien pedía la suma menor.

Se dice que la primera licitación pública en México, se efectuó en 1767, en la época del Virrey Carlos Francisco de Croix (1766-1771), con la ejecución de la obra pública del desagüe de la Ciudad de México, en virtud del problema que había sido el principal desde la época prehispánica, referentemente a las inundaciones que sufría la gran capital en la época de lluvias.

El 25 de junio de 1856 Ignacio Comonfort, expidió el Decreto sobre Desamortización de Fincas Rústicas y Urbanas que Administren como propietarios las corporaciones civiles o eclesiásticas de la República, y en la cual se señalaba la figura del mejor postor para la adjudicación de este tipo de bienes.

En el siglo XIX se empezó a utilizar la licitación, en aquel entonces llamada remate o subasta, para la adjudicación de las obras públicas, la figura jurídica que más se usó fue la concesión, ya que la generalidad de la concesión indica que deben excluirse los monopolios y privilegios, y que deben comprenderse todas las fábricas e industrias de que se trate.

²⁰ GONZALEZ DE COSÍO, Francisco, citado. por. López Elías, José Pedro, Aspectos Jurídicos de la Licitación Pública en México, Editorial UNAM, México, 1999, pág. 30

El antecedente más moderno de los contratos administrativos, y en especial de la licitación pública, la encontramos en la propia Constitución de 1917, en el artículo 134, el cual no se encontraba en el proyecto de constitución de Venustiano Carranza, sino que en el Congreso Constituyente, la Comisión de constitución, integrada por los diputados Paulino Machorro Narváez, Heriberto Jara, Arturo Méndez e Hilario Medina decidió presentar la propuesta al pleno, de adición de un artículo que sería el 134 y que tras breve discusión el 27 de enero de 1917 fue aprobado con el siguiente texto: “Todos los contratos que el gobierno tenga que celebrar para la ejecución de obras públicas, serán adjudicados en subasta, mediante convocatoria, y para que se presenten proposiciones en sobre cerrado, que será abierto en junta pública.”²¹

Antecedentes legislativos nacionales.

Así encontramos que, se usó la concesión como figura para adjudicar obras públicas, en especial la de construcción de caminos; con esa finalidad, el gobierno y el Congreso expidieron una serie de disposiciones relativas a la materia como:

- Decreto de 9 de octubre de 1826, autorizando al gobierno para que contrate la apertura y arreglo de los caminos nacionales.
- Ley de 29 de marzo de 1834, que fija las reglas generales a que debe sujetarse el gobierno, para la apertura de esos caminos.
- Ley de 11 de septiembre de 1827. Sobre junta de peajes en los caminos existentes entonces y que administraba el Consulado de México.
- Ley de 25 de marzo de 1835, que aclara la de 29 de marzo de 1834 en el sentido de su no retroactividad.

²¹ www.bibliojuridica.org/libros/libro.htm?l=8 de marzo de 2009 21 hrs.

- Decreto de Santa Anna de 24 de septiembre de 1843 que da reglas generales sobre caminos. A decir de Trejos Lerdo de Tejada, ésta fue la primera Ley de carácter genérico que se dictó sobre vías de comunicación.
- La Constitución Política de 1857 en su artículo 72 fracción XXII, determinó que es facultad expresa del Congreso de la Unión dictar leyes sobre vías generales de comunicación y sobre postas y correos.
- Ley del 1º de marzo, sobre formación de cartas interinas.
- Decreto de 17 de marzo de 1861 sobre conservación de caminos y penas que deben imponerse a los que los deterioren.
- Ley de 16 de diciembre de 1881, sobre reglamentación de ferrocarriles, telégrafos y teléfonos y su reglamento de 1º de julio de 1883.
- El 25 de abril de 1893, Porfirio Díaz publicó la Ley de la Renta Federal del Timbre, que tenía como propósito entre otros, exentar del pago de impuesto del timbre a los contratos celebrados oficialmente entre autoridades o corporaciones oficiales.

3.2.3 Concepto de licitación.

“Acción y efecto de licitar, de ofrecer precio o almoneda.”²² Tiene importancia en Derecho Administrativo, ya que los contratos con particulares sobre suministros, ejecución de obras, tienen que hacerse por éste procedimiento de adjudicación, de acuerdo con un pliego de condiciones, al licitante que ofrezca mejor precio y mayores ventajas.

Es indispensable determinar qué entendemos por licitación, así tenemos que de acuerdo al Diccionario de la Lengua Española licitación deviene de licitar; y

²² ORIZABA MONROY, Salvador, Diccionario Jurídico El ABC del Derecho. Términos Jurídicos, SISTA, México 2007, pág. 202

esta a su vez se determina como: ofrecer precio por una cosa en subasta o almoneda; vender en pública subasta.

Rafael de Pina define a la licitación como: “Puja// Subasta”.²³

Otra propuesta es la que nos da Jorge Fernández Ruiz, al manifestar: “La palabra licitación significa acción de poner en precio, de pujar en subasta, de luchar de contener. Licitación significa acción de poner en precio por una cosa en subasta o almoneda.”²⁴

Al respecto, también se ha manifestado que la palabra *licitación*, ha sido usada de manera confusa en nuestra legislación, puesto que para referirse ha ella se usan sinónimos las de “concurso o subasta” las cuales resultan impropias desde el punto de vista jurídico, en cuanto que para el Derecho tales términos tienen una concepción diferente.

3.2.3 Concepto de licitación pública.

“Licitación pública es un procedimiento administrativo por el cual la Administración invita a los interesados a que, sujetándose a las bases fijadas en el pliego de condiciones, formulen propuestas de las cuales se seleccionará y aceptará (adjudicación) la más ventajosa, o conveniente.”²⁵

“Es un procedimiento de selección del contratista de la Administración Pública que, sobre la base de una previa justificación de idoneidad moral, técnica

²³

²⁴ Nuevo Diccionario Jurídico Mexicano Tomo I, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Porrúa y UNAM, México 2001 pág. 2418.

²⁵ www.juridicostemas/licitaciones/index.php 10 de marzo de 2009, 19:50 hrs.

y financiera, tiende a establecer qué persona es la que ofrece el precio más conveniente o la mejor oferta.”²⁶

Técnicamente, la licitación pública es "un procedimiento administrativo de preparación de la voluntad contractual, por el que un ente público en ejercicio de la función administrativa invita a los interesados para que, sujetándose a las bases fijadas en el pliego de condiciones, formulen propuestas de entre las cuales seleccionará la más conveniente.”²⁷

* Es un procedimiento administrativo:

La licitación pública es un conjunto de actos; un procedimiento, integrado, en suma, por actos y hechos de la Administración y actos y hechos del oferente, todos concurrentes a formar la voluntad contractual. Es un periodo que precede procesalmente al contrato.

* Preparatorio de la voluntad contractual:

Versa sobre las reglas y principios jurídicos que rigen la preparación y ejecución de la voluntad contractual.

* Por el que un ente público en ejercicio de la función administrativa.

Debemos excluir a los entes o sujetos del derecho privado, dado que estos no ejercen función administrativa, por ello el licitante es siempre ente público. Ese ente público puede ser estatal o no estatal; lo que interesa es que en el caso ejerza función administrativa.

²⁶ INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURIDICAS, Diccionario Jurídico Mexicano, Tomo I, Porrúa/UNAM, México 2007 pág. 221.

²⁷ MARTINEZ MORALES, Rafael, Diccionario Jurídico General, IURE EDRS, México 2000, pág. 631

* Invita a los interesados.

La invitación a los interesados, oferentes, se traduce en un acto administrativo concreto de llamado a licitación, emitido por el órgano competente del ente público estatal o no estatal de que se trate. Es un pedido de ofertas, una invitación *ad offerendum*, que debe ser enunciado en la forma que el derecho positivo lo determina, por vía de la publicación como instrumento técnico para promover la concurrencia.

* Para que sujetándose a las bases fijadas en el pliego de condiciones

El pliego, como conjunto de disposiciones redactadas unilateralmente por el licitante, es el que regula el trámite, mecanismo y formalidades del procedimiento de preparación y ejecución ulterior del contrato. En sus cláusulas generales y especiales se particulariza sobre el objeto, obra o servicio que se licita, las condiciones de la contratación, su preparación y la ulterior ejecución; es el cuerpo jurídico normativo regulador del procedimiento de licitación pública.

* Formulen propuestas.

Como consecuencia del llamado a licitación, los interesados, "proponentes, ofertantes, licitadores", presentarán sus ofertas o propuestas. Para ser licitador es necesario cumplimentar condiciones subjetivas, como la inscripción en los registros especiales, salvo los casos de excepción autorizados por el ordenamiento jurídico, a efecto de acreditar así la idoneidad jurídica, financiera y técnica para contratar. También deben constituir una garantía de oferta o "garantía precontractual" de mantenimiento de propuesta.

* De entre las cuales el licitante seleccionará y aceptará la más conveniente.

Conforme a un orden de méritos, en razón de la conveniencia de las ofertas, emitido por un cuerpo u órgano consultivo. La adjudicación supone ya el acto decisonal de seleccionar la mejor oferta, a los efectos de perfeccionar

después el contrato con su proponente, por alguno de los procedimientos que prevé el ordenamiento jurídico, y de acuerdo con la clase de contrato de que se trate: notificación de la adjudicación, aprobación por órgano superior, formalización escrita, etc.

Como consecuencia de lo expuesto, podemos afirmar que la licitación no es un contrato, ni tampoco un acto, sino "un conjunto de actos"; en suma, "un procedimiento administrativo" relacionado con la formación del vínculo jurídico, con la forma de celebrar los contratos.

3.3 Tipos de licitación pública.

“La licitación es un procedimiento formal y competitivo de adquisiciones, mediante el cual se solicitan, reciben y evalúan ofertas para la adquisición de bienes, obras o servicios y se adjudica el contrato correspondiente al licitador que ofrezca la propuesta más ventajosa.

La licitación puede ser:

A) Pública.- “La licitación pública constituye un procedimiento que la administración pública debe observar para seleccionar a sus co-contratantes, salvo las excepciones establecidas en la Ley, y que consisten en una invitación dirigida a todos los posibles interesados para que, sujetándose a las bases establecidas, presenten sus ofertas para seleccionar la más conveniente.”²⁸

²⁸ LUCERO ESPINOSA, Manuel, La licitación pública, 2ª Edición actualizada, Porrúa, México 2002, pág. 17

- a) Internacional.
- b) Restringida al ámbito local.

B) Privada.- Consiste en un procedimiento cerrado a través del cual se invita a personas físicas o jurídicas determinadas para que presenten sus ofertas ante el órgano convocante, de las cuales se elegirá la más conveniente para el Estado.

La práctica ha demostrado que el procedimiento para adquisición de bienes, obras y servicios conexos que mejor garantiza al sector público los principios de economía, eficiencia y transparencia es el de licitación pública internacional.”²⁹

En nuestro sistema jurídico no se alude a los tipos de licitación en la forma señalada, ya que desde la base Constitucional del artículo 134 hasta las disposiciones normativas establecidas en las diferentes leyes que regulan los sistemas de selección del con-contratante de la administración pública, como es la Ley de Obras Públicas en la que sólo se hace alusión a la licitación pública pero no a la privada.

3.3.1 Marco jurídico.

Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos

La base de la celebración de las licitaciones públicas desde el punto de vista constitucional, es el artículo 134, que a la letra dice:

“Los recursos económicos de que dispongan la federación, los estados, los municipios, el distrito federal y los órganos político-administrativos de sus demarcaciones territoriales, se administraran con eficiencia, eficacia, economía, transparencia y honradez para satisfacer los objetivos a los que estén destinados.

²⁹ www.funcionpublica.gob.mx 11 de marzo de 2009 20:00 hrs

(reformado mediante decreto publicado en el diario oficial de la federación el 07 de mayo de 2008)

Las adquisiciones, arrendamientos y enajenaciones de todo tipo de bienes, prestación de servicios de cualquier naturaleza y la contratación de obra que realicen, se adjudicarán o llevarán a cabo a través de licitaciones públicas mediante convocatoria pública para que libremente se presenten proposiciones solventes en sobre cerrado, que será abierto públicamente, a fin de asegurar al Estado la mejores condiciones disponibles en cuanto a precio, calidad, financiamiento, oportunidad y demás circunstancias pertinentes.

Cuando las licitaciones a que se hace referencia el párrafo anterior no serán idóneas para asegurar dichas condiciones, las leyes establecerán las bases, procedimientos, reglas, requisitos y demás elementos para acreditar la economía, eficacia, eficiencia, imparcialidad y honradez que aseguren las mejores condiciones para el Estado.

El manejo de los recursos económicos federales se sujetarán a las bases de este artículo.

Los servidores públicos serán responsables del cumplimiento de éstas bases en los términos del Título Cuarto de ésta Constitución.”

Así, el artículo 134 de la Constitución establece el marco jurídico de los contratos de obra pública señalando que debe tenerse en cuenta que los contratos deben ser otorgados a personas físicas o morales que garanticen, eficiencia, solvencia y honestidad en el cumplimiento del contrato administrativo.

Ley de Adquisiciones, Arrendamientos y Servicios del Sector Público y su Reglamento.

Esta ley es de orden público y tiene por objeto regular las acciones relativas a la planeación programación, presupuestación, contratación, y control de las adquisiciones y arrendamientos de bienes inmuebles y la prestación de servicios de cualquier naturaleza que realicen:

1. Las unidades administrativas de la Presidencia de la República.
2. Las Secretarías de Estado, Departamentos administrativos y la Consejería Jurídica del Ejecutivo Federal.
3. La Procuraduría General de la República.
4. Los organismos descentralizados.
5. Las empresas de participación estatal mayoritaria y los fideicomisos públicos.
6. Las entidades federativas, con cargo total o parcial a fondos federales, conforme a los convenios que celebren con el Ejecutivo Federal, con la participación que, en su caso, corresponda a los municipios interesados.

Ley de Obras Públicas y Servicios Relacionados con las mismas, y su Reglamento.

Esta Ley es de orden público y tiene por objeto regular las acciones relativas a la planeación, programación, presupuestación, contratación, gasto, ejecución y control de las obras públicas. Así como de los servicios relacionados con las mismas que realicen:

1. Las unidades administrativas de la Presidencia de la República.
2. Las Secretarías de Estado, Departamentos administrativos y la Consejería Jurídica del Ejecutivo Federal.
3. La Procuraduría General de la República.
4. Los organismos descentralizados.
5. Las empresas de participación estatal mayoritaria y los fideicomisos públicos.

6. Las entidades federativas, con cargo total o parcial a fondos federales, conforme a los convenios que celebren con el Ejecutivo Federal, con la participación que, en su caso, corresponda a los municipios interesados.

Contrato administrativo.

El concepto contrato proviene del latín *contrahere*, que significa reunir, concentrar, contraer, ligar, lo que supone el acuerdo de voluntades entre dos o más partes, para alcanzar una determinada prestación, generadora de ciertos derechos y obligaciones, debido al reconocimiento de una norma jurídica expresa.

Esta definición legal la encontramos en el Código Civil Federal, en el artículo 1793, en estos términos: "Los convenios que producen o transfieren las obligaciones y derechos toman el nombre de contratos".

El contrato como institución jurídica se califica de administrativo, cuando la administración pública no se coloca en un plano de igualdad con su contratante, sino que se irroga ciertas facultades, conocidas como cláusulas exorbitantes al Derecho Común, sujetos a una regulación jurídica de derecho público.

Los contratos del Estado, "contratos de la administración o contratos administrativos", están regidos predominantemente por el derecho público.

La actividad de la administración pública puede exteriorizarse a través de los contratos administrativos, éstos últimos se caracterizan por contener una declaración de voluntad que produce efectos jurídicos individuales, de manera directa e inmediata entre la administración pública y su contratante.

Contrato administrativo es el “que celebra la administración pública con los particulares con el objeto directo de satisfacer un interés general cuya gestión y ejecución se rigen por procedimientos de derecho público.”³⁰

Se define también al contrato administrativo como: “una declaración o acuerdo bilateral de voluntades, celebrado por la administración pública con una persona física o jurídica, que produce derechos y obligaciones, y que tiene como finalidad satisfacer el interés general o público, encontrándose regulado por el derecho público.”³¹

El contrato administrativo o contrato de la administración tiene elementos comunes al contrato de derecho privado pero con variantes que dependen de su contenido, de su fin, de los distintos intereses que afecta y de su régimen jurídico propio. En los contratos administrativos se supedita su validez y eficacia al cumplimiento de las formalidades exigidas por las disposiciones vigentes en cuanto a la forma y procedimientos de contratación.

Las cosas que no están en el comercio no pueden ser objeto de los contratos privados, pero si pueden ser de los son contratos administrativo, como ocurre con los bienes de dominio público, por ejemplo, una concesión de uso de playas.

En principio, los derechos y obligaciones emergentes del contrato administrativo respecto del contratista, son de carácter personal, *intuitu personae*, por ejemplo, en materia de contratos de empleo público es obvia la imposibilidad de ceder, transferir o negociar el mismo; aunque los hay también *intuitu rei*.

Dada la calidad esencial del contratante originario y la prohibición legal o convencional de subcontratación, se prohíbe todo nuevo contrato por el cual una persona extraña a la relación contractual asuma facultades concernientes a la

³⁰ NAVA NEGRETE, Alfonso, Ob. Cit. pág. 391

³¹ RAMOS TORRES, Daniel, Licitación Pública, Escuela Nacional de Administración Pública, México, 2004, pág. 11

posición de una de las partes por vía de sucesión constitutiva, sin que se extinga la primitiva relación.

No puede el contratista realizar subcontratación sin la previa autorización de la administración. Esta autorización no exime al contratista de sus responsabilidades.

No todo convenio celebrado por el contratista con un tercero, respecto del cumplimiento del contrato principal, implica un subcontrato, ni menos aún una cesión. Así, no son subcontratos los acuerdos que el contratista realice con terceros para proveerse de fondos que faciliten la ejecución del contrato, o con las personas que trabajan a destajo, o con sus proveedores.

El contrato se forma por la concurrencia de dos voluntades; una de ellas la de la administración, sujeto imprescindible en el contrato administrativo. La formación de la voluntad de la administración pública recorre una serie de etapas, cumplidas por distintos órganos. La selección del contratista de la administración está sujeta a las normas que instauran distintos procedimientos especiales a tales fines.

El contrato administrativo tiene las siguientes características:

- A) El objeto del contrato (la presentación buscada, como por ejemplo: compraventa suministro, prestación de servicios, obra pública); cuya realización a cargo de un ente público, se encamina a satisfacer necesidades públicas.
- B) La participación de los órganos del estado (Legislativo, ejecutivo y judicial), en ejercicio de función administrativa.
- C) Las prerrogativas contractuales de la administración pública (modificación del contrato, sustitución del contratante, rescisión suspensión, revocación).
- D) Los derechos y obligaciones de la administración pública y el contratante.

- E) El carácter *intuitu* del contrato administrativo, sin que al principio se puede ceder o subcontratar, a menos que la administración pública la autorice.
- F) La jurisdicción administrativa para resolver las controversias que derive de la ejecución y cumplimiento de los contratos administrativos.

El contrato administrativo será de imposible realización cuando no pueda realizarse materialmente por el co- contratante; e ilícito cuando sea contrario a las leyes de derecho público, la moral y las buenas costumbres.

3.4 La Licitación Pública, como medio de las relaciones contractuales del Gobierno Distrito Federal con los particulares.

La actividad de la Administración Pública puede exteriorizarse a través de los contratos administrativos, éstos últimos se caracterizan por contener una declaración de voluntad que produce efectos jurídicos individuales, de manera directa e inmediata entre la Administración Pública y su contratante.

Resulta oportuno mencionar que en algunas ocasiones se requiere dentro del contrato para que éste sea válido, la realización de ciertos procedimientos y formalidades, como por ejemplo, la licitación pública y el pliego de condiciones.

La licitación pública es un procedimiento, porque se trata de un conjunto de actos mediante los cuales la Administración Pública convoca de manera general a los licitadores a efectuar propuestas sobre determinado objeto y condiciones, a fin de seleccionar la oferta más conveniente para celebrar el contrato con su autor.

Los actos que integran el procedimiento de la licitación pública, como afirma Alejandro Pérez Hualde: “son perfectamente separables o distinguibles”. Con los actos del procedimiento se van concatenando diversos actos y hechos jurídicos que producen al particular, persona física o jurídica, que es seleccionado (oferente o licitador) por la administración pública (licitante).

Los actos separables que exteriorizan la voluntad de la licitante y el licitador son: pliego de condiciones (acto y reglamento administrativo); publicación de la convocatoria (acto administrativo); modificaciones a los pliegos de condiciones (acto administrativo); recepción o rechazo de ofertas (acto administrativo); apertura de los sobres (hecho de la administración); elaboración de actas (acto administrativo); elaboración de dictámenes (acto administrativo); impugnación de ofertas (acto jurídico privado), en sede administrativa o judicial.

Los pliegos de condiciones que elabora la administración pública, durante la etapa previa a la contratación, definen el objeto de la prestación buscada, así como los derechos y obligaciones de la administración pública y de su co contratante. Los pliegos de condiciones son un conjunto de cláusulas preparadas y redactadas de manera unilateral por la administración pública, especificando la compraventa, suministro, arrendamiento, prestación de servicios u obra pública que se licita, determinando las condiciones del contrato a celebrarse y estableciendo el procedimiento a seguir, en la licitación.

“El contrato administrativo tiene por objeto constituir derechos y obligaciones que tienen por contenido prestaciones de dar, hacer o no hacer, convenidas por las partes, por lo tanto tienen por objeto: El suministro, la compraventa, el arrendamiento de bienes muebles, la prestación de servicios y la realización de obras públicas.”³²

La finalidad del contrato administrativo se orienta a la satisfacción del interés general o público. El contrato administrativo es uno de los institutos jurídicos que utiliza el Estado moderno para satisfacer el interés público, con la colaboración de los particulares.

³² www.funcion publica/inf./publica/2009.php 20 de marzo de 2009, 22:15hrs

3.5 Garantías que otorgan las Sociedades Mercantiles para el cumplimiento de sus obligaciones en las licitaciones públicas.

Mediante diversas disposiciones de derecho público, la licitante trata de asegurar el éxito de las licitaciones y de los contratos administrativos, imponiendo a los licitadores u oferentes la obligación de respaldar la seriedad de sus ofertas, los anticipos que se reciban, el cumplimiento del contrato, y los vicios ocultos de los bienes y obras contratados, por medio de otorgamiento de garantías.

El otorgamiento de la garantía, es uno de los requisitos más importantes que debe satisfacer el oferente a fin de asegurar diferentes fines del contrato.

Las leyes que regulan los procedimientos licitatorios para la adjudicación de contratos administrativos, suelen establecer la obligación a cargo de los licitadores para constituir cuatro tipos de garantías: la garantía de la seriedad de la oferta y la garantía del cumplimiento del contrato; ambas tienen por objeto proteger los intereses de la administración pública en los contratos que celebren con los particulares.

Existen otros dos tipos de garantías que deberá constituir el licitador adjudicado con el contrato: la garantía de los anticipos y la garantía de vicios ocultos en los bienes y servicios contratados, así como en la obra pública realizada.

Pasaremos a explicar cada una de ellas:

a) Garantía de Seriedad.

Esta garantía tiene como objetivo garantizar el mantenimiento y la seriedad de la oferta propuesta hasta la constitución de la garantía del cumplimiento del contrato adjudicante, es decir, trata de cubrir lo relativo a la intención seria,

responsable y firme de contratar de parte de un potencial y posible oferente o participante en una licitación pública.

b) Del anticipo.

Normalmente las leyes sobre contratos administrativos permiten que los órganos contratantes puedan otorgar anticipos a los proveedores y contratistas de obras públicas. Contra estos anticipos otorgados, los proveedores o contratistas tendrán la obligación de garantizarlos por la totalidad del monto de anticipo.

c) Del cumplimiento de contrato.

La garantía del cumplimiento del contrato tiene como objetivo de lograr la correcta ejecución del contrato, de acuerdo con los términos de adjudicación y a la buena fe; por su medio, la administración pública se garantiza el fiel cumplimiento del contrato correspondiente.

Esta garantía tiene por objeto respaldar el cumplimiento general del contrato en todas sus obligaciones del contratante, y que por lo mismo es la más utilizada en la mayoría de los contratos administrativos.

d) Garantía de vicios ocultos.

Esta garantía se utiliza comúnmente en la obra pública. Se suele constituir a partir del día siguiente en que se entrega y recepción la obra pública ejecutada, para responder por los vicios ocultos o defectos que resultan de las obras, las cuales pudieran ser garantizadas por el contratista por un tiempo determinado, que puede ser la mayoría de los casos de un año.

e) Formas de constituir las garantías.

De conformidad con el carácter de las garantías en el procedimiento administrativo de contratación, el oferente puede elegir entre alguna de las formas contempladas en el ordenamiento jurídico y que configuran, generalmente, verdaderos contratos accesorios de garantía.

Las formas jurídicas habilitadas por las que se puede instrumentar las garantías en nuestro Derecho son:

1. Fianza.
2. Cheque.
3. Fideicomiso.
4. Aval bancario.
5. Depósito bancario.
6. Hipoteca.
7. Prenda.
8. Carta de crédito.
9. Garantías internacionales.

3.6 El Distrito Federal y el incumplimiento de sus obligaciones contractuales (licitaciones públicas).

La desigualdad jurídica, entre las partes que celebran el contrato administrativo, se expresa en la competencia que tiene la administración pública para:

a) Adaptar las necesidades públicas dentro de ciertos límites las obligaciones del co-contratante (modificación unilateral, mutabilidad del contrato).

A través del *ius variandi* se agregan las cargas del co-contratante.

b) Ejecutar el contrato por sí o por un tercero, en caso de incumplimiento del co-contratante (sustitución del co-contratante).

c) Dejarlo sin efecto unilateralmente en caso de incumplimiento (rescisión) o por convenir el interés público (revocación).

Así las cosas entendemos que una razón que expone el Estado para justificar la desigualdad jurídica en el contrato administrativo tiene su fundamento en los fines que prestan los obligados, pues al fin económico privado del co-contratante se antepone el fin público del estado para satisfacer las necesidades colectivas.

3.7 El Juicio Contencioso Administrativo, como medio para que el Gobierno del Distrito Federal cumpla con sus obligaciones.

“Las autoridades pueden violar la ley, tanto al tramitar procedimientos como al pronunciar las resoluciones; esto es pueden cometer *error in procedendo*”³³

“Cada violación produce normalmente, un agravio material, una lesión a un interés jurídicamente protegido; y quien sufre tal lesión está facultado para usar algún medio de impugnación en el que ha de expresar el agravio formal.

Las violaciones o agravios que pueden cometerse en la tramitación del procedimiento previo a la emisión de la resolución son:

- Incompetencia para tramitar el procedimiento.
- Discordancia entre las formalidades previstas y el procedimiento realizado:
 - En cuanto a la fase postulatoria o propositiva, probatoria y conclusiva.

Las violaciones o agravios que pueden cometerse en el acto mismo de la resolución pueden ser:

³³ COUTURE, Eduardo, Fundamentos de Derecho Procesal Civil, 3ª Edición, EDC DEPALMA, México 2006, págs. 344-345.

- Incompetencia para emitir la resolución.
 - Error en la identificación o definición de la verdad legal.
- No tomar en cuenta alguna prueba, utilizar una que sea ineficaz o no idónea, o valorarla incorrectamente.
- Basarse en hechos no probados, o no tomar en cuenta los debidamente probados.
- Error en la aplicación de la norma.
- Por defecto, exceso, discordancia absoluta”³⁴

Concepto.

Es un medio de impugnación a merced del contribuyente al cual este puede acudir cuando la autoridad incurre en faltas a los principios y garantías tributarios, es decir, cuando está frente a una resolución ilegal como pueden ser: las dictadas por autoridades fiscales federales y organismos fiscales autónomos, en que se determine la existencia de una obligación fiscal, se fije en cantidad líquida, o se den las bases para su liquidación; las que nieguen la devolución de un ingreso indebidamente percibido por el Estado o cuya devolución proceda según las leyes fiscales, las que impongan multas por infracción a las normas administrativas federales o a las dictadas por autoridades administrativas que pongan fin a un procedimiento administrativo.

Naturaleza Jurídica del Juicio Contencioso Administrativo.

La existencia de un tribunal contencioso administrativo significa atribuya a un tribunal situado fuera del Poder Judicial verdadera jurisdicción para dirimir conflictos surgidos entre los particulares y los órganos de la administración pública a fin de que los actos de estos queden sometidos al juzgamiento de tal tribunal.

³⁴ GARCIA DOMINGUEZ, Miguel Ángel, Gaceta Mexicana de Administración pública estatal y municipal, 15ª Edición, Fondo de Cultura Económica, México 2008, pág. 9-12

El Juicio Contencioso Administrativo, que se tramita ante el Tribunal Federal de Justicia Fiscal y Administrativa, es desde este punto de vista, indudablemente un juicio impugnativo.

No deja lugar a duda de su carácter impugnativo el texto del Título I Capítulos I y II (entre otros relativos) de la Ley Federal del Procedimiento Contencioso Administrativo que entre los requisitos de la demanda, enumera la resolución que se impugna y principalmente en su artículo segundo que señala contra que materia procede el Juicio Contencioso Administrativo, etc.

“La litis está integrada por las cuestiones de hecho, y de derecho que en congruencia con la pretensión planteada y la oposición a tal pretensión someten las partes del conocimiento y decisión del el Tribunal Federal de Justicia Fiscal y Administrativa

“La pretensión es la declaración de la voluntad que formula el actor para que el Tribunal Federal de Justicia Fiscal y Administrativa declare la invalidez de la resolución administrativa impugnada”³⁵

Como consecuencia de lo anterior, podría afirmarse que en el juicio contencioso administrativo la litis no se fija de la misma manera que en juicio de la instrucción, esto es, con la demanda y con la contestación, sino que se fija con la resolución impugnada y la demanda, de manera principal, y solo accesoriamente con la contestación de la demanda que desempeña el papel de réplica.

En el juicio contencioso administrativo, la pretensión solo puede ser una: que se declare la nulidad de la resolución impugnada, al realizar un análisis crítico de esta y del procedimiento del que ésta ha derivado.

³⁵ PALLARES, Eduardo, Diccionario de Derecho Procesal Civil, 4ª Reimpresión, Porrúa, México 2000 pág. 343

3.8 Propuestas.

Las partes contratantes están en un plano desigual. En los contratos administrativos desaparece el principio de igualdad entre las partes, que es uno de los elementos básicos de los contratos. La administración pública aparece en una situación de superioridad jurídica respecto del contratista.

Cuando una de las partes contratantes es la administración, se imponen ciertas prerrogativas y condiciones que subordinan jurídicamente al contratista. El principio de la inalterabilidad de los contratos no puede ser mantenido, sino que cede ante el *ius variandi* que tiene la administración a introducir modificaciones en ellos, y que son obligatorias, dentro de los límites de la razonabilidad, para el contratista.

Esta desigualdad jurídica se traduce en la competencia que tiene la Administración para:

- Adaptar el contrato a las necesidades públicas, variando dentro de ciertos límites las obligaciones del contratista (modificación unilateral, mutabilidad del contrato).

Es decir, que el contrato administrativo carece de la rigidez e inmutabilidad del contrato, porque cede ante el interés público.

- Ejecutar el contrato por sí o por un tercero, en caso de incumplimiento o mora del contratista, en forma directa, unilateral y por cuenta de éste (ejecución con sustitución del contratista).

- Dejar unilateralmente el contrato sin efecto en caso de incumplimiento, cuando las necesidades públicas lo exijan (rescisión contractual).

Esta subordinación o desigualdad jurídica del contratista respecto de la administración pública, con quien celebra un contrato, tiene su origen en la desigualdad de propósitos perseguidos por las partes en el contrato, pues al fin económico privado se opone y antepone un fin público o necesidad pública colectiva que puede afectar su ejecución.

Para el caso de que la dependencia incumpla en las obligaciones del contrato de obra o adquisición y tal situación ocasione un daño o perjuicio al particular, la dependencia tendrá la obligación de responder por los daños y perjuicios ocasionados una vez acreditados.

El procedimiento de daños y perjuicios se llevará a cabo según lo disponga La Ley de Daño Patrimonial.

Dicho lo anterior consideramos pertinente agregar en la ley de adquisiciones, arrendamientos y servicios del sector público respecto de los artículos siguientes:

LEY DE ADQUISICIONES, ARRENDAMIENTOS Y SERVICIOS DEL SECTOR PÚBLICO

Artículo 48.- Los proveedores que celebren los contratos a que se refiere esta Ley deberán garantizar:

- I. Los anticipos que, en su caso, reciban. Estas garantías deberán constituirse por la totalidad del monto de los anticipos, y
- II. El cumplimiento de los contratos.

Para los efectos de este artículo, los titulares de las dependencias o los órganos de gobierno de las entidades, fijarán las bases, forma y porcentajes a los que deberán sujetarse las garantías que deban constituirse. En los casos señalados en los artículos 41, fracciones IV, XI y XIV, y 42 de esta Ley, el servidor público que deba firmar el contrato, bajo su responsabilidad, podrá exceptuar al proveedor, de presentar la garantía de cumplimiento del contrato respectivo.

La garantía de cumplimiento del contrato deberá presentarse a más tardar dentro de los diez días naturales siguientes a la firma del contrato, salvo que la entrega de los bienes o la prestación de los servicios se realice dentro del citado plazo y, la correspondiente al anticipo se presentará previamente a la entrega de éste, a más tardar en la fecha establecida en el contrato.

Artículo 49.- Las garantías que deban otorgarse conforme a esta Ley se constituirán en favor de:

- I. La Tesorería de la Federación, por actos o contratos que se celebren con las dependencias;
- II. Las entidades, cuando los actos o contratos se celebren con ellas, y
- III. Las Tesorerías de las entidades federativas, del Distrito Federal o de los municipios, en los casos de los contratos celebrados al amparo de la fracción VI del artículo 1 de esta Ley.

Fracción reformada DOF 07-07-2005

El artículo 48 antes transcrito debería entonces según nuestra propuesta establecer que no sólo sean los proveedores los obligados a garantizar lo establecido en dicho artículo sino también la Administración Pública del Distrito Federal en igualdad de condiciones.

Respecto del artículo 49 consideramos que otra propuesta viable será la de exigir a la administración pública que otorguen también una fianza en garantía para el caso de que la dependencia incumpla, modifique o altere la adquisición o la obra, una manera factible de realizar esta propuesta es que sea por conducto de una afianzadora el otorgamiento de dicha fianza, y en determinado momento sea esta la que administrará de acuerdo a lo establecido en el contrato celebrado la forma en que ha de pagarse por la realización de la obligación a la sociedad mercantil, pues de esta forma se estaría en la certeza de que exista el cumplimiento de obligaciones respectivas entre las partes, la sociedad mercantil y la administración pública que son las que nos ocupan.

Lo anteriores supuestos se sustentan en algo muy sencillo y que se deriva de un punto de vista económico. Tal es el caso, que si el particular, en este tema la sociedad mercantil, ha cumplido con la obligación establecida en el contrato de obra o de adquisición de bienes, en consecuencia tiene derecho a reclamar el pago y el hecho de que la administración pública por conducto de sus dependencias incumpla con el pago, genera que al no recibir el pago el particular, éste a su vez también incumpla ya sea con sus trabajadores o acreedores, estos a su vez también van a incumplir e ir creando una cadena de insolvencia y de incumplimientos.

CONCLUSIONES

PRIMERA. El ámbito comercial es de suma importancia para el desarrollo económico de los particulares y del Estado, ya que ambos buscan satisfacer sus necesidades, unos de interés privado y el otro de interés público.

SEGUNDA. Las sociedades mercantiles han sido un medio por el cual las personas físicas unen sus esfuerzos para un fin determinado y este a su vez también ha tenido la perspectiva de suavizar los riesgos de inversión.

TERCERA. El Derecho positivo mexicano reconoce la personalidad jurídica del Estado, así mismo mediante su análisis y estudio, es posible entender la estructura, funcionalidad y objetivo que le constriñen actualmente.

CUARTA. La actividad del Estado se origina en el conjunto de operaciones, tareas y facultades para actuar, que le corresponden como persona jurídica de derecho público y que realiza por medio de los órganos que integran la administración pública, tanto federal como local y municipal, es precisamente por ello que tales facultades deben ser encaminadas al cumplimiento de sus obligaciones con particulares.

QUINTA. Mediante la licitación pública un ente público en ejercicio de la función administrativa invita a los interesados para que, sujetándose a las bases fijadas en el pliego de condiciones, formulen propuestas de entre las cuales seleccionará la más conveniente.

SEXTA. La administración pública del Distrito Federal, al celebrar contratos con los particulares "Sociedades mercantiles" una vez que se les concedió una

licitación pública se encuentra en estado de superioridad jurídica por lo que no cumple con el principio de igualdad de las partes, adicionado el problema que enfrentan las segundas por el incumplimiento en el pago respecto de las obligaciones que les competen y fueron satisfechas.

SEPTIMA. Resulta insuficiente y en repetidas ocasiones ineficaz el Juicio Contencioso Administrativo como medio para que la Administración Pública del Distrito Federal cumpla las obligaciones contraídas con las sociedades mercantiles pues aún cuando la resolución es a favor de éstas, basta con la negligencia de las personas físicas responsables de llevar a cabo tal cumplimiento, o con la simple razón producto de una mala organización financiera de manifestar que no cuentan con el presupuesto para realizar el pago debido.

OCTAVA. Surge como necesidad imperiosa y además urgente establecer en la ley correspondiente la obligación de la Administración Pública del Distrito Federal a asegurar el cumplimiento de las obligaciones contraídas y así establezca una igualdad entre las partes.

NOVENA. Es indudable que el incumplimiento en el pago por parte de la Administración Pública del Distrito Federal a la sociedad mercantil le causa un perjuicio económico y de otras índoles y que se debe **prevenir** esta problemática mediante la adición a las leyes respectivas.

BIBLIOGRAFÍA

- ACOSTA ROMERO Miguel, Tratado de Sociedades Mercantiles con énfasis a la Sociedad Anónima, Porrúa, México 2001.
- CASTRILLON Y LUNA, Víctor M., Sociedades Mercantiles, 3ª Edición, Porrúa, México 2005, Pág. 390-399.
- CERVANTES AHUMADA, Raúl, Derecho Mercantil 1er Curso, 3ª reimpresión , Porrúa S.A., México 2004, pág.2
- DE LA CRUZ GAMBOA, Alfredo, Elementos Básicos De Derecho Mercantil, Catedra Editores, México, 1997.
- DELGADILLO Gutiérrez, Luis H. y Lucero Espinosa. Compendio de derecho administrativo, 4ª ed., México, Porrúa, 2000.
- DE PINA VARA, Rafael , Derecho Mercantil Mexicano, 28ª edición, Porrúa, México, 2002 p. 3
- DE PINA VARA, Rafael, Elementos de Derecho Mercantil Mexicano 31ª Edición, Porrúa, México 2008 Págs. 89-97.
- FLORES ZAVALA, Ernesto, Elementos de finanzas públicas mexicanas, Los impuestos, 33ª ed., Porrúa ,México, 2001.
- FRAGA, Gabino, Derecho administrativo, 41ª ed., Porrúa, México, 2000.
- GALINDO ,CAMACHO, Miguel. Derecho administrativo, T. 1 y 2, 3ª ed., Porrúa, México, 2000.
- GALINDO SIFUENTES, Ernesto, Derecho Mercantil, Porrúa, México, 2004.
- GARCÍA RENDÓN, Manuel.- Sociedades Mercantiles. Editorial Oxford, Segunda edición. México, 2005.
- GARCÍA VELAZCO Gonzalo, Las Minorías en la Sociedad Anónima, Editorial Porrúa, México, 2005.
- GARZA, Sergio Francisco de la, Derecho financiero mexicano, 19ª ed., México, Porrúa, 2001.

GONZÁLEZ ,PÉREZ, Jesús, Derecho procesal administrativo mexicano, 2ª ed., Porrúa, México, 1997.

JIMÉNEZ, GONZÁLEZ, Antonio, Lecciones de derecho tributario, 7ª Ed.ECAFSAThompson ,México, , 2001.

PEREDO, RIVERA, Almicar, Competencia Económica, Porrúa, México, 2004.

RESÉNDIZ Núñez Cuauhtémoc, DOMÍNGUEZ Orozco Jaime, Sociedades y Asociaciones Civiles 2008 Régimen Jurídico Fiscal en ISR, IETU, IDE E IVA. Editorial Ediciones Fiscales ISEF, México 2008.

SANCHEZ Sodi Horacio, Código de Comercio concordado y con Jurisprudencias de la 7ª 8ª 9ª época, Porrúa ,México 2006

SÁNCHEZ GÓMEZ, Narciso, Primer curso de derecho administrativo, 2ª ed., Porrúa, México, 2000.

SERRA Rojas, Andrés, Derecho administrativo, T.1 y 2, 22ª ed., Porrúa, México, 2001

VAZQUEZ Del Mercado Oscar, Contratos Mercantiles, Porrúa México 2006.

ZARKIN CORTÉS Sergio Salomón, Derecho Corporativo, Porrúa, México, 2003.

FUENTES METODOLÓGICAS

BAENA PAZ Guillermina, Instrumentos para la investigación: Tesis profesionales y trabajos académicos, Editores Mexicanos Unidos México, 1986.

ZORRILLA Santiago, Introducción a la metodología de la investigación, Océano, México, 1988.

WITKER Jorge, Como elaborar una tesis de grado en derecho lineamientos metodológicos y técnicos, Publicaciones Administrativas Contables, México 1995.

LEGISLACIÓN.

Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.
Código Federal de Procedimientos Civiles.
Código Fiscal de la Federación.
Ley de Adquisiciones, Arrendamientos y Servicios del Sector Público.
Ley de Obras y Servicios relacionados con las mismas.
Ley de Presupuesto Contabilidad y Gasto Público Federal.
Ley de Vías Generales de Comunicación.
Ley del Impuesto al Valor Agregado.
Ley de Impuesto sobre la Renta.
Ley Federal de Entidades Paraestatales.
Ley Federal de Procedimiento Administrativo.
Ley Federal de Responsabilidades de los Servidores Públicos.
Ley General de Bienes Nacionales.
Ley Órgánica de la Administración Pública Federal.
Ley Órgánica del Tribunal Federal de Justicia Fiscal y Administrativa (antes Tribunal Fiscal de la Federación).
Ley de Coordinación Fiscal.
Ley de Ingresos de la Federación.
Ley de Contabilidad, Presupuesto y Gasto público.
Ley de Planeación.

DICCIONARIOS.

Diccionarios Jurídicos Temáticos Volumen 3, Harla, México, 1999.

Instituto de Investigaciones Jurídicas, Nuevo Diccionario Jurídico Mexicano, Tomo I, Porrúa/UNAM, México, 2001.

MARTÍNEZ MORALES, Rafael, Diccionario Jurídico General, IURE EDRS, México, 2000.

QUINTANA ADRIANO, Elva Arcelia, Diccioanrio de derecho mercantil, Porrúa, México, 2002.

DISCOS COMPACTOS

DVD IUS 2008 SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN.
Eruditos Prácticos Legis.

CD Enciclopedia Jurídica Mexicana 2006.

CD BIBLIOTECA BÁSICA PRÁCTICA DE PROCESAL FISCAL, TECNOLOGIA Y
RECURSOS LEGALES 2008.

SITIOS WEB.

www.bibliojuridicas.unam.mx

www.infojuridicas.unam.mx

www.funcionpublica.gob.mx

www.juridicostemas/licitaciones/index.php

www.juridicoinfo/unihp/index.php