

76
2ej



**UNIVERSIDAD NACIONAL AUTONOMA
DE MEXICO**

**ESCUELA NACIONAL DE ESTUDIOS PROFESIONALES
"ACATLAN"**

LICENCIATURA DE DERECHO

**EL COMERCIANTE INDIVIDUAL EN EL
DERECHO MERCANTIL MEXICANO**



T E S I S

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

Dirección de Tesis: Lic. Gabino Rosales Zamora



NAUCALPAN, EDO. DE MEXICO

1992

**TESIS CON
FALLA DE ORIGEN**



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 está 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.

CAPITULADO.

INTRODUCCION.

CAPITULO I. EL COMERCIANTE INDIVIDUAL EN EL DERECHO MERCANTIL MEXICANO.

a) Antecedentes Históricos.	
b) Nociones Generales.	
c) El Comerciante.	1
d) El Comerciante en el Sistema Francés.	2
e) El Comerciante en el Sistema Alemán.	5
f) El Comerciante en el Sistema Español.	9
g) El Comerciante en el Sistema Argentino.	12
h) El Comerciante en el Sistema Italiano.	18
i) El Comerciante en el Sistema Hondureño.	21
j) El Comerciante en el Sistema de "Common Law".	22

CAPITULO II. ¿QUIENES SON SUJETOS DEL DERECHO MERCANTIL MEXICANO?

a) Importancia de la distinción de los sujetos mercantiles. Comerciantes y no comerciantes.	3
b) La clasificación del artículo 3o.	4
c) El Comerciante Individual. Importancia y Evolución.	5
d) Evolución en México.	7
e) La Matrícula de los Comerciantes.	8
f) La obligación de publicar el estado de comerciante.	11
g) Importancia de la publicidad en nuestro derecho, respecto al status de comerciante.	14
h) Presunción de ser comerciante.	17

CAPITULO III. EJERCICIO DEL COMERCIO.

a) Ocupación Ordinaria.	6
b) La capacidad para ser comerciante.	8
c) Capacidad de ejercicio.	15
d) Actos realizados por representantes de incapacitados.	16
e) Los comerciantes individuales.	17

f) Incapacitados.	18
g) Incompatibilidades y prohibiciones.	20
h) Requisitos del ejercicio de actos de comercio.	24
i) Requisito de la ocupación ordinaria.	25
j) El estado de comerciante en función de la negociación mercantil.	25

CAPITULO IV. EJERCICIO DEL COMERCIO A NOMBRE PROPIO.

a) Prohibiciones e incompatibilidades para ejercer el comercio.	3
b) Los extranjeros comerciantes.	7
c) Sanciones en los casos de prohibiciones e incompatibilidades.	9
d) Pequeños comerciantes.	13
e) Auxiliares Mercantiles.	15
f) Auxiliares Dependientes.	16
g) Conflicto de leyes en relación al comerciante.	21

CONCLUSIONES.	23
----------------------	-----------

BIBLIOGRAFIA.	29
----------------------	-----------

INTRODUCCION .

El derecho es un fenómeno social, por ello es natural que en el complejo mundo de las interrelaciones humanas del siglo XX surjan imperativos nuevos, formas del acaecer humano, que es necesario encauzar debidamente, controlar y orientar para que el choque de esas conductas no lesionen a los demás y permita el necesario equilibrio social.

Así, pues, tenemos que el gran aporte de la ciencia y de la técnica que surge como un torbellino desde el inicio del siglo XIX y nuestro presente siglo XX, ha obligado a los sociólogos, a los filósofos y particularmente a los juristas, a tratar de encontrar un común denominador que permita el discurrir de la vida humana dentro del marco de conflictos mínimos.

Por lo tanto, es necesario que en el campo del Derecho Mercantil deben de aparecer nuevas formas para la búsqueda de los satisfactores que el hombre necesita para vivir. Por lo que en el desarrollo de este pequeño trabajo, trataré de hacer un estudio que cubra diversos aspectos en los que se vé involucrado el comerciante individual en nuestro Ordenamiento Jurídico Mercantil en el ejercicio del comercio, como ya lo mencioné, para ello señalaré sus antecedentes, su origen y la transformación que ha sufrido en sus formas de implantación y aplicación, en los diferentes países que lo han acogido dentro de sus legislaciones y en lo particular, trataré de hacer el estudio de esta institución en la legislación mexicana.

El ejercicio del comercio, ha ocupado la mente y la atención de los especialistas, ya que el comercio surge con el hombre viviendo en colectividad; las normas que lo regulan no tiene un antecedente tan remoto, y, es curioso encontrar que pueblos cuya actividad principal fue el comercio y que se identifican precisamente con este quehacer como es el caso de los fenicios y cartagineses, no contaron con un derecho comercial, sin embargo, coincidimos con la afirmación que dice que: "en tanto existió el comercio hubo normas

que lo regulaban en las diversas civilizaciones, incluidos los indígenas de intercambio más primitivo". Las razones de falta de este derecho especial son muchas, principalmente el que en esos países no existía un derecho diferenciado y el derecho común regulaba todas las relaciones de la vida en comunidad. En México ha dado ocasión a serias respetables discusiones de las que emanan diversas opiniones que han venido a ser una proyección de luz y de sombra, que ha ilustrado o entenebrecido el ámbito jurídico mercantil, máxime que si tomamos en consideración que nuestro Código de Comercio tiene más de un siglo de haber entrado en vigencia, lo cual no satisface en su especie los anhelos vehementes del bienestar tanto social como comercial, razón última ésta y misión final de una nueva legislación en materia comercial.

La elección de mi tema, representa en su aspecto práctico, una serie de sugerencias que deben tomarse en cuenta en la próxima reforma legislativa, en atención de las urgencias mercantiles de nuestros días y para el efecto de posibilitar la resolución de los problemas en esta área de la vida humana, por lo que considero que es necesario crear un nuevo Código de Comercio, que regule y proteja la actividad comercial, cuerpo normativo que contempla en conjunto tanto las normas sustantivas como la dinámica procesal, ya que el actual Código no es suficiente para proteger con eficacia el daño causado a terceros por incumplimiento de las obligaciones de los comerciantes; por lo que es necesario establecer nuevas sanciones de carácter punitivo, en virtud del enorme daño que se produce al patrimonio de los particulares, quienes en forma ocasional realizan actos de comercio; también y quizá de manera fundamental a la economía general de la sociedad, cuyas consecuencias son incalculables.

CAPITULO I. EL COMERCIANTE INDIVIDUAL EN EL DERECHO MERCANTIL MEXICANO.

En el comercio hay unos sujetos que tradicionalmente se denominan "comerciantes" y que realizan determinados actos. El derecho comercial, ya sea concebido en función del comerciante, ya lo sea en función de los actos (1), trata de los sujetos que son las personas y de los objetos que son los actos.

Pero en el derecho comparado existen concepciones distintas, según los países, tanto de los sujetos como de los actos.

Así en unos países el sujeto del derecho comercial no se distingue del sujeto del derecho civil. Es el caso de los países de common law y de aquellos que han unificado el derecho de las obligaciones.

En otros países al sujeto de derecho comercial se le aplican reglas peculiares. Son aquellos países en que existe la dualidad de Código: civil y de comercio. Pero dentro de este gran grupo de países las reglas relativas al sujeto varían según las legislaciones.

Por otra parte, tradicionalmente el sujeto de derecho comercial es el comerciante. Pero en los países de common law la noción de comerciante es una noción económica más bien que jurídica. Por otra parte, en países de derecho "continental" la tendencia moderna es reemplazar la noción de comerciante por la de empresario.

EL COMERCIANTE.

En todos los Códigos de Comercio se menciona al comerciante. En muchos de ellos se formula una disposición del mismo.

(1) SZLECHTER E. Estudio Sociológico del Contrato de Sociedad en Babilonia, París, 1945.

Pero en los países en que se ha unificado el derecho de las obligaciones, en principio el comerciante no existe jurídicamente; aunque en Suiza el Código de obligaciones contiene reglas aplicables únicamente a comerciantes (2); y en el Código Civil italiano la noción de comerciante está reemplazada por la de empresario, pero la ley ha previsto dentro de la noción de empresa, la de empresa comercial.

En los países de common law el principio es que la ley es igual para todos, comerciantes y no comerciantes, aunque en ciertos aspectos existen a título excepcional ciertas distinciones (3).

EL COMERCIANTE EN EL SISTEMA FRANCÉS.

a) DEFINICION.- El Código francés dice que "son comerciantes los que ejercen actos de comercio y hacen de ello su profesión habitual".

Esta disposición corresponde a la noción objetiva del derecho comercial, según la cual son los actos de comercio que realizan lo que confiere a ciertas personas la condición de comerciante. Además, la ley francesa exige otras dos condiciones de habitualidad y profesión (4).

Tal definición del comerciante es poco afortunada. En primer lugar al referirse al ejercicio de los actos de comercio se supone que se conoce exactamente lo que es un acto de comercio y ello está muy lejos de la realidad. A pesar de la enumeración de actos de comercio que figuran en el Código y que los antiguos comentaristas estiman que es limitativa, la doctrina moderna afirma que tal enumeración no es limitativa y que además es el criterio que sigue la jurisprudencia.

(2) OETINGER. El Derecho Comercial y el Derecho Civil en la Legislación Suiza, París, 1954.

(3) CLAGETT. Administración de Justicia Latinoamericana, Nueva York, 1952.

(4) GEORGE RIPERT. Tratado Elemental de Derecho Mercantil, París, 1954, Pág. 20.

b) **CAPACIDAD.**- Los principios generales en el derecho francés son que toda persona tiene derecho al ejercicio del comercio y que todos los comerciantes están sometidos a las mismas reglas jurídicas.

Pero estos principios de libertad y de igualdad tienen excepciones.

Los menores no pueden ser comerciantes a menos que estén emancipados y para ello deben haber cumplido 18 años y estar autorizados para ello por el padre o en su defecto la madre o eventualmente el Consejo de Familia o Tutela; y esta autorización debe inscribirse en el Registro de Comercio. Los interdictos y los alienados internados son asimilados a los menores no emancipados y no pueden ser comerciantes ni por sí mismos ni mediante representante legal (5).

En cuanto a la antigua incapacidad de las mujeres casadas, ha sido suprimida por las leyes de 18 de febrero de 1938 y 22 de septiembre de 1942. Según el actual régimen la mujer casada puede dedicarse al comercio sin la autorización del marido, pero éste podrá oponerse a ello únicamente en caso de justificar su oposición en interés de la familia (6).

c) **PROHIBICIONES E INCOMPATIBILIDADES.**- No pueden dedicarse al comercio los condenados a ciertas penas previstas por la ley, los *officiers ministériels* y los quebrados no rehabilitados ni tampoco los interdictos en razón de fraude fiscal.

d) **RESTRICCIONES.**- Los extranjeros pueden dedicarse al comercio en Francia si los franceses pueden hacerlo en el país extranjero respectivo.

(5) RIPERT. Tratado. Ob. Cit., Págs. 108 y 109.

(6) RIPERT. La Mujer Casada Comerciante. Revista General de Derecho Comercial, 1943, Pág. 185.

Pero deben obtener una carta especial de comerciante extranjero.

Otras restricciones se refieren a los extranjeros a quienes se prohíbe el ejercicio de determinadas actividades comerciales, por ejemplo, fabricaciones de guerra, propiedad de buques franceses, concesiones de energía hidráulica, agencias de viajes, etc. (7).

e) **ARTESANOS.**- El Código de artesanos define a los artesanos como los trabajadores autónomos de ambos sexos ejerciendo personalmente y por su cuenta, sin estar bajo la dirección de un patrono y dedicándose principalmente a la venta del producto de su propio trabajo.

Los artesanos pueden emplear compañeros y aprendices, pero el trabajo realizado bajo su dirección debe conservar el carácter familiar. Debe inscribirse en un registro de oficios. En ciertos aspectos, los artesanos tienden a asimilarse a los comerciantes y han obtenido el beneficio de la propiedad comercial, pero no se les ha reconocido el derecho de propiedad sobre su establecimiento.

f) **COMERCIANTES COLECTIVOS.**- Señalemos ahora únicamente que en Francia todas las sociedades son personas jurídicas y que la comercialidad de las sociedades depende de su objeto, excepto las sociedades por acciones y las sociedades de responsabilidad limitada, que son siempre comerciantes cualquiera que sea su objeto.

Las asociaciones y sindicatos con finalidad desinteresada no pueden dedicarse al comercio (8).

(7) RIPERT. Tratado, Ob. Cit. Pág. 115.

(8) RIPERT. Tratado, Ob. Cit. Pág. 129.

g) LA CONDICION DE COMERCIANTE Y EL REGISTRO DE COMERCIO.-

En el derecho francés la adquisición de la condición de comerciante no depende de la inscripción en el Registro de Comercio. Se puede ser comerciante sin estar inscrito en el Registro y la prueba de que se es comerciante puede hacerse por cualquier medio (9); pero en la práctica todos los comerciantes se inscriben por los inconvenientes y sanciones que provoca la ausencia de inscripción y la legislación reciente establece que la inscripción es una presunción de comerciante. En cuanto a las sociedades en Francia, la personalidad jurídica se adquiere independientemente de la inscripción en el Registro.

EL COMERCIANTE EN EL SISTEMA ALEMAN.

En el derecho alemán existen diversas categorías de comerciantes. En primer lugar el Código de Comercio distingue entre los comerciantes en virtud de una actividad comercial llamados también comerciantes forzosos, los comerciantes en virtud de inscripción en el Registro de Comercio o comerciantes por matrícula y los comerciantes facultativos.

Por otra parte, los comerciantes pueden ser grandes comerciantes o pequeños comerciantes.

Examinaremos brevemente las categorías mencionadas (10):

a) Comerciantes debido a su actividad comercial o comerciantes forzosos.

Este comerciante es el que ejerce una verdadera actividad comercial, lo que supone tres requisitos:

(9) RIPERT. Tratado. Ob. Cit. Pág. 98.

(10) GIERKE.

1o. Una actividad profesional en sentido estricto, es decir, con propósito de perduración y de lucro y que no pertenezca a la esfera de las artes o de la ciencia.

2o. La actividad debe ser comercial en el sentido de la ley que determina los actos que confieren la condición de comerciante y que son: la adquisición y venta de mercancías, transformadas o no; la elaboración o transformación de mercancías en forma que exceda de los límites del artesanado, los seguros con prima, las operaciones de banca y cambio, los transportes marítimos de personas o mercancías y las terrestres o fluviales a cargo de empresas, los negocios de comisión, empresas de transporte o depósito, los negocios de corredores o agentes de cambio, los de edición y operaciones sobre libros y objetos de arte y los de imprenta en cuanto excedan de los límites del artesanado.

3o. Debe haber explotación de una empresa comercial. Debe tratarse del dueño de una empresa, no siendo comerciante el mero auxiliar ni el director de una sociedad ni un representante legal (11).

En el caso de estos comerciantes la inscripción en el Registro de Comercio no es esencial para la condición de comerciante. La mera existencia de una actividad comercial importante crea automáticamente y por fuerza de la ley la condición de comerciante y por eso se les llama comerciantes forzosos (12).

b) Comerciantes en virtud de inscripción en el Registro de Comercio o comerciantes por matrícula. Estos comerciantes son aquéllos que no ejercen una actividad comercial en el sentido de la ley, pero que ejercen otra actividad comercial o industrial cumpliéndose las dos siguientes condiciones:

(11) GIERKE. Ob. Cit. Pág. 69.

(12) GIERKE. Ob. Cit. Pág. 71.

1a. La empresa debe por naturaleza y extensión requerir una organización comercial.

2a. El nombre de la misma debe estar inscrito en el Registro de Comercio.

c) Comerciantes facultativos.

Se trata de las empresas o explotaciones forestales y agrícola-ganaderas que pueden facultativamente inscribirse en el Registro de Comercio.

Por otra parte, el derecho alemán distingue entre:

1o. Grandes comerciantes o comerciantes de pleno derecho: Vollraufleute.

2o. Pequeños comerciantes: Minderraufleute.

Esta disposición no tiene nada que ver con la distinción económica de comerciante al por mayor o al por menor. El pequeño comerciante es aquel cuya empresa por su clase y volumen no hace necesaria una organización comercial.

Tradicionalmente se consideraba a los artesanos como pequeños comerciantes, pero actualmente, en virtud de una legislación reciente, los artesanos sólo son pequeños comerciantes cuando son titulares de una pequeña empresa, pues el llamado gran artesanado, es comerciante de pleno derecho.

A los grandes comerciantes o comerciantes de pleno derecho se les aplican todas las disposiciones legales relativas al comerciante. En cambio, los pequeños comerciantes están dispensados de la aplicación de las disposiciones sobre el nombre comercial y libros de comercio, y apoderados comerciales y no tienen derecho a inscribirse en el Registro de Comercio.

En cuanto a la capacidad del comerciante, según el derecho alemán pueden ser comerciantes personas absoluta o relativamente incapaces, mediante sus representantes legales, y rigen las reglas del derecho civil (13).

Por lo que se refiere a la mujer casada, no necesita la autorización del marido para adquirir o conservar la condición de comerciante.

En cuanto a las sociedades no todas se consideran personas jurídicas. Lo son las sociedades por acciones y la sociedad de responsabilidad limitada que adquieren la personalidad con la inscripción en el Registro.

(13) GIERKE. Ob. Cit. Pág. 70.

DERECHO ESPAÑOL.

CONCEPTO DE COMERCIANTE.

En efecto, la referencia al comerciante como sujeto peculiar del derecho mercantil obedece a razones puramente históricas relacionadas con el origen de esta rama del derecho, pero si es cierto que el derecho mercantil nació vinculado al comercio y a los comerciantes en sentido estricto, no lo es menos que las normas jurídico-mercantiles han ido ampliando su campo de aplicación a otros ámbitos de la sociedad, distanciándose de su primitivo contenido como derecho profesional de los comerciantes y dando lugar al fenómeno denominado generalización del Derecho Mercantil. Y así es conocido como las normas mercantiles que son hoy aplicables no sólo al comercio y a los comerciantes en sentido estricto, sino a otros sectores de la actividad económica tales como la industria o el sector de servicios.

Consecuentemente, con esa evolución, el término comerciante tal como lo utiliza el Código de Comercio Español puede inducir a confusión puesto que se refiere no sólo a los comerciantes en sentido estricto, sino en general a todos los que se dedican habitualmente y en nombre propio al ejercicio de una actividad mercantil. Así ocurre, que comerciante es también para este Código, el industrial.

Significación de este concepto en los sistemas legales.-
Es preciso distinguir el concepto vulgar o económico del concepto jurídico. El primero se funda en el dato social de la profesión debida de una persona. Son comerciantes en este sentido, las personas que hacen del comercio su profesión, sea dirigiendo por sí mismas una industria mercantil, sea colaborando en ella como empleado. Pero el concepto jurídico atiende directamente a los efectos jurídicos de la actividad mercantil, para calificar de comerciante solamente a quien personalmente adquiere los derechos y obligaciones que se producen en la actividad mercantil. El concepto jurídico, es, pues, más restringido: no incluye a los directores, gerentes de sociedades ni a los factores, apoderados particulares, dependientes, viajeros, etc.,

en virtud de que éstos son considerados como auxiliares del comerciante.

CONCEPTO DE COMERCIANTE EN EL CÓDIGO CIVIL ESPAÑOL.

En las legislaciones que no poseen un Código de Comercio como en los países anglosajones, no se formula ningún concepto de comerciante, por faltar un ordenamiento sistemático de los mismos. En cambio, en las legislaciones que poseen un Código Mercantil, el concepto de comerciante tiene importancia primordial. En los sistemas subjetivos, porque en torno a la figura del comerciante se delimita el acto de comercio. Pero también los sistemas no subjetivos como el Francés y el Español, llevan la definición de comerciante en el primer artículo del Código de Comercio (14): 1o. por las consecuencias importantes de la cualidad de comerciante respecto de la persona misma. El comerciante goza y sufre las consecuencias de un estado jurídico, ejemplo: Obligaciones de carácter profesional, tratamiento especial de insolvencia. 2o. Los efectos jurídicos ligados a su actividad. La participación de un comerciante, en concurrencia con otros elementos, determina la calificación mercantil de ciertos contratos.

El artículo primero de dicho Ordenamiento Jurídico dice:

"Son comerciantes, los que, teniendo capacidad legal para ejercer el comercio, se dedican a él habitualmente". La nota esencial de esta definición de comerciante individual consiste en la unidad del concepto, que se manifiesta en un doble sentido" (15).

a) En el Derecho Español se es comerciante o no. De un modo absoluto, es decir, no hay comerciantes plenos ni comerciantes semiplenos, el concepto de comerciante es único e indivisible. En un criterio rígido y unitario, tiene el inconveniente de someter a las mismas

(14) JOAQUIN GARRIGUES. Curso de Derecho Mercantil, Séptima Edición, Editorial Porrúa, Pág. 269.

(15) Código de Comercio Español.

rigurosas obligaciones legales a todos los que ejercen el comercio; en cambio la costumbre ha ido dulcificando esta rigidez en el sentido de limitar las consecuencias jurídicas plenas de la cualidad de comerciante a los que ejercen una industria mercantil de cierta entidad económica.

b) En el Derecho Español, el comerciante individual se define por un criterio único de carácter real: el ejercicio del comercio; a diferencia del Código Antiguo que atendía al doble dato de la actividad mercantil y de la inscripción en la Matrícula de Comerciantes.

Más la definición legal del artículo primero del Código Español diversos autores no la admiten porque: 1.- No conviene sólo a lo definido. Ya que hay personas que teniendo capacidad legal para ejercer el comercio y ejerciéndolo efectivamente no son comerciantes, sino auxiliares de un comerciante. El Código de Comercio en consulta nos dá el concepto económico, indiferenciado, de actividad profesional del comerciante; no el concepto jurídico, diferenciado: la actividad jurídicamente responsable. 2.- Excluye a personas que son comerciantes: aquéllas que, sin tener capacidad legal para ejercer el comercio, lo ejercen, no por sí, sino por medio de representantes legales.

Para diversos tratadistas españoles, como lo son JOAQUIN GARRIGUES, la causa de esta imprecisión reside en haber omitido el requisito del ejercicio del comercio en nombre propio, como última nota jurídica diferenciadora. Por eso, diversos autores manifiestan que el estudio del comerciante debe comprender tres requisitos, de los cuales los dos primeros se encuentran en la definición que dá el artículo lo. del Código de Comercio: capacidad legal; ejercicio del comercio y habitualidad y ejercicio del comercio en nombre propio.

DERECHO ARGENTINO.

COMERCIANTE. GENERALIDADES.

La distinción entre comerciante y no comerciante tiene importancia en lo que atañe principalmente a la jurisdicción, según expresamente lo preceptúa el artículo 3o. del Código de Comercio.

Dentro de nuestro derecho vigente, interesa también la distinción entre comerciante y no comerciante, en cuanto al régimen de la prueba, especialmente en cuanto al valor probatorio de los libros de comercio.

En lo que se refiere al remedio legal contra la insolvencia, vale decir, que la Ley de Quiebras y Suspensión de Pagos determina que la quiebra de una sociedad producirá la de los socios ilimitadamente responsables, pues en tal caso, se trata de una quiebra por repercusión, que afectaría a quienes necesariamente serían comerciantes, a pesar de que la sociedad tiene autonomía patrimonial, es decir, es ella la que ejerce el comercio bajo su propia y autónoma personalidad, y consecuentemente, los socios de la Colectiva no deben considerarse como comerciantes por el simple hecho de ser socios colectivos.

De las diferentes referencias que contiene nuestro Código de Comercio, se pueden agrupar a los comerciantes en distintas categorías: entes individuales y colectivos, mayoristas y minoristas. Pero mientras esta última distinción carece de importancia práctica y jurídica, aquella tiene una mayor jerarquía.

De la definición del artículo 3o. del Código de Comercio, ésta está referida al ente individual. De ahí que sea preciso concretar su concepto.

C O N C E P T O .

Malagarriga, define al comerciante como "la persona capaz de existencia visible, que realiza, o por cuya cuenta son realizados en ciertas condiciones actos de comercio" (16).

Siburu, nos entrega este concepto del comerciante: "la personalidad mercantil en efecto, lleva como tal un "nombre" sometido a un régimen muy diverso al del nombre civil o patronímico, que puede ser éste mismo y otra designación especial; tiene, como consecuencia del nombre, una "firma" mercantil, que se llama "razón social" o denominación cuando se trata de sociedades; suele adoptar una "marca" para distinguir las mercancías de su tráfico; ejercita su acción en un local o establecimiento abierto al público, donde almacena o expone los artículos de comercio; llama sobre sí la atención del consumidor por medio de la publicidad en anuncios, circulares, rótulos, catálogos, muestrarios, etc., establece relaciones especiales con el público y forma una clientela y finalmente, determina una suma mayor o menor de confianza en su conducta y establece su crédito comercial".

Fernández lo define así: "Es comerciante quien ejerce una profesión comercial, entendiéndose por tal toda explotación o empresa que tenga por objeto la realización de actos de comercio" (17).

Rivarola (18), señala que el Código de Comercio Argentino contiene en realidad dos definiciones: la del artículo primero, en cuanto dice que "la ley declara comerciante a todos los individuos que teniendo capacidad legal para contratar, ejercen de cuenta propia actos de comercio, haciendo de ello la profesión habitual del individuo; y la del artículo segundo que parecería ampliatoria del anterior, cuando dispone que se llama en general comerciante toda persona que hace

- (16) MALAGARRIGA. Tratado Elemental de Derecho Comercial, Ed. 1951, T. 1, Pág. 95.
- (17) FERNANDEZ R.L. Tratado Teórico Práctico de la Quiebra, núm. 30.
- (18) RIVAROLA, M.A. Tratado de Derecho Comercial Argentino, T. I, núms. 10 y 11.

profesión de la compra y venta de mercancías". Estas dos definiciones, agrega, se encuentran ampliadas en el mismo texto legal cuando en contraposición a la idea general, expresa: "en particular, se llama comerciante, al que compra y hace fabricar mercaderías para vender por mayor o menor", y luego, a manera de ejemplo concluye: "Son también comerciantes los libreros, merceros y tenderos de toda clase, que venden mercaderías que no han fabricado".

No hay duda que en la interpretación de toda ley, no deben buscarse contradicciones, sino las posibles concordancias. De ahí que por su tiempo lo señalara Segovia (19), esta segunda definición carece de importancia para la legislación y para la doctrina.

El artículo 10. del Código en consulta, enumera varios requisitos cuya reunión determina que la ley declare comerciantes a quienes lo ejercitan. Dice: "La ley declara comerciantes a todos los individuos que, teniendo capacidad legal para contratar, ejercen de cuenta propia actos de comercio, haciendo de ello su profesión habitual". Como se aprecia, dichos requisitos son: capacidad legal para contratar, actuación por cuenta propia, ejecución de actos de comercio, profesión y habitualidad.

Respecto a la capacidad legal para contratar, no se refiere a la capacidad establecida en el Código Civil Argentino, sino a la especial acordada por el propio Código de Comercio. Así el menor de edad, mayor de 13 años, incapaz según el Código Civil, puede ejercer el comercio si se le acuerda la autorización que establece la ley mercantil de dicha entidad. Es claro en lo que atañe a los demás incapaces menores de 18 años, dementes, sordomudos, que no sepan darse a entender por escrito e interdictos, no pueden suplir su incapacidad como en el caso de los menores de edad, mayores de 13 años.

(19) SEGOVIA L. Explicación y Crítica del Nuevo Código de Comercio de la República Argentina, T. I, nota 21.

Rivarola sostiene que los incapaces y aún las personas por nacer pueden revestir la calidad de comerciante, funda su razonamiento en que el Código Civil Argentino prevé expresamente el caso que el tutor sea autorizado para continuar los establecimientos comerciales que un menor hubiese heredado, disposiciones aplicables a los curadores, en donde, concluye, no siendo el curador ni el tutor, comerciante titular del establecimiento o negociación mercantil, porque obran representando al incapaz, es éste y aún las personas por nacer quienes pueden revestir la calidad de comerciante (20).

Malagarriga (21), reconoce que los casos de esos "incapaces comerciantes" no están previstos en dicho Código de Comercio y que esa omisión puede dar lugar a situaciones muy complejas, pudiendo darse el caso de un establecimiento comercial sin titular comerciante y una quiebra sin deudor comerciante, todo lo cual, evidentemente, debió requerir la atención del legislador.

El referido autor menciona que la ley mercantil aludida es clara al respecto. Determina que el comercio debe ser ejercido por personas capaces, en nombre propio y por su cuenta, y la sola excepción a la capacidad legal del Código Civil, la constituye la autorización para ejercer el comercio.

Respecto al segundo requisito legal, el ejercicio "por cuenta propia", observamos que la Doctrina Nacional considera que no es indispensable para ser adquirir la calidad de comerciante; es suficiente que se ejerza en nombre propio, aunque sea por cuenta ajena, tales como los comisionistas, y "prestadores". Respecto a los corredores de bolsa, son considerados como comerciantes por la mayoría de los tratadistas argentinos, con la sola excepción de Segovia, quien estima que son simples intermediarios.

(20) RIVAROLA. Ob. Cit. Tomo II, Pág. 86.

(21) MALAGARRIGA. Ob. Cit. Tomo I, Pág. 96.

El tercer requisito está referido a los actos de comercio. Finalmente, el último requisito, la "profesionalidad", se vincula, íntimamente, del ejercicio efectivo y habitual de actos de comercio. En este ejercicio profesional de actos de comercio se encuentra su esencia.

Se ha dicho que los actos de comercio, tienen como característica la idoneidad para crear al comerciante, de donde se desprende la íntima vinculación entre unos y otros, al punto que si aquéllos realizan una función de características singulares, es claro que el ejercicio continuado de tales actos dará vida al desenvolvimiento de una actividad típicamente al comerciante.

Sobreentendido, que ese ejercicio profesional de actos de comercio está referido a los actos comerciales "por su naturaleza, y objetivos y no a los meramente formales". Es decir, aquellos actos que tienen una idoneidad para asignar la calidad de comerciante a quien los ejerce profesionalmente. En cuanto a los actos comerciales por su forma (a los cuales se les asigna ese carácter por ser útiles o indispensables para el comercio), su ejercicio, por más frecuente y habitual que sea, no atribuye por sí solo el carácter de comerciante. Nos referimos a la letra de cambio y demás documentos que se le equiparan. Como consecuencia, se ha señalado que el ejercicio de algunos actos determinados constituyen simplemente indicios que deberán apreciarse en cada caso particular y no confieren aisladamente la calidad de comerciante, para cuya determinación es necesario el ejercicio de una profesión habitual. Así, la sola voluntad de ejercer el comercio no es suficiente para convertir en comerciante a una persona.

COMIENZO, SUBSISTENCIA Y FIN DE LA CALIDAD DE COMERCIANTE.

Refiriéndonos siempre al comerciante como el ente individual, no hay duda que es difícil establecer con precisión el momento en que un sujeto comienza a ser tal, dado que es la profesionalidad del ejercicio de actos de comercio lo que caracteriza al comerciante, será menester la repetición de estos actos para que quien los realice pueda

ser considerado comerciante, pero deberá retrotraerse sus efectos hasta la época en que comenzó a ejercitarlos. No juega aquí la inscripción en la matrícula de comerciante establecida en el Código de Comercio Argentino, porque esta inscripción está presuponiendo, juntamente, la profesión comercial.

Sobre este particular, la doctrina Argentina se encuentra dividida: Fernández Obarrio y Castillo considera que el ejercicio del comercio puede manifestarse sin necesidad de que el comerciante haya realizado actos objetivos; estiman suficiente que haya ejercitado hechos que importen el comienzo del ejercicio efectivo, real, concreto, de dicha profesión. Tal ocurriría cuando se abre al público una casa de comercio, o cuando se compra un fondo de comercio con el propósito de continuar sus operaciones. Segovia, Siburu y Malagarriga, en cambio, enseñan que es indispensable, dentro de la definición legal del Código de Comercio Argentino, el ejercicio de actos objetivos de comercio, y que ese ejercicio constituya un hábito el cual sólo puede existir con la repetición, por lo que no es por tanto suficiente, la mera apertura al público del establecimiento comercial.

Diferente es el caso de los entes comerciales colectivos; ellos surgirán a la vida jurídica con el carácter de comerciales inmediatamente que haya quedado constituida la sociedad con los requisitos establecidos para cada tipo, y con independencia del positivo ejercicio de actos de comercio; a su respecto no se requiere ni la profesionalidad ni la habitualidad.

EL COMERCIANTE EN EL SISTEMA ESPAÑOL.
EL COMERCIANTE EN EL SISTEMA ARGENTINO.
EL COMERCIANTE EN EL SISTEMA ITALIANO.

En el Código Civil Italiano no figura la definición de comerciante.

La nueva legislación italiana, suprimiendo el Código de Comercio y unificando las obligaciones en un solo Código Civil, ha repudiado la dualidad de los derechos civil y comercial, y por esto, el Código actual, a diferencia de los Códigos de Comercio tradicionales, no se refiere ni al comerciante ni al acto de comercio.

Una nueva figura como centro de las actividades económicas aparece en el Código italiano de 1942 y es la del empresario, definido como quien ejerce profesionalmente una actividad económica organizada a los fines de la producción o del cambio de bienes o de servicios (22).

La noción de empresario es, pues, más amplia que la de comerciante. Pero el Código Civil se refiere a la empresa comercial, de lo que resulta que en el actual derecho italiano existe el empresario comercial, noción equivalente a la de comerciante.

La disposición legal prescrita que se refiere al empresario comercial es la siguiente:

EMPRESARIOS SOMETIDOS A REGISTRO.- Están sometidos a la obligación en el registro de las empresas los empresarios que ejercen:

1.- Una actividad industrial dirigida a la producción de bienes o de servicios.

2.- Una actividad intermediaria en la circulación de los bienes.

(22) Artículo 2028, Código Civil.

3.- Una actividad de transporte por tierra, por agua o por aire.

4.- Una actividad de banca o seguros.

5.- Cualquier otra actividad auxiliar de las precedentes.

Las disposiciones de la ley que se refieren a la actividad y a la empresa comercial se aplican, si otra cosa no resulta de la ley, a todas las actividades indicadas en este artículo y a las empresas que las ejercen (23).

Ahora bien, el empresario comercial está sometido a reglas especiales que pueden resumirse así (24):

a) Reglas especiales de publicidad, con obligación de inscribirse en el registro de empresas.

b) Algunas normas especiales sobre la capacidad para el ejercicio de la empresa.

c) Ciertas normas especiales en materia de representación.

d) Reglas relativas a los libros obligatorios de contabilidad y a su valor probatorio.

e) La adopción obligatoria de determinados tipos de sociedad.

f) Algunas normas especiales sobre la transmisión de la hacienda.

(23) Artículo 2195, Código Civil.

(24) SALAVEDRA, MANUEL. Págs. 27 y 28. Véase también ASCARELLI, LEZIONI, Pág. 173 y sig.

g) Las reglas aplicables en caso de insolvencia.

Ahora bien, no todos los empresarios son de la misma categoría. El Código Civil ha previsto "el pequeño empresario" -piccolo imprenditore- con una reglamentación especial (25).

Según el Código Civil son pequeños empresarios los cultivadores directos del fundo, los artesanos, los pequeños comerciantes que ejercen una actividad profesional organizada principalmente en el trabajo propio y de los miembros de la familia.

No se aplican a los pequeños empresarios las disposiciones sobre registro de la empresa, contabilidad, quiebra y concordata. Por otra parte, la sociedad comercial no puede nunca considerarse como pequeño empresario.

En fin, en cuanto a la capacidad para ser empresario ninguna restricción existe actualmente para la mujer casada. Los menores no emancipados no pueden ser empresarios a menos que se trate de continuar una empresa que pase a formar parte del patrimonio del menor, pero con la autorización del Tribunal. El menor emancipado puede ser empresario comercial mediante autorización del Tribunal.

(25) BIGIAMI. La pequeña empresa, Milán 1946.

EL COMERCIANTE EN EL SISTEMA HONDUREÑO.

El Código de Comercio de Honduras es uno de los más modernos y sobre todo es un Código en el cual se han introducido en los textos las ideas sobre los actos en masa y la empresa. En la exposición de motivos del Código se define el Derecho Mercantil como "el derecho de los actos en masa realizados por empresas" (26).

Y el Código de Comercio define el comerciante individual en función de la empresa y el comerciante social en función de la forma. El texto legal dice así (27):

"Son comerciantes:

I.- Las personas naturales titulares de una empresa mercantil.

II.- Las sociedades constituídas en forma mercantil".

Y como el comerciante y el titular de una empresa, el legislador hondureño define también la empresa diciendo que "se entiende por empresa mercantil el conjunto coordinado de trabajo, de elementos materiales y de valores incorpóreos para ofrecer al público, con propósito de lucro y de manera sistemática, bienes o servicios".

LA AUSENCIA DE DEFINICION DE COMERCIANTE EN EL CODIGO BRASILEÑO.

El Código de Comercio del Brasil (28), apartándose de la generalidad de los otros Códigos, no define ni los actos de comercio.

(26) Código de Comercio. República de Honduras. Talleres Aristos, Tegucigalpa, 1950, Pág. 6.

(27) Artículo 2 del Código de Comercio.

(28) Código de Comercio de 25 de junio de 1850.

Del articulado del Código lo único que resulta es que todo el mundo puede ser comerciante a condición de tener la libre disposición de su persona y de sus bienes, de no incurrir en una de las prohibiciones legales y de inscribirse en la matrícula de comerciante.

Sin embargo, la matrícula ha perdido su importancia y, por otra parte, la doctrina y la jurisprudencia vinculan a la noción de comerciante la noción no solamente de lucro, sino de profesionalidad habitual en lo que se refiere a los actos de comercio.

EL COMERCIANTE EN EL SISTEMA DE "COMMON LAW".

No existiendo en el derecho angloamericano la dualidad de derecho civil-derecho comercial, teóricamente no existe el comerciante como noción jurídica. Se trata de una noción económica o social, pero sin relevancia en el campo del derecho.

Esto es la teoría. Cabe preguntarse si es también la realidad. Examinaremos la cuestión en Inglaterra, país típico de common law. Es en Inglaterra donde la common law absorbió la law merchant en el siglo XVIII por obra de lord Mansfield y desde entonces la law-merchant derecho comercial inglés- dejó de ser el derecho de los comerciantes, los cuales sin derecho especial y autónomo y sin jurisdicción especial, desaparecieron como noción jurídica del derecho inglés. Desde el punto de vista jurídico no se debe hacer una distinción entre el comerciante y el no comerciante ni entre la sociedad comercial y la sociedad civil. Estas ideas inglesas han pasado a los países de common law.

Sin embargo, ya nos hemos referido a la posibilidad de ver en el derecho inglés una distinción entre el derecho civil y el derecho comercial.

Y en esta definición se percibe que el "comerciante" que no está definido por el derecho inglés como una figura jurídica opuesta a la del que no es comerciante, se percibe a veces en las leyes y en la jurisdicción precisamente con relevancia jurídica.

En ciertos casos, determinadas disposiciones legales se aplican únicamente a personas que sean comerciantes.

Así, la ley de venta de mercancías es una ley que podríamos calificar de comercial porque fue promulgada a la intención de los comerciantes y se aplica generalmente a comerciantes. Pero como es una ley general nada impide que se aplique a personas que no sean comerciantes y por lo tanto no puede decirse de un modo estricto ni que es una ley comercial ni que se perfila en ella la figura jurídica del comerciante.

Ahora bien, la noción jurídica del comerciante la vemos en una de las disposiciones de esta ley en la cual se dice que cuando las mercancías se venden en un mercado público según los usos del mismo, el comprador adquiere un título válido a condición de comprarlas de buena fé y sin tener conocimiento de los defectos o vicios del título del vendedor.

La noción de mercado público-market overt- es muy amplia y comprende todo comerciante que dispone de un almacén, tienda o escaparate, de suerte que se trata de una disposición legal que es una excepción a las reglas de la common law. Y como se trata de una excepción en favor de quienes son comerciantes, resulta que en este caso la noción de comerciante es una noción jurídica, pues la ley lo considera con efectos legales especiales distintos de los que se consideran en este caso a una persona no comerciante.

También se encuentra en otra ley la noción jurídica del mercantil agent- agente comercial-, el cual precisamente por ser agente comercial puede disponer de las mercancías en su posesión con el consentimiento de su principal, en el ejercicio ordinario de sus funciones de agente comercial como si el propietario de las mercancías le hubiera expresamente autorizado para el acto de disposición que realice, con las solas condiciones de la buena fé, del beneficiario del acto y de que éste no sepa al realizar el acto que el agente no tenía los poderes necesarios.

Y si nos referimos a las sociedades, es interesante señalar que en la partnership, que siempre es una sociedad con finalidad de lucro, existen reglas especiales relativas a las facultades de los gestores cuando se trata de una trading partnership, es decir, de una sociedad comercial (29). De lo que resulta que en este caso existe en Inglaterra una distinción jurídica entre sociedad comercial y una sociedad civil.

Para resumir, diremos que si en el derecho inglés no se define ni existe tan sólo el comerciante como noción jurídica, este principio no es absoluto, pues en ciertos casos se percibe la figura del comerciante con efectos jurídicos.

Y si nos referimos a los Estados Unidos, el principio es el mismo que en el derecho inglés. Pero también hay excepciones. Señalemos que el reciente Código de Comercio uniforme contiene reglas especiales que se aplican exclusivamente a comerciantes, lo que opone jurídicamente el comerciante a la persona que no es comerciante.

EL ESTADO COMERCIANTE.

El Estado y las corporaciones públicas actúan con frecuencia como comerciantes creando servicios o empresas que tienen un carácter industrial o comercial.

De suerte que el Estado o una corporación pública puede consagrarse a actividades comerciales y en la práctica lo hace acudiendo a fórmulas diversas. Unas veces atribuyéndose un monopolio, otras en concurrencia con las empresas privadas. Y en ambos casos puede tratarse de un servicio o departamento estatal o de una corporación especial o sociedad que pertenece íntegramente al Estado, o de una sociedad en la que participan a la vez el Estado y el capital privado.

(29) Lindley Law of Partnership, 11 Ed. Londres, 1950, Pág. 33.

Las actividades comerciales de los Estados se han desarrollado extraordinariamente con motivo de las nacionalizaciones que se han realizado en muchos países (30).

Pero no siempre el Estado es considerado como comerciante a todos los efectos jurídicos aunque realice actividades comerciales. Porque el Estado puede crear monopolios por motivos fiscales u otros de interés público. Y el carácter comercial de las actividades del Estado dependen de las circunstancias de cada caso concreto.

Sin embargo, de una manera general, el Estado es raramente un comerciante como los otros. Porque la finalidad del Estado no es hacer el comercio, que es una actividad interesada, sino actuar desinteresadamente con la finalidad del bien público; y si el Estado o persona morales de derecho público crean explotaciones comerciales que serían consideradas como comerciales si las realizaran individuos o sociedades, lo hace teniendo en cuenta consideraciones diversas como obtener ingresos para la persona pública, organizar mejor un servicio monopolizado la explotación, impedir que las personas privadas tengan demasiada influencia económica o hagan beneficios excesivos a base de monopolios de hecho (31).

Dejamos aparte la organización y la reglamentación de los servicios del Estado que ejercen actividades comerciales porque ello pertenece al derecho administrativo.

Tampoco examinaremos el caso de un Estado que ejerza el comercio en un país extranjero y recordaremos que en derecho internacional se admite que un Estado no puede alegar su inmunidad de jurisdicción cuando realiza actos comerciales en el país en que se le

(30) JULLIOT DE LA MORANDIERE Y BYE. Las Nacionalizaciones en Francia y el Extranjero, París, 1948.

(31) RIPERT. Tratado Elemental de Derecho Mercantil, París, 1954, Págs. 129 y 130.

asigne en justicia. En el caso concreto de buques propiedad del Estado, pero prestando un servicio comercial, una Convención internacional de 1926 los ha asimilado a los buques privados.

Hasta aquí nos hemos referido a los países llamados occidentales, es decir, aquéllos países en los que existe el comercio concebido y organizado como un conjunto de actividades privadas y en las cuales la actuación comercial del Estado es algo más o menos excepcional.

Pero en los países ex-socialistas, pertenecientes a la antigua U.R.S.S. y otras repúblicas socialistas, el comercio no existe en el sentido clásico de iniciativa y relaciones privadas, y por lo tanto, no existe un verdadero derecho comercial ni una noción del comerciante que pueda equiparse a la noción jurídica francesa ni a la noción económica angloamericana.

En estos países es el Estado el que ejerce el comercio, aunque la tendencia general es que no lo haga directamente sino mediante empresas autónomas financiadas y controladas por el Estado, pero que actúan como si fuesen independientes unas de las otras.

EL COMERCIANTE EN LOS PAISES SOCIALISTAS.

En la ex-Unión Soviética no existe el comercio ni como noción jurídica ni aún como noción económica. Por lo menos no existe en el sentido tradicional. De una manera general el comercio privado fue prohibido en el año de 1930 y en 1932 una modificación del Código Penal considera el comercio como un delito. Se permitió únicamente la subsistencia de pequeñas empresas privadas a condición de que no empleen obreros y obtengan una licencia (32).

(32) DAVID HAZARD. El Derecho Soviético, T. II, 1954, Pág. 14.

De suerte que dejando aparte esta especie de artesano que no tiene gran importancia práctica, el comercio está excluido de la iniciativa privada. De una manera general el comerciante es siempre el Estado, pero la tendencia que se acusa no solamente en la Unión Soviética sino en los demás países socialistas es que los industriales y los comerciantes sean empresas autónomas formadas y financiadas por el Estado, pero actuando como si fuesen entidades independientes.

CAPITULO II. ¿QUIENES SON SUJETOS DEL DERECHO
MERCANTIL MEXICANO?

El sujeto propio y característico del derecho mercantil es el comerciante. Sin ser el único sujeto de nuestra disciplina sí constituye el personaje principalísimo, el núcleo central y original del que nació y se desprendió el derecho comercial, y aquella persona por cuya actuación se califican de mercantiles, todavía hoy, muchos de los actos y negocios jurídicos.

Al lado del comerciante, otros sujetos del derecho mercantil existen, en cuanto están sometidos a la reglamentación de la legislación mercantil, por lo que toca a ciertos actos que realizan y en cuanto pueden demandar o ser demandados por los actos de comercio que ejecuten. Son ellos, en primer lugar, los llamados sujetos accidentales del derecho mercantil, o sea, "las personas que accidentalmente con o sin establecimiento fijo, hagan alguna operación de comercio" (Artículo 4o. C. Co.); en segundo lugar, los que podríamos llamar sujetos no accidentales que ejecutan ciertos actos de comercio (no por el fin), o sea, aquellos que realizan operaciones de comercio, frecuente o normalmente, sin que esto suponga una actividad profesional, o una ocupación ordinaria, o sin que el sujeto tenga capacidad de ejercicio, todo ello en los términos de la fracción I del Artículo 3o. del C. Co.; otros ejemplos de esta categoría los constituyen las personas que normalmente giran cheques, o quienes frecuente, pero no ordinaria ni habitualmente, compran para revender (libros, terrenos, casas, objetos antiguos, ropa, etcétera), sin tener almacén o tienda.

En tercer lugar, son sujetos del derecho mercantil aquellas personas colectivas, no comerciantes, constituidas o no con arreglo a las leyes mercantiles, que ejecuten actos de comercio o que inclusive hagan del comercio su ocupación ordinaria, a la que, no obstante, repugna la calificación de comerciantes, ya sea por ser éste un concepto de derecho privado y ellas, en cambio personas de derecho

público (Estado Federal, Estados extranjeros, Estados de la Unión, Municipios, organismos descentralizados, ciertas corporaciones de derecho público como el Banco de México, la Lotería Nacional, las Iglesias) o porque su naturaleza es contraria a la comercial, como es el caso de las fundaciones y de las instituciones de beneficencia (Montes de Piedad, Asilos, etcétera).

Por último, deberán también considerarse como sujetos de nuestra disciplina los comerciantes anómalos, que son las personas que cumplen los requisitos del artículo 3o. pero que: a) realizan una actividad ilícita sancionada penalmente (contrabando, impresión y venta de publicaciones prohibidas, comercio con armas o estupefacientes, etcétera; estos supuestos, que colocan al infractor como sujeto del derecho penal, también pueden dar lugar al ejercicio de acciones mercantiles derivadas, por ejemplo, del contrato de compraventa celebrado, y en la acción relativa al infractor-demandado sería sujeto o parte del derecho mercantil; b) pesa sobre ellos alguna prohibición de las contenidas en los artículos 12 y 13 del Código de Comercio (1); o, c) realizan habitualmente actos de comercio a pesar de que exista alguna incompatibilidad legal. En estas dos últimas categorías entran los corredores, los quebrados no rehabilitados, los sentenciados por delitos patrimoniales, los extranjeros no autorizados (o sea, todos los inmigrantes, salvo casos de excepción del "visitante" -artículo 50 fracción III LP-; y los inmigrados, pero sólo en el caso de una limitación expresa para el ejercicio del comercio que la hubiera impuesto la Secretaría de Gobernación, artículo 66 LP, y los notarios que ejerzan el comercio como ocupación ordinaria y, que por ello, estén sujetos a las sanciones previstas legalmente (2).

(1) PALLARES EDUARDO. Derecho Mercantil Mexicano, México 1941, p.p. 89 y S. S.

(2) Código de Comercio y Ley de Quiebras.

IMPORTANCIA DE LA DISTINCION DE LOS SUJETOS MERCANTILES COMERCIANTES Y NO COMERCIANTES.

La distinción de los sujetos del derecho mercantil no tiene una importancia meramente teórica o didáctica, sino que, además, adquiere relevancia práctica. En efecto, si bien todos los actos de comercio realizados por cualquier sujeto mercantil están regidos por las normas del derecho comercial, el ejercicio continuado o habitual de alguno de ellos hace nacer la presunción de ser comerciante su autor (3), lo que a su vez, establece la presunción de mercantilidad de los actos de comercio, que él realice (verbigracia, las compras y ventas especulativas de la fracción I del artículo 75 C. Co.), salvo prueba en contrario; contrariamente, los actos realizados por un no comerciante no se presumen como mercantiles, sino que respecto a ellos debe ofrecerse la prueba respectiva.

Ahora bien, sólo los comerciantes están sujetos a las obligaciones específicas del anuncio de la calidad mercantil, publicidad, contabilidad y conservación de la correspondencia (artículo 16 y siguientes del C. Co.) y sólo ellos pueden incurrir en quiebra (artículo 10. IQ) y como consecuencia, en los delitos propios de dicho estado (artículos 92 a 94 y 97, IQ y 391 y siguientes CP) (4).

Por último, la distinción entre comerciantes y no comerciantes es importante por cuanto a la calificación como mercantiles de ciertos negocios de los considerados como actos de comercio por nuestro sistema positivo. En efecto, como se sabe por la clasificación y análisis de los actos de comercio, una gran categoría de éstos se consideran como tales precisamente por intervenir

(3) PALLARES. Cit. Núm. 366, p. 911.

(4) Legislación de Impuestos Sobre la Renta anterior a la vigente de 1965.

comerciantes en ellos, de tal manera que si los sujetos interesados en los actos y negocios relativos, no son comerciantes, los actos no son mercantiles, o lo son por consideración distinta al sujeto que interviene (5).

En este caso están los actos comprendidos en el artículo 75 del Código de Comercio, fracciones XIV (operaciones de bancos), XVIII (los depósitos en los almacenes generales), XX y XXI (las obligaciones de los comerciantes a no ser que se pruebe que se deriven de una causa extraña al comercio), así como la llamada fianza de empresa (artículo 7o. LIF) (6); si en cualquiera de dichos actos o negocios no interviere un comerciante de los comprendidos en el artículo 3o. C. Co., sino en la medida que ello sea legalmente posible un sujeto distinto, que incluso puede ser otro sujeto del derecho mercantil, estaremos en presencia, generalmente, de una actividad civil y no comercial, ya que para que se pueda tener a alguien como comerciante es necesario que llene los requisitos previstos por los artículos 3, 16 y 17 del Código de Comercio; y no basta para comprobar la calidad de comerciante una simple declaración testimonial.

LA CLASIFICACION DEL ARTICULO 3o.

El artículo 3o. alude a los dos únicos tipos de comerciantes que pueden existir, a saber, los individuales y los colectivos; éstos, claramente están regulados en las fracciones II y III; los individuales, están comprendidos en la fracción I.

El criterio legal para la calificación de unos y otros es distinto, ya que mientras para los comerciantes comprendidos en la fracción I se exige una actividad real y objetiva (hacer del comercio

- (5) BARRERA GRAF JORGE. Instituciones de Derecho Mercantil, P. 158., Editorial Porrúa, S.A., México, 1989.
- (6) BARRERA GRAF JORGE. Ob. Cit. P. 160.

una ocupación ordinaria), para las sociedades a que se refiere la fracción II, basta el cumplimiento de determinados requisitos de tipicidad o de forma (que las sociedades estén constituidas con arreglo a las leyes mercantiles), y por último, para las sociedades extranjeras a que alude la fracción III, tanto se exige la actividad real (ejercer actos de comercio), como el cumplimiento de los requisitos y formalidades exigidos por el sistema legal del que procedan (artículos 15 C. Co. y 251 fracción I LGSM en relación con dicha fracción III del artículo 3o. C. Co.) (7). En lo que se refiere a su capacidad para contratar, se sujetarán a las disposiciones del artículo correspondiente del título de Sociedades Extranjeras.

Ahora bien, si es cierto que los dos tipos de comerciantes derivan de las distintas fracciones del artículo 3o., no es cierto, en cambio, que la fracción I sólo aluda a los comerciantes individuales, y que sólo sean comerciantes colectivos o sociedades los comprendidos en las fracciones II y III; efectivamente, casos hay de sociedades no constituidas con arreglo a las leyes mercantiles, que, no obstante, son comerciantes, por hacer del comercio su ocupación ordinaria, como sería el caso nada insólito de las sociedades civiles cuyo objeto o finalidad fuera mercantil. Estas sociedades, a las que Mantilla Molina considera como sociedades mercantiles irregulares (número 67, página 101), estarían comprendidas en la fracción I, y no en la II o III del artículo 3o. (8).

EL COMERCIANTE INDIVIDUAL. IMPORTANCIA Y EVOLUCION.

El comerciante ha sido y sigue siendo un elemento básico y fundamental del derecho mercantil. Lo fué cuando nuestra disciplina se estructuró con un criterio subjetivo, en torno, precisamente, del comerciante matriculado, y lo es todavía en la actualidad, tanto en

(7) PALLARES. Op. Cit, p.p. 924

(8) RODRIGUEZ Y RODRIGUEZ JOAQUIN. Curso de Derecho Mercantil Tercera Ed., p. 192, México, 1957.

sistemas subjetivos, como el alemán, como en sistemas predominantemente objetivos, como el nuestro, a pesar de que el texto del artículo 1o. de nuestro Código sostenga que sus disposiciones son aplicables sólo a los actos comerciales.

Decimos que el concepto es fundamental en ambos sistemas, porque como afirma Hamel (9), en los derechos de tipo objetivo fundados en el acto de comercio, el ejercicio de la actividad mercantil quiere decir, ejecución de actos, de ciertos de ellos al menos, lo cual se atribuye profesionalmente al comerciante; igualmente, en el derecho alemán, junto al concepto de comerciante o empresario inscrito, respecto al cual la matriculación es esencial para calificar de mercantiles (o en su defecto, de civiles) los actos que realice (artículo 2o. C. Co. al.), existe el concepto de comerciante en función del ejercicio de una profesión comercial, es decir, en función de la realización de actos de comercio, con independencia del registro de comerciantes.

Al lado de los actos de comercio y de la organización y funcionamiento de la empresa, la actividad del comerciante es esencial para determinar el contenido y el concepto de nuestro derecho mercantil.

Tradicionalmente, el concepto de comerciante se ofrece en función de dos notas: la intermediación y el lucro; así, desde las Partidas, se define al mercader "como aquel que vende e compra las cosas de otri, con intención de las vender a otri por ganar en ellas"; concepto éste que perduró hasta el Código francés de 1808, en el que dichas dos notas fueron sustituidas por una expresión sintética semejante, a saber: ejercer actos de comercio, como profesión habitual (artículo 1o.).

(9) RODRIGUEZ Y RODRIGUEZ. Ob. Cit, Núm. 344, pag. 414.

La definición del Código de Napoleón, a su vez, fué acogida por el Código español de Sáinz de Andino, por el alemán de 1865, por el C. Co. it. de 1882, por el español vigente de 1885.

Por otra parte, la intermediación y el lucro, o el ejercicio habitual u ordinario del comercio, se requería que fueran acompañados de la exteriorización, de la ostentación de la calidad de comerciante; un mercader clandestino no era concebible. Por ello, además de importantes razones políticas y económicas, en los albores del derecho mercantil se exigió a los comerciantes la matriculación, o sea, su inscripción en un libro especial (matrícula) que se llevaba en las Corporaciones, Consulados, Universidades de Mercaderes. Los gremios y corporaciones de comerciantes matriculados constituyen el origen del derecho comercial.

La obligación de matrícula perduró en Francia hasta la Revolución de 1789, que al prescribir la libre asociación, impidió la subsistencia de los gremios de comerciantes (10); así se explica que el Código de Comercio francés nada diga respecto a la obligación de los comerciantes de matricularse.

Sin embargo, dicha obligación, que como fenómeno universal también existió en España, fué respetada por el Código de Comercio de 1829, y aunque no pasó al código vigente de 1885 como requisito obligatorio, sino meramente potestativo (artículo 17), sirvió seguramente para configurar los primeros textos de derecho comercial del México Independiente.

EVOLUCION EN MEXICO.

El concepto de mercader dado por las Partidas, fué acogido en

(10) RIPERT GEORGE. Tratado de Derecho Mercantil, París, núm. 124, pág. 57.

la Nueva España, a través de la vigencia de dicho Ordenamiento, que, como se sabe, perduró con pocas interrupciones muchos años después de la Independencia, hasta 1884 (11). Con anterioridad a dicho año, en que entró en vigor el C. Co. de Baranda, el Código de 1854 había adoptado casi literalmente la definición de Comerciante del Código Español de Sáinz de Andino (Artículo 5o. C. Co. 1854); y los Proyectos de Código de Comercio de 1869 y de 1880, ofrecían una definición semejante, si bien, la primera no incluía la matriculación (artículo 27) y sí la segunda (artículo 5o.).

El Código de 1884, igualmente, acogió la idea de la ocupación habitual, y, como veremos, se alejó ya definitivamente de la obligación de la matrícula (12).

En cuanto al Código vigente, el texto de la fracción I del artículo 3o. es una síntesis más elegante de la definición del Código de 1854, en la que se elimina el calificativo habitual, se mantiene el de ordinaria (que es sinónimo), referente, no ya al "tráfico mercantil", sino al ejercicio del comercio, respetándose también la supresión de la matrícula obligatoria del C. Co. de 1884.

Por último, en el Proyecto del C. Co. de 1953 se califica al comerciante en función de la realización profesional de actos de comercio (artículo 2o.)

LA MATRICULA DE LOS COMERCIANTES

Mención especial debemos hacer de la obligación impuesta tradicionalmente a los comerciantes en el derecho de la Nueva España y

(11) FERRERO MEJICANO. (Ed. de Don Anastasio de Pascua), México 1834, T IV, p. 7.

(12) Código de Comercio de 1884, artículo 5o.

del México Independiente, de ostentar su calidad, mediante la inscripción en la matrícula.

Por auto acordado de 23 de marzo de 1677, ante "lo mucho que el consulado abusa de su jurisdicción", se resolvió "no admitir a su fuero mercader alguno que no estuviese matriculado y conocido por tal, con las calidades que las leyes disponen para admitirle a la matrícula" (13).

El requisito de la matrícula fué dispensado por Real Cédula de 4 de marzo de 1719, disponiéndose, en cambio, "que se tenga por suficiente la notoriedad de ser mercader, y en su defecto la información que se hace si el demandado lo es, o no; empero, siguió exigiéndose la matriculación para ser admitido en las elecciones de Prior y de Cónsules en el Consulado de México, como se desprende de la Real Orden de 28 de septiembre de 1743, que estableció la "alternativa que debe observarse entre las dos parcialidades de Montañeses y Vizcaynos en la elección de Prior, Cónsules y demás oficios de dicho Real Tribunal" (14).

A raíz de la Independencia y a tenor de las nuevas corrientes, se suprimió la obligación de los comerciantes de matricularse, tanto para adquirir la calidad como para elegir representantes en los consulados, según se desprende del Febrero Mejicano que no hace referencia a dicha obligación (15). Tampoco se requirió la matriculación para elegir representantes ante los

(13) BELEÑA. Recopilación sumaria de todos los autos acordados de la Real Audiencia y Sala del Crimen de esta Nueva España, México, 1787, p. 34.

(14) BELEÑA. Recopilación sumaria de los autos de la Real Audiencia y Sala del Crimen de esta Nueva España, México, 1787, I, p. 34 y S. S.

(15) RIPERT. Ob. Cit., núm. 207, p. 85.

Consulados, por la sencilla razón de que éstos fueron suprimidos por Decreto de 16 de octubre de 1834.

Nuestro primer ordenamiento mercantil, o sea, el Decreto de Santa Anna de 1841, al restablecer los tribunales de comercio, volvió a exigir la obligación de matricularse "en lugar donde haya tribunal mercantil", dio el concepto de la matrícula, fijó su alcance (artículo 3o.) y estableció el trámite para inscribirse (artículo 4o.). (16).

El Código de Comercio de 1854 conservó la obligación de la matrícula (artículo 5o. y 14 a 22), sancionando a "los que se dediquen al comercio sin matricularse previamente... con multa de cinco a doscientos pesos; a que los contratos mercantiles que celebren no produzcan acción civil, pero sí obligación civil perfecta, y en caso de quiebra será ésta reputada y declarada fraudulenta".

Por lo que respecta al Proyecto de 1869, se separó del sistema de la matrícula, a la que volvía mediante reglamentación minuciosa el Proyecto de 1880 (artículo 5o., 37 y 53).

El Código de Comercio de 1884 suprime definitivamente este requisito (artículo 5o. y 9o.) siguiendo el ejemplo de sus modelos extranjeros, los códigos francés e italiano de 1882 (17).

Por lo que respecta a nuestro código vigente, debemos admitir que no establece la matriculación obligatoria, sino meramente potestativa (artículo 19), aunque ordenando que los individuos comerciantes "quedarán matriculados de oficio al inscribir cualquier documento cuyo registro sea necesario". Por tanto, si bien potestativa, la matriculación se convierte en general, ya que es

(16) Nuevo Febrero Mejicano, 1851, T. II, p.p. 278 y S. S.

(17) GARRIGUES JOAQUIN, Tratado, Cit., T. I, Vol. I, p. 343.

difficil que un comerciante no tenga que inscribir alguno de los documentos a que se refiere el artículo 21, u otros no comprendidos en dicha norma, pero que presente la inscripción en los términos del artículo 31.

Ahora bien, es bueno aclarar que tanto de los propios términos del artículo 19, como de nuestras costumbres comerciales, se desprende la diferencia de esta "matriculación potestativa", con aquella otra de carácter obligatorio, establecida tradicionalmente entre nosotros por el Decreto de 1841 y el Código de Comercio de 1854, que copiaron al español de 1829. Tan es así, que el registro de comercio es obligatorio para las sociedades mercantiles y potestativo para los individuos que se dedican al comercio; asimismo, el registro de los poderes generales es obligatorio para las citadas sociedades y para los comerciantes que voluntariamente se hayan matriculado, pero no para aquellos que no se han inscrito en el registro; además, el objeto de ese registro es que conste de una manera auténtica, la situación jurídica de una sociedad o comerciante, para la seguridad de los que con ellos contratan, y la omisión del repetido registro, sólo implica la nulidad de los actos no registrados, en tanto que perjudiquen derechos de tercero, de modo que si el demandado ha tenido conocimiento del poder otorgado por el comerciante actor a su mandatario, la falta del registro en nada puede perjudicarle ni es causa para que oponga la excepción de falta de personalidad a quien lo demanda.

LA OBLIGACION DE PUBLICAR EL ESTADO DE COMERCIANTE.

Si bien, no en todas las épocas ni en todos nuestros ordenamientos mercantiles ha existido la matriculación obligatoria, sí se ha exigido siempre, aunque no con el mismo rigor, la obligación de manifestar al público, por diversos medios, la calidad y la función de ser comerciante.

En la época colonial, aunque se dispensó la inscripción en la matrícula como requisito para ser comerciante, se exigió, "la notoriedad de ser mercader y en su defecto la información que se hace

si el demandado lo es o no".

Con posterioridad a la Independencia hasta nuestros días, la publicidad y el anuncio de la calidad de comerciante siempre se ha exigido. Así, con anterioridad al Decreto de Santa-Anna de 1841, nuestra doctrina interpretó la definición que de mercader daban las Partidas como si ella exigiera los medios de publicidad previstos en el artículo 17 del Código de Comercio español de 1829; lo que, dicho sea incidentalmente, comprueba la gran influencia que tuvo en México la legislación española, posterior a 1821.

El Decreto de Santa-Anna se contentó con señalar la obligación de la matrícula, exigiendo la inscripción de actos tales como el traslado o cierre de negociaciones, el aumento de otro establecimiento, la separación como socio de una sociedad, la disolución de éstas, etcétera (artículo 14); además, al lado de la matrícula, la doctrina que comenta este Decreto exigía la obligación impuesta en el Código español, de inscribirse en el Registro Público de Comercio.

El Código de 1854 acudió como medio de publicidad, además de la matrícula, al Registro Público de Comercio, para la "inscripción en un registro solemne de los documentos cuyo tenor y autenticidad deben hacerse notorios" (artículo 28, párrafo 1o.), y en el primer artículo referente a dicho Registro (artículo 29), se ordenó la matriculación general de los comerciantes y de ciertos documentos, entre los cuales se estipulaban "las circulares en que anuncien su dedicación al Comercio" (18).

Al derogarse el Código de 1854, se volvió al sistema que rigió desde la Independencia hasta la promulgación del Decreto de 1841,

(18) TORNEL Y MENDIVIL. Manual de Derecho Mercantil Mexicano, México, 1854, p. 120.

según se comprueba en la Curia Filipica en que se reproducen los argumentos y las razones del Febrero Mejicano. En el Proyecto de 1869, el artículo 42 reproducía en lo esencial lo dispuesto por el artículo 14 del Código de Comercio español de 1829, y en el artículo 49 se indicaba que la prueba de la calidad de comerciante se podía otorgar por la notoriedad pública y por "todos los elementos de convicción que puedan invocarse ante la autoridad para establecer la existencia de un hecho cualquiera".

El Código de 1884 estableció entre las obligaciones de los comerciantes (título Segundo del Libro Primero) la del anuncio de la calidad mercantil (artículo 43) y la del registro de documentos (artículo 44 y siguientes).

En cuanto al Código vigente de 1890, sigue el sistema del Código anterior, ya que fija "las obligaciones comunes a todos los que profesan el comercio", en el Título Segundo del Libro Primero, si bien en forma más explícita establece como primera obligación (artículo 16 fracción I), "la publicación por medio de la prensa, de la calidad mercantil con todas sus circunstancias esenciales y, en su oportunidad, de las modificaciones que se adopten". Se establece, además, la obligación de inscribir en el Registro Público de Comercio "los documentos cuyo tenor y autenticidad deben hacerse notorios" (fracción II). La no observancia del precepto, no contiene sanción alguna. Sin embargo, en ciertos casos, lo hará incurrir en la responsabilidad que presenta no anunciar o participar a los comerciantes de la plaza, la sustitución de la persona encargada de su administración, indicando su nombre y su firma. En efecto, en algunas relaciones, la persona encargada o Gerente de la Administración del negocio, cuyo nombre y firma es conocida por todos los comerciantes de la plaza y de aquellas con quienes constantemente por razones del giro se relaciona, es despedido por incurrir en fraude o abuso de confianza. Pues bien, para no incurrir en la responsabilidad de los actos que realice el ex-administrador o ex-gerente, con aquellos comerciantes que siempre lo han tratado como lo que era, es necesario anunciar y comunicar el nuevo nombramiento de la persona que lo sustituya como encargado,

administrador o gerente del negocio.

Por lo que toca al anuncio de la calidad mercantil, el artículo 17 reprodujo, casi literalmente, lo dispuesto por el artículo 43 del Código de Baranda, y respecto a la matrícula o inscripción del comerciante individual, que, como ya dijimos, se estableció como potestativa (artículo 19), se indican los hechos y actos que deben inscribirse (artículo 21, fracciones I a XIX).

En el Proyecto del Código de comercio de 1953 también establecía como obligación "el anuncio de la calidad del comerciante y el del establecimiento de sucursales o agencias, que se hará mediante declaración de la Cámara de Comercio o de Industria correspondiente", e imponía como única sanción en caso de incumplimiento de esta obligación, multa de cien a quinientos pesos.

IMPORTANCIA DE LA PUBLICIDAD EN NUESTRO DERECHO, RESPECTO AL STATUS DE COMERCIANTE.

A pesar, de que, como queda dicho, la publicidad respecto al estado de comerciante puede considerarse entre nosotros como una tradición no interrumpida, es obvio que la reglamentada en el Código de Comercio vigente (artículo 16 a 32) está lejos de significar un presupuesto, o siquiera un requisito para devenir comerciante (19). Tanto puede ser comerciante quien no se anuncia ni se registra, como no ser comerciante quien se anuncia y se registra.

En efecto, a semejanza del derecho italiano (20), el nuestro no contiene un registro de comerciantes, ya que el existente es registro de comercio (véase, por ejemplo, artículo 18 y 20 del C. de Co.) en el que se inscriben fundamentalmente negocios jurídicos y

(19) RODRIGUEZ Y RODRIGUEZ. Ob. Cit., pag. 243.

(20) NAVARRINI. Tratado teórico Práctico de Derecho Comercial, Turín, 1920, I, p. 295.

documentos; es cierto que el artículo 21 del Código de Comercio se refiere "a la hoja de inscripción de cada comerciante", pero también es cierto que, por disposición expresa del artículo 19 del Código de Comercio, "la inscripción o matrícula en el Registro mercantil será potestativa para los individuos que se dediquen al comercio" (comerciantes individuales), lo que ha motivado que en la práctica comercial no se acuda a la inscripción subjetiva, a que alude el artículo 21 (21).

Por otra parte, de ninguna norma de nuestro derecho positivo, ni de costumbre mercantil alguna, se desprende que la calidad de comerciante derive de su exteriorización, ya sea a través del Registro, o mediante los medios de publicidad a que se refiere el artículo 16, fracción I, y sobre todo el artículo 17; en este aspecto, conserva nuestro derecho mercantil el principio general del sistema mexicano, de no atribuir a la inscripción en el Registro función constitutiva, sino meramente declarativa, (artículo 320 in fine Co. Com.).

Podemos, pues, acoger la afirmación de Vivante (22) de que "la voluntad de ejercer el comercio no hace las veces de su ejercicio efectivo: no basta titularse comerciante en actos públicos o privados, fingirse tal, aun recurriendo a artificios dolosos..."; es necesario el ejercicio efectivo de comercio, el hacer del comercio su ocupación ordinaria, para convertirse en comerciante.

¿Qué alcances tienen, sin embargo, las normas que atribuyen al comerciante la obligación de anunciar su calidad mercantil?

Fácil sería afirmar que por gravitar dichas obligaciones

- (21) MANTILLA MOLINA ROBERTO. Derecho Mercantil, Editorial Porrúa, México, 1987, p. 122.
- (22) VIVANTE. Tratado de Derecho Mercantil 5a. Edición, Madrid, 1932, p. 171.

sobre quien ya es comerciante, nada agregan a dicha calidad; pero el problema es que se use de dicha forma de publicidad, e incluso se acuda al registro, no por quien ya ejerza el comercio en forma habitual, sino por quien pretenda ejercerlo posteriormente (lo que constituye una práctica normal inevitable), o bien, por quien quiera aparentar una situación frente a terceros, sin proponerse el efectivo ejercicio ulterior de tal actividad (falso comerciante o comerciante aparente), con la finalidad de gozar de las ventajas que tiene el ejercicio de comercio (verbigracia, ejecución de ciertos actos de comercio, adquisición de créditos, etcétera) (23).

Este problema reviste particular importancia por el alcance que algunos autores (sobre todo de derecho sucesorio -heredero aparente-, cambiario y de sociedades) han querido dar al principio de la apariencia, en relación a la seguridad del tráfico mercantil y a la protección que debe brindarse a los terceros de buena fé. Se sostiene que por significar la publicidad y sobre todo, el registro, una declaración pública, distinta a la manifestación de voluntad propia de todo negocio jurídico, no está regida por las reglas que se aplican al consentimiento (dolo, error, sino que dicha declaración a la generalidad, tiene un carácter específico, que consiste, precisamente, en la presunción de que cuanto en ella se afirma responde a la verdad, y tal carácter es debido a la indeterminación de los destinatarios y al hecho de que el público no tiene medios para poder controlar la verdad del contenido, por lo que la presunción que surge no admite prueba en contrario, en virtud del principio de que los terceros no deben ser dañados por actos dolosos o culposos del declarante".

No obstante, tal alcance del principio de la apariencia, que como dice Stolfi equivale a afirmar la fé pública de las inscripciones en el Registro y de los medios de publicidad que se utilicen, no está admitido ni por la ley ni por la costumbre, fuentes ambas que exigen

(23) MANTILLA MOLINA. Ob. Cit., p. 115.

del comerciante el ejercicio habitual del comercio y la capacidad necesaria, por lo cual, debe desecharse.

PRESUNCION DE SER COMERCIANTE.

Rechazar que en virtud de la apariencia se constituya una presunción absoluta de que quien se registre y acuda a la publicidad es comerciante, independientemente de la actividad real que realice, no significa privar de todo efecto a la exteriorización u ostentación de la calidad mercantil, ni tampoco equivale a considerar como intrascendentes las obligaciones a que se refieren los artículos 16 y 17 del Código de Comercio. Afirmamos, por el contrario, que algunos efectos producen dichas formas de exteriorización, sobre todo respecto a un fenómeno jurídico, como es el carácter de comerciante, al que repugna la clandestinidad (24), y que ha exigido siempre, en nuestro derecho y en derecho extranjero, el ostentarse públicamente.

A nuestro juicio, el efecto de una publicidad consistente en la inscripción en el registro, en la utilización de los medios a que se refiere el artículo 17, así como de cualquiera otros (verbigracia, las declaraciones fiscales de iniciación de actividades comerciales, artículo 60 Ley del Impuesto Sobre la Renta, o el empadronamiento que se reglamentaba en la Ley del Impuesto sobre Ingresos Mercantiles, artículo 14), se reduce a crear una presunción relativa de que la persona que a tales medios acude, es comerciante, en los términos de la fracción I del artículo 3o. del Código de Comercio; por tanto, no sólo que ejerce el comercio como actividad ordinaria sino también, que tiene la capacidad legal para ello. Consecuentemente, quien niegue al comerciante tal calidad, debe aportar las pruebas correspondientes, y probado que se trata de un falso o aparente comerciante, se destruye y viene a menos la presunción que se desprende de los medios de publicidad usados.

(24) GARRIGUES. Ob. Cit., p. 348.

Por otra parte, si la propia persona que acudió a un medio de publicidad, para ostentarse como comerciante, es la que, mediante la prueba correspondiente, pretende desvirtuar la presunción de ser ella comerciante, debemos precavernos de admitir, sin más el venir a menos dicha presunción, ya que los actos de publicidad respectivos pudieran constituir una maniobra del falso comerciante, quien debe sufrir los efectos de su proceder ilícito, según el principio "nemo auditur propriam turpitudinem allegans". Así pues, por una parte, con Vivante, afirmamos que el falso comerciante debe resarcir los daños que hubiera causado a los terceros engañados, y ello, por aplicación del artículo 1910 del Código Civil; y por otra parte, que dicho falso comerciante no puede invocar, para librarse de una personalidad profesional (verbigracia, quiebra), el no serlo realmente, cuando dolosamente se haya ostentado como tal. Sin embargo, si el falso comerciante fuera incapaz (menor o interdicto), no incurriría en quiebra ni podría solicitar su suspensión de pagos, porque dichas instituciones son privativas de los comerciantes.

En otros derechos, la presunción es expresa; así, en el Código de Comercio español artículo 3o. (25), en el derecho brasileño, artículo 9o. del Código de Comercio, y en el argentino, artículo 32 del Código de Comercio, si bien, en estos últimos ordenamientos la presunción está subordinada a la existencia de la matrícula obligatoria (26).

En el derecho italiano, el artículo 4o. del Código de Comercio de 1882 establecía una presunción distinta, a saber, la del carácter comercial de las obligaciones contraídas por los comerciantes; sin embargo, Vivante afirma la presunción de ser comerciante como consecuencia del registro, cuando dice: "la inscripción crea solamente

(25) GARRIGUES. Ob. Cit., p. 350.

(26) BOLARIO ROCCO VIVANTE. Derecho Comercial, T. II, Vol. II, Buenos Aires, 1947, p. 59 y S.S.

una presunción de comercialidad para el inscrito, salvo prueba en contrario que puede aportarse por el mismo comerciante inscrito o por sus acreedores, porque es de interés público que sólo adquiera la calidad de comerciante quien realice efectivamente actos objetivos de comercio". Rocco, sólo habla de una "presunción de mero hecho -presumptio hominis- o un indicio de que quien está inscrito ejerce el comercio, indicio que por sí solo es insuficiente cuando no le acompañan otros elementos de prueba.

Esta presunción de mercantilidad de los actos realizados por comerciantes, no se establece como general en nuestro derecho, pero sí para ciertos contratos, como el préstamo (artículo 358 del C. de Co.), el transporte (artículo 576, fracción II).

El proyecto del Código de Comercio de 1953 también establecía presunción absoluta de que ciertos actos son mercantiles, pero no en función del comerciante, sino, por una parte, de los actos que tengan como fin organizar, explotar, traspasar o liquidar una negociación o empresa de carácter lucrativo, y por la otra, de los actos que recaigan sobre cosas mercantiles (artículo 3o.).

CAPITULO III. EJERCICIO DEL COMERCIO

Entremos ahora al análisis de la fracción I del artículo 3o. del Código de Comercio, a efecto de precisar el concepto de cada uno de los elementos de la definición contenida en dicha norma.

Principiemos por precisar lo que debe entenderse por ejercer el comercio, para enseguida analizar el sentido de ocupación ordinaria, y por fin averiguar cuál es la capacidad legal, exigida por el precepto aludido.

Tradicionalmente, por ejercicio del comercio se ha interpretado la ejecución de aquellos actos que se califican de mercantiles en razón del fin o motivo de especulación que mueve a su autor para realizarlos (1).

Mantilla Molina ha propuesto que la interpretación de dicha nota se haga en función de la organización y explotación de una empresa mercantil, de manera que sólo sean comerciantes los empresarios, es decir, los titulares de negociaciones comerciales, en relación precisamente, con la empresa. Esta opinión válida de lege ferenda, para un nuevo derecho mercantil estructurado en función y en torno de la empresa que identifica indebidamente los conceptos de empresario y comerciante y que restringiría la actuación y la calificación de éste a la ejecución de ciertos actos de comercio por el fin, no puede admitirse en el estado actual de nuestro derecho, como el propio Mantilla Molina lo reconoce, porque dejaría fuera de la definición de la fracción I a quienes ejecutan ordinaria, habitual o profesionalmente actos de comercio especulativos, pero fuera de la organización de una empresa comercial, como son los comerciantes ambulantes, los dueños de misceláneas, tendajones, tahonas, tabernas, comedores, tortillerías, torterías, etcétera, o quienes realizan el transporte de personas en sus

(1) TENA J. FELIPE. Derecho Mercantil Mexicano, Editorial Porrúa, México, p. 153 y S.S.

autos (ruleteros) o camiones; o quienes explotan talleres de reparación (de autos, radios, aparatos eléctricos, etcétera) o talleres de artesanía o de servicios que no constituyen empresas desde el punto de vista económico y jurídico.

Además no todo empresario es comerciante, porque como ya vimos, ni toda empresa es mercantil (verbigracia, empresas agrícolas), ni todo empresario comercial es sujeto privado del derecho mercantil (verbigracia, el Estado, el Municipio, un organismo descentralizado, etcétera).

Por otra parte, la afirmación de nuestra doctrina y de diversos autores extranjeros de que la ejecución reiterada de actos de comercio por el fin, es lo que atribuye a la persona el carácter de comerciante (2), debe ser revisada porque tampoco, a nuestro juicio, es plenamente válida.

En efecto, por un lado, no es cierto que todo acto de comercio por el fin, al ejecutarse habitual y repetidamente atribuya la calidad de comerciante a quien lo ejecute (3) ya que aquellos actos de comercio que se realizan por las compañías de seguros y la realización de la actividad aseguradora misma no atribuye, sino que supone, el carácter de comerciante. Por otra parte, los actos mercantiles realizados por la empresa y dentro de la organización de ella, son actos de comercio por el fin, y no siempre y no todos esos actos atribuyen carácter de comerciante al empresario que los realiza, ya que las empresas de Estado y aquellas que constituyen en nuestra organización administrativa empresas u organismos descentralizados, como Pemex, Ferrocarriles Nacionales, el IMSS, no confieren a sus titulares dicho status jus-privatista de comerciante. Además, ciertos actos no comprendidos en los términos literales de las fracciones I, II, V a XI y XVI del artículo 75 del Código de Comercio, que son las que comprenden a los actos de

(2) BOLAFFIO Y ROCCO. Principios, Ob. Cit, 2 II, p. 7

(3) MANTILLA MOLINA. Ob. cit, núm. 112, p. 89.

comercio por el fin, atribuye a quien los realiza habitualmente el carácter de comerciante. Lo que pasa es que estos actos se comprenden por analogía (artículo 75, fracción XXIV del C. de Co.) dentro de los supuestos de algunas de las fracciones I, II, V a XI.

Lo cierto en cambio, es que, como se ha afirmado siempre, tanto en nuestra tradición nacional como de la madre patria y la más antigua doctrina jus-mercantilista (4), toda actividad de comercio especulativo al ejecutarse en forma habitual o reiterada, atribuye a su autor el carácter de comerciante, con las excepciones que enseguida se indican. Este criterio permite superar los reparos que Mantilla Molina opone a la doctrina tradicional en el sentido de que "falta un criterio general para señalar los actos que pueden imprimir al sujeto el estado de comerciante" (5), puesto que sí existe tal criterio y él consiste, precisamente, en la ejecución de una actividad lucrativa o de especulación. En nuestra opinión, el concepto de comerciante a que se refiere la fracción I del artículo 3o. del Código de Comercio, coincide con el concepto usual de un profesionista comercial, que comprende tanto a quien realiza en forma habitual una actividad de intermediación (comerciante en sentido estricto y tradicional) como al titular de una empresa mercantil (6), puesto que ambos efectúan actos de especulación o lucro. Sin embargo, de estos supuestos y de la regla general arriba indicada se deben excluir ciertos sujetos, porque las actividades lucrativas de intermediación no sean mercantiles, o porque tampoco tengan tal naturaleza, las empresas de que sean titulares. Son, en efecto, excepciones a dicha regla, los siguientes casos:

a) Que la actividad comercial la realice un ente de derecho público a quien por esta razón repugne, jurídicamente, la calificación de comerciante, que está reservada a sujetos de derecho privado.

(4) JUAN DE HEVIA BOLANOS. Curia Filípica, Madrid 1740 II, P. 262.

(5) Ob. Cit, núm. 112, p. 89.

(6) GARRIGUES. Tratado, Cit. I 1, p. 329.

b) Que dicha actividad suponga ya el ser comerciante; es decir, que nuestro Ordenamiento exija para ciertas actividades comerciales especulativas el que sean realizadas exclusivamente por sociedades, las cuales son comerciantes en los términos de la fracción II y III del mismo artículo 3o., pero para quienes no rigen los requisitos de la fracción I. Tal es el caso, entre otras actividades, de la banca, de los seguros, de la fianza de empresa. El ejercicio de dichas actividades, que ciertamente tienen naturaleza especulativa y que, además, se realizan profesionalmente, no atribuye al sujeto el carácter de comerciante porque él tiene ya, y debe ya tener, legalmente dicho carácter para poder realizar tales funciones.

c) Por último, que a pesar de realizarse una actividad de lucro, los actos que se ejecuten y la actividad misma no sean comerciales, como es el caso de las empresas mercantiles agrícolas, del ejercicio de profesiones liberales, de las "ventas que el cultivador haga de los productos de su finca o de su cosecha" (artículo 75, fracción XXIII), nuestra opinión de no ser ésta una actividad mercantil).

Ahora bien, en los casos de que exista una prohibición o un impedimento legal para que la persona se dedique al ejercicio del comercio, y que a pesar de ello dicha persona haga de éste su ocupación ordinaria, estaremos también en presencia de comerciantes, si bien anómalos, como sería el caso de los corredores (artículo 12, fracción I C. Co.), los extranjeros no autorizados para realizar actos de comercio especulativos (artículo 23 C. Co.), los quebrados no rehabilitados, los condenados por delitos patrimoniales (artículo 12, fracción II y III), los notarios públicos (artículo 17 ley del Notariado).

Casos hay de actos de comercio que al realizarse reiterada o masivamente, con fines especulativos, otorgan carácter de comerciante a quienes los realizan, independientemente de que ellos no estén comprendidos de manera expresa dentro de los actos de comercio por su finalidad o motivo. Sería éste el caso de quienes prestan servicios con fines lucrativos pero fuera de la organización de empresa, como los

dueños de automóviles de alquiler ("ruleteros"), o de quienes con sus camiones y autobuses se dedican a transportar habitualmente pasajeros, cereales, frutas, legumbres, flores, carbón, leña, artículos de importación, etcétera; o quienes explotan pequeñas empresas y talleres que por su tamaño no son empresas comerciales (7).

Contrariamente, ciertos actos mercantiles en razón de su objeto, como los cambiarios (emisión, aceptación, endoso, aval de títulos de crédito), los concertados con la navegación, o la exploración o explotación de mina, a pesar de su reiteración no atribuyen el carácter de comerciantes a quienes los ejecutan, salvo que, además de esta nota, se realicen con la finalidad especulativa. De aquí que la suscripción ordinaria de cheques, la navegación científica, de placer o deportiva, la actividad minera de los "gambusinos", no confieren tal calidad; y sí, en cambio, la actividad del naviero o la del minero que se efectúen con fines de lucro.

Por último, la realización de las actividades en que consiste el ejercicio del comercio para el comerciante, supone, obviamente, que los actos sean lícitos y que no estén prohibidos respecto a quien los celebre; sin embargo, el ejercicio del comercio puede consistir, o pueden comprenderse en él, actos ilícitos, sin que ello prive al comerciante de su carácter de tal, ni le impida adquirir dicha calidad; se trataría, en este último caso, solamente, de un comerciante anómalo, sujeto a todas las obligaciones y responsabilidades de éste. Puede suceder, en efecto, que los actos de comercio que se ejecuten sean ilícitos, verbigracia el comercio de artículos prohibidos, lo que no impide para quien los realice habitualmente u ordinariamente, si goza de la capacidad legal, sea comerciante; aunque, por supuesto, dichos actos y semejante actividad estén sujetos a sanciones penales y administrativas (8). De igual manera, puede tratarse de una empresa dedicada ocultamente a actividades ilícitas (verbigracia, el contrabando

(7) MANTILLA MOLINA. Ob. Cit, núm. 87, p. 68.

(8) GARRIGUES. Tratado, Cit. I, 1, p. 437.

o el tráfico de estupefacientes), cuyo titular sería comerciante.

La conclusión anterior se impone, si se admite, como creemos que debe admitirse, por una parte, que quien se ostenta como comerciante sin serlo, se presume como tal (el caso del comerciante falso o aparente), y por otra parte, que deviene comerciante (si bien anómalo) la persona sobre quien pesa una prohibición de ejercer el comercio a nombre propio, cuando viola dicha prohibición. ¿Qué razón habría, en efecto, para atribuir en estos dos casos calidad de comerciante a quien obra en violación de una norma, y negarla en el otro caso, por obrar ilícitamente? Debe tenerse en cuenta, en apoyo a esta tesis, que negar la calidad de comerciante a quien ordinaria y profesionalmente realizara actos de comercio ilícitos, supondría que dicha persona gozaría de la apariencia que ostenta y no estaría sujeta, en cambio, al procedimiento de quiebra, ni a los delitos propios de los comerciantes; y que a virtud de esa apariencia, el particular no comerciante que lo demandara lo haría en juicio mercantil (en virtud del principio acogido en nuestra ley -artículo 1050 del C. de Co.-)

OCUPACION ORDINARIA

Como hemos visto, tanto en nuestra legislación comercial, como en el derecho extranjero (Francia, Italia, España, Alemania), hacer el comercio la ocupación ordinaria, significa ejercer el comercio, o más concretamente realizar ciertos actos de comercio en forma habitual o profesional (9).

La fracción 1 del artículo 3o., cuando habla de ocupación ordinaria, no quiere decir otra cosa que celebrar actos de comercio como profesión habitual, según la terminología del artículo 1o. del Código de Comercio de Napoleón (10).

(9) BOLAFFIO. Ob. Cit. 2, II núm. 111, p. 25.

(10) BOLAFFIO. Cit, 2, II, núm. 3, p. 10.

Ahora bien, por el ejercicio habitual u ordinario del comercio, debemos entender, primero una reiteración de actos, los cuales, en segundo lugar, sean de carácter homogéneo y constituyan, en tercer lugar, una actividad sistemática.

En efecto, lo habitual u ordinario, supone lo repetido, lo insistente, lo reiterado; por ello, en general, la ejecución de un acto aislado no supone el ejercicio del comercio, ni atribuye calidad de comerciante a quien lo realiza (11), sino que se requiere la ejecución de varios actos para adquirir el carácter de comerciante.

Pero además de plurales, los actos deben ser semejantes u homogéneos (12), o sea, de una naturaleza igual o parecida; es decir, que la persona ejecute actos similares de enajenación de muebles o inmuebles con un fin especulativo, o bien, que realice los actos necesarios para organizar y explotar una empresa mercantil; o realice actividades reiteradas de mediación de comisión, de préstamo dentro de la organización de empresas; pero no que hoy compre una cosa con el deseo de revenderla y mañana pretenda actuar de intermediario en negocios mercantiles, y después se dedique a actividades industriales. Los actos deben ser, en general, de la misma especie (13), es decir, deben presentar entre sí cierta uniformidad (verbigracia, la intención lucrativa) y continuidad. Por último, los varios actos homogéneos normalmente se refieren de manera sistemática a una finalidad, más o menos constante (14), o sea, con palabras de Vivante, "la profesión habitual debe consistir en una actividad sistemática y autónoma".

No se requiere que dicha actividad sea la única o la principal (15), ni que ella signifique el único o el principal medio de vida del

(11) GARRIGUES. Tratado, Cit. I, 1, p. 348.

(12) BOLAFFIO. Cit. 2, II, p.p. 8 y S.S.

(13) VIVANTE. Tratado Cit, núm. 102, p. 169.

(14) NAVARRINI. Ob. Cit,

(15) MANTILLA MOLINA. Cit. núm. 113, p. 90.

comerciante (16), por el contrario, si se quiere, la actividad puede ser marginal y hasta secundaria, porque predomine otra, como por ejemplo, una profesión liberal o una actividad agrícola; pero el ejercicio reiterado de actos de comercio implica una finalidad común a todos y cierta ordenación o sistematización de la conducta de quien los realiza para obtener con ellos el fin que les es propio; a saber, el lucro y la intermediación en el cambio.

Ahora bien, si para adquirir la calidad de comerciante no basta, por lo general, un acto aislado, sino varios de ellos, tenemos que admitir que, por lo que toca a la mera ejecución de actividades mercantiles, la calidad de comerciante no se adquiere súbitamente, salvo que la celebración de actos o negocios comerciales vaya precedida o acompañada de alguna publicidad; igualmente por lo general, no se pierde el carácter de comerciante por la falta de ejecución de actos de comercio: se necesita que sobrevenga una cosa que inhabilite al sujeto para ejercer el comercio, o que esa inactividad se prolongue, y que se proceda, además, a borrar los efectos de toda publicidad a que se hubiera acudido para ostentar tal calidad.

LA CAPACIDAD PARA SER COMERCIANTE.

La definición legal del comerciante individual (artículo 3o., fracción I) exige la capacidad de la persona para ejercer el comercio; se trata de un requisito que invariablemente ha sido exigido en nuestra tradición jurídico-mercantil (17) y que impone la conclusión de que en el derecho mexicano sólo es comerciante individual, la persona que tenga capacidad de actuar como tal, es decir, que tenga la facultad de contratar y obligarse por sí mismo (o por representante que nombre), o sea, la persona que tenga la llamada capacidad de ejercicio, que se manifiesta procesalmente en la facultad de reclamar el cumplimiento de los derechos (legitimación activa), o responder, directa y

(16) RODRIGUEZ Y RODRIGUEZ. Curso, Cit. I, p. 38.

(17) Art. 5o. de C. de Co. de 1854 y del de 1884.

personalmente, del cumplimiento de las obligaciones (legitimación pasiva).

La capacidad de goce, la tienen todos en nuestro sistema, tanto los mayores de edad, como los menores e interdictos, e inclusive los aún no nacidos que sean viables (artículo 22 y siguientes C. Civ.), en tanto que cualquiera de ellos puede ser titular de derechos y recibir por distintos medios (herencia, legado, donación, transmisión onerosa) los beneficios de dichos actos jurídicos; en cambio, la capacidad para ejercer los derechos, para actuar y comparecer en juicio (artículo 424 C. Civ.), se adquieren con la mayoría de edad, al cumplir dieciocho años (artículo 646). La regla general es, pues, que sólo él puede, consecuentemente, hacer del comercio su ocupación ordinaria.

Contrariamente, el menor es incapaz (18), no puede ejercer el comercio, ni por tanto, ser comerciante o actuar como tal; para el ejercicio de sus derechos obra por y con la representación legal de sus padres o abuelos (patria potestad) (artículo 414) o de un tutor (tutela) (artículo 449) Código Civil.

De igual manera, son incapaces, y no pueden ser comerciantes, ciertas personas mayores de dieciocho años y otras enfermas o viciosas a las que la ley común priva del ejercicio de derechos por virtud de la interdicción; ellos son, según el artículo 450, "los mayores de edad privados de inteligencia por la locura, idiotismo e imbecilidad, aun cuando tengan intervalos lúcidos" (fracción II); los sordomudos que no sepan leer ni escribir (fracción III), y los ebrios consuetudinarios y los drogadictos (fracción IV).

Todas las personas que tienen incapacidad natural y legal, según establece el artículo 450, están sujetas a tutela (artículo 464), la que se confiere en juicio de interdicción reglamentado en el Código de Procedimientos Civiles (artículo 902 y siguientes) y en el que se

(18) MANTILLA MOLINA. Cit. núm. 101, p.p. 80 y 81 4a. Edición.

declara "el estado de incapacidad de la persona que va a quedar sujeto a ella (a la tutela)" (artículo 462). Por tanto, el menor estará sujeto a patria potestad o tutela; y el demente, idiota, imbecil, sordomudo, ebrio consuetudinario o que habitualmente abuse de las drogas enervantes, cuando sean mayores de dieciocho años, estarán sujetos a la tutela, pero siempre, "previo juicio de interdicción" (artículo 464 C. Civ.). Ni aquél, ni éstos, pueden ser, ni actuar, como comerciantes, en cuanto carecen de la capacidad legal para ejercer el comercio (artículo 3o. fracción I C. Co.).

Esta opinión no es compartida plenamente por la doctrina nacional ni por la extranjera, que afirma la posibilidad de que el menor o el incapaz, excepcionalmente, sean o conserven la calidad de comerciantes; sin embargo, es la conclusión que se impone de la interpretación de la norma clara y terminante contenida en la fracción I del artículo 3o., y del texto del artículo 5o., según el cual: "Toda persona que según las leyes comunes es hábil para contratar y obligarse y a quienes las mismas leyes no prohíben expresamente la profesión del comercio, tiene capacidad legal para ejercerlo".

Es cierto como entre nosotros afirman Tena y Mantilla Molina, siguiendo las enseñanzas de Garrigues en el derecho español y de Vivante en el italiano, que claramente las normas (tanto la fracción I del artículo 3o., como el artículo 5o.) se refieren, no a la capacidad de goce, sino a la de ejercicio; es decir, no a la capacidad para ser sujeto de derechos y obligaciones, a la capacidad jurídica general, que dice Garrigues, sino a la capacidad para contratar y obligarse, para actuar en el comercio y obrar por sí o por medio de representante.

Esta enseñanza se basa también en el concepto mismo del comerciante, el cual exige, además de la capacidad de obrar, la profesionalidad, es decir, la reiteración, el ejercicio activo, real repetido de actos de comercio; implica, la profesión de comerciante, una actividad, o como dice su definición legal, que el individuo haga del comercio su ocupación ordinaria; por ello, cuando a capacidad se refiere, dicha definición tiene que aludir únicamente a la capacidad de

obrar, de ejercer la actividad, de poder realizar los actos de comercio en que consiste la "ocupación ordinaria", la profesión del comerciante. Pero de aquí no se deriva, ni puede admitirse, la tesis de Garrigues, acogida entre nosotros por Mantilla Molina, que afirma que no refiriéndose la disposición legal a la capacidad jurídica general o capacidad de goce, tampoco debe considerarse que exija o que fije requisito alguno para ser comerciante, sino sólo para actuar como comerciante (19), por el contrario, la adquisición de carácter de comerciante, supone y requiere la posibilidad legal para actuar como tal; ser comerciante exige poder actuar como tal, y actuar como comerciante implica y supone el poder serlo; no se puede ser comerciante sin que se pueda actuar, y viceversa; el concepto de comerciante exige el ejercicio del comercio: no es, ni deviene comerciante, la persona que, activa o pasivamente, realiza un acto de comercio, o que es sujeto de uno o varios actos o negocios mercantiles, sino sólo aquella persona que hace del comercio su ocupación ordinaria; es decir, que realiza una actividad habitual, que ejerce la profesión.

Lo anterior no quiere decir, por supuesto, que el comerciante, no pueda valerse de un representante para ejercer su actividad profesional; todo lo contrario, la capacidad de ejercicio no excluye, sino que comprende, el derecho de que el titular nombre a un apoderado o a un factor para que lo represente, y que no sea el representante sino el representado a cuyo nombre se obra, el que adquiera o conserve la calidad, el status de tal. Lo que sí quiere decir, en cambio, es que si el comerciante quiere actuar por representante, en cuanto al ejercicio ordinario o habitual del comercio, debe tener la capacidad de nombrarlo, es decir, que la representación sea convencional y proceda de apoderamiento expreso o del nombramiento de un cargo ad-hoc (verbigracia, gerentes y factores); inversamente, en cuanto la norma que define al comerciante, exige de éste la capacidad de ejercicio, se excluye, fatal e ineludiblemente, que el incapaz pueda ser o permanecer como comerciante, o sea el menor de edad no emancipado, el interdicto,

(19) GARRIGUES. Ob. Cit. y MANTILLA MOLINA *ibidem*.

así tuviera éste que actuar por representante legal y necesario (no voluntario, como es el padre (artículo 414) o el tutor (artículo 449)).

En contra de esta tesis se puede argüir que, de acuerdo con la doctrina prevaleciente, el menor que hereda una negociación (artículo 556), y que actúa en ella por la representación de su tutor es comerciante (20). Esta afirmación, a pesar de lo extendido, no es sostenible y no lo compartimos, como a continuación hemos de ver; pero, además, nada concluye, porque la hipótesis a que se refiere el artículo 556 sería en todo caso excepcional. Decir que tanto es comerciante el mayor de edad, con capacidad de obrar, como el menor no emancipado y el interdicto que actúan por la representación de sus tutores, es suponer que estos representantes podrían legalmente ejercer el comercio a nombre y por cuenta de sus pupilos, y esto es falso, como se desprende de las limitaciones que el derecho civil fija a la actuación de los tutores (artículos 537, 540, 557 a 559, 561, 563, 565, etcétera), las cuales hacen imposible el ejercicio del comercio.

Aún admitiendo, como creemos que debe admitirse, las limitaciones que fija el capítulo X del Título Noveno del Libro Primero del Código Civil, para el desempeño de una tutela, no se aplican al caso del tutor que represente al menor heredero (o legatario, o donatario, etcétera) (21) de una negociación, porque de aplicarse impediría el ejercicio de la empresa, subsiste la prohibición que se deriva de la fracción I del artículo 3o. y del artículo 5o. del Código de Comercio: si para ser comerciante se requiere la capacidad para ejercer el comercio, si el menor que hereda dicha negociación no tiene dicha capacidad, se sigue lógica y necesariamente, que dicho menor no es ni puede ser comerciante.

La definición de la fracción I citada, excluye que el comerciante individual pueda estar representado por un tutor, porque

(20) PALLARES. Cit. núm. 309, p.p. 827, 837 y 3.S.

(21) BOLAFFIO, Cit. 2, II, p. 99.

dicha representación legal (no voluntaria) sólo se otorgaría para quienes carecen de capacidad legal para ejercer el comercio, que es el requisito y el supuesto fijado por la norma; en cambio, dicha definición no excluye la representación voluntaria, que otorga el propio comerciante (poder) porque ella se refiere, precisamente, por la persona capaz.

Tampoco podemos admitir que el caso del menor empresario del artículo 556, esté comprendido en la autorización para ejercer el comercio a que se refería el artículo 6o. del Código de Comercio, ya que para tales menores no cabría la emancipación de sus padres o tutores, que permitía el precepto antes indicado, por tanto, esa disposición, como el artículo 7o. que le concedía capacidad plena, fueron derogados por Decreto del 27 de enero de 1970, en consecuencia los menores de dieciocho años estarían impedidos de ingresar como socios de cualquier sociedad mercantil, por aplicación de lo dispuesto en el artículo 5o. del Código de Comercio: toda persona que según el Código Civil es hábil para contratar y obligarse, tiene capacidad legal para realizar actos de comercio.

Por último, es también insostenible afirmar que el menor que hereda una negociación, o que la recibe por cualquier otro título jurídico, "se considere como emancipado" y que puede administrar y convertirse en comerciante, en los términos a que se refiere el artículo 435 del Código Civil, porque, en efecto, el artículo 556 del mismo Ordenamiento supone la administración del tutor, no la del menor, y además, los requisitos del artículo 435 (que el menor adquiere la administración por disposición de la ley o por voluntad del padre) son ajenos a dicho artículo (22).

Ahora bien, de que el menor que adquiere a título gratuito una empresa, no sea comerciante, no se sigue que no sea empresario, lo que

no implica lo otro. Se puede ser empresario sin ser comerciante (23), como sucede con ciertas sociedades de economía mixta o instituciones descentralizadas como Pemex y Ferrocarriles; y se puede ser comerciante sin ser empresario, como es el caso de todos los pequeños comerciantes, ejemplo: ambulantes, dueños de misceláneas, etcétera.

La titularidad de la empresa no otorga ni confiere en nuestro Derecho, por sí misma, status de comerciante.

¿Cuál es la sanción que el derecho impone por violación a la prohibición establecida en la fracción I del artículo 3o. del Código de Comercio, es decir, qué sanción pesa sobre el menor que realice de hecho una actividad comercial, o sobre los actos por él realizados?

Nuestra legislación mercantil es omisa, porque, en efecto, no somete a pena alguna al menor que ejerza el comercio; ni siquiera lo hace incurrir en quiebra, en cambio, por aplicación supletoria del derecho común se sanciona con una nulidad relativa (art. 2224 en relación con el 2225, 2226 y 2227 del Código Civil) a los actos (no a la actividad misma, que está privada de sanción) realizados por el incapaz, y concede al representante del menor, acción para demandar dicha nulidad, independientemente de la buena o mala fé de quien hubiera contratado con el incapaz. Debe excluirse, para la procedencia de la acción de la nulidad, el caso de que el propio menor hubiera actuado de mala fé, ocultando su incapacidad o engañando a terceros respecto a ella (art. 640 del Código Civil).

En éste último caso, dicho menor, además, aparentará ser comerciante, se reputaría como tal para todos los efectos (incluso la quiebra) la presunción que admite prueba en contrario, en función a la apariencia y en homenaje a la protección que debe concederse a los terceros, siempre que éstos sean de buena fé, es decir, siempre que racional y prudentemente puedan suponer que contrataban con un mayor de

(23) MANTILLA MOLINA. Cit., número 100, p. 79.

edad o con un emancipado (24).

Por lo que sería indispensable que el Código de Comercio estableciera que los menores que se dediquen al comercio sin capacidad para ello, no adquieran la calidad de comerciantes, debiéndose señalar también en dicho Ordenamiento, una sanción a los padres o tutores por la actuación comercial de los pupilos, cuando lo pudieran impedir y no lo hicieran.

SUJETO MERCANTIL ACCIDENTAL.

Sujetos del derecho mercantil lo son tanto quienes realizan accidentalmente actos de comercio (art. 4o.) como los comerciantes (art. 3o.).

CAPACIDAD DE EJERCICIO.- Toda persona que tiene capacidad de ejercicio de derecho civil la tiene también para realizar por sí misma actos de comercio. Sin embargo, algunos de estos actos no pueden celebrarse válidamente sino por personas que reúnan determinados requisitos; v.gr.: sólo las sociedades anónimas pueden emitir los títulos-valor llamados obligaciones; el carácter de asegurados sólo puede ser asumido por sociedades autorizadas por el Estado, etc.

Pero en todo caso en que no exista una disposición legal expresa en contrario, los actos de comercio pueden ser celebrados por cualquier persona física no incapacitada civilmente.

Esto no significa que los incapaces y las personas morales no puedan realizarlos nunca; podrán hacerlo por medio de representantes. Por ello es necesario estudiar cuáles son sus facultades con referencia a los actos mercantiles: tema que, así planteado, parece más propio del derecho civil; pero que se trata, de ordinario, dentro del mercantil. Si el incapaz celebrase por sí mismo actos de comercio, correrían la

(24) NAVARRINI, Tratado, Cit. I, núm. 256, p.p. 346 y S.S.

suerte de los demás negocios en que fuera parte: serían anulables.

Actos realizados por representantes de incapacitados.- El fin perseguido por el conjunto de normas civiles que establecen las atribuciones de quienes ejercen la patria potestad y de los tutores en lo que respecta al patrimonio de los incapacitados puestos bajo su guarda, es indudablemente, la conservación de dicho patrimonio y no su incremento; por ello, se rodea todo género de precauciones la enajenación de los elementos que lo constituyen y se procura la mayor garantía para invertir el numerario disponible (arts. 436, 437, 441, 542, 557, 561, 562 y 563 del Código Civil). De aquí se sigue que no han de exponerse los bienes del incapaz al riesgo que acompaña siempre a la especulación mercantil, y por tanto, que no podrán celebrarse en su nombre los actos cuya mercantilidad depende de la intención con que se realizan (adquisiciones para enajenar o alquilar; empresas).

Por el contrario, como los actos absolutamente mercantiles conservan este carácter aun cuando falte en ellos todo propósito de especular y la consiguiente asunción de riesgo, podrán eventualmente ser realizados por los representantes del incapaz. El Código Civil prevé la venta de títulos-valor, y autoriza a quienes ejercen la patria potestad (art. 436) y a los tutores (art. 563), para que la celebren, sin necesidad de autorización judicial, al precio de plaza del día en que se efectúe. El dinero del incapaz puede prestarse con garantía hipotecaria (art. 436 y 557 del C.C.); por analogía, cabe decidir que puede invertirse en bonos, cédulas u obligaciones hipotecarias, cuya adquisición tiene el carácter de acto de comercio (art. 75, fracc. III C. Com.). El tutor puede, con autorización judicial, obtener préstamos a nombre de su pupilo (art. 575 del C.C.); por mayoría de razón, podrán obtenerlos los que ejercen la patria potestad. El juez puede, si es requisito para obtener en buenas condiciones el préstamo, autorizar que se otorgue un pagaré, que se suscriba una letra de cambio; con ello, a nombre del incapaz, se celebrará un acto de comercio.

Si el representante del incapaz deposita dinero de su pupilo en un banco (art. 1o. y 267 de la LGTOC), realiza acto de comercio, y lo

mismo si dispone por medio de cheques del dinero depositado (art. 10. y 175 de la LGTOC).

Con los ejemplos propuestos queda abundantemente comprobado que hay actos absolutamente mercantiles que pueden ser celebrados en nombre de un incapaz, por sus representantes legales.

También los actos cuya mercantilidad resulta de su objeto, pueden ser realizados a nombre y por cuenta del incapaz, v.gr.: adquisición de una embarcación de recreo proporcionada a las rentas del incapaz.

Efectos de los actos de comercio ilegalmente celebrados.-

Si el representante del incapaz ejecutara un acto de comercio que exceda de sus facultades, tal acto sería nulo, como contrario a una ley prohibitiva (art. 80. del C.C.). Igual nulidad afectaría al acto realizado por el representante de una persona moral que ejecutara un acto de comercio en contravención de la Ley (arts. 80., 26 y 27 del C.C.).

LOS COMERCIANTES INDIVIDUALES

Capacidad para ser comerciante.- De la letra de la fracción I del artículo 30. del C. Com., se podría pretender deducir que sólo las personas que tienen capacidad legal para ejercer el comercio pueden ser comerciantes. Pero ésta sería una afirmación tan errónea como la de que sólo las personas que tienen capacidad legal para realizar actos jurídicos pueden ser propietarios. En una y en otra proposición se confundiría la capacidad de ejercicio con la capacidad de goce. Y es que, efectivamente, debe distinguirse entre capacidad para ser comerciante y capacidad para actuar como comerciante (25).

(25) GARRIGUES, Tratado, núm. 170.

La primera, la capacidad para ser comerciante, la tiene, como regla general, cualquiera persona, sin que a ella obsten las incompatibilidades y prohibiciones que la ley establece tomando en consideración la persona misma del presunto comerciante, ni las restricciones que las leyes especiales imponen para determinados ramos de la actividad mercantil (banca, explotación de substancias del subsuelo, explotaciones forestales, fianzas de empresa, industria eléctrica, pesquería, seguros, transportes).

En cuanto a la capacidad para ejercer el comercio, es preciso distinguir la situación del mayor de edad que no ha sido declarado en estado de interdicción, que la tiene plena (art. 5o.), y la situación de los incapacitados y de los emancipados.

Incapacitados.- Los menores de edad no emancipados, los locos, idiotas e imbéciles, los sordomudos que no saben leer ni escribir, los ebrios consuetudinarios y los afectos a drogas enervantes, no pueden realizar válidamente actos jurídicos (arts. 450 y 635 del C.C.), y por lo tanto, no pueden ejercer el comercio por sí mismos.

Sin embargo, los incapacitados serán comerciantes si, por medio de sus representantes legales, explotan una negociación mercantil (26). Surge así el problema consistente en determinar en qué casos están facultados los representantes legales de un incapaz para explotar una negociación mercantil; problema cuya resolución encuentra base en el artículo 556 del C.C., que a la letra dice: "Si el padre o la madre del menor ejercían algún comercio o industria, el juez, con informe de dos peritos, decidirá si ha de continuar o no la negociación; a no ser que los padres hubieren dispuesto algo sobre este punto, en cuyo caso se respetará su voluntad, en cuanto no ofrezca grave inconveniente a juicio del juez."

El texto del artículo 556 es susceptible de interpretación

extensiva: es evidente que no solamente ha de aplicarse al menor, sino a cualquier incapacitado a quien sus padres dejen por herencia una negociación mercantil; y por mayoría de razón, si en vida de los que ejercen la patria potestad el incapacitado hereda una negociación, podrá, con los requisitos del artículo 556, quedar en su patrimonio (27).

Lo mismo puede decirse si se ofrece donar una negociación mercantil al incapacitado.

De igual modo, si un comerciante es declarado en estado de interdicción, su tutor podrá continuar explotando la negociación de la que es titular el incapacitado, que, no obstante su interdicción, conservará el carácter de comerciante.

Así, la norma contenida en el citado artículo puede formularse diciendo que si el incapacitado adquiere a título gratuito una negociación, o si es declarado en estado de interdicción el titular de una, el juez decidirá si ha de continuar su explotación.

Ahora bien: la explotación de una negociación mercantil implica necesariamente la existencia de un comerciante. De acuerdo con los principios de la representación en los actos jurídicos, éstos producen sus efectos con relación al representado, y será, por tanto, el incapacitado, y no su representante legal, quien adquiera el estado correspondiente.

Debe advertirse que el representante legal del incapacitado (ascendiente o tutor) puede asumir la función de dirigir personalmente la negociación, o puede confiarla a un tercero. Uno u otro tendrán la consideración legal de factor y quedarán sometidos a las normas que rigen a este auxiliar del comerciante.

(27) TENA, núm. 86; RODRIGUEZ RODRIGUEZ, Curso, Pag. 40; PUENTE y CALVO, núm. 35; DE PIÑA, núm. 42 y PALLARES, núm. 298.

Resta decir que el status (28) de comerciante acarrea consecuencias no sólo de orden civil, sino penal (principalmente en caso de quiebra). Es obvio que únicamente las primeras son imputables jurídicamente al incapacitado, pues de los hechos delictuosos responderá solamente la persona que por sí misma los haya realizado: representante legal o factor (art. 102 LOSP).

Emancipación.- Hasta enero de 1970, el Código de Comercio contenía disposiciones que permitían al emancipado, mayor de 18 años, ejercer por sí mismo el comercio. El 27 de enero de este año se publicó un Decreto del Congreso Federal que deroga los artículos 6 y 7 del Código de Comercio, así como la fracción VIII del artículo 21, de manera que, en la actualidad, los emancipados no pueden ejercer el comercio, para lo cual se requiere, conforme al artículo 5o., ser hábil para contratar y obligarse, conforme a las leyes comunes.

Incompatibilidades y prohibiciones.- Es frecuente en las leyes extranjeras la incompatibilidad entre ser comerciante, y más aún, ejercer el comercio, y determinadas profesiones y cargos públicos: judicatura, sacerdocio, etc.

El Código de la materia sólo establece un caso de incompatibilidad para el comercio: la correduría (art. 12, frac. I). La Ley del Notario para el Distrito Federal (de 31 de diciembre de 1979, publicada en el Diario Oficial de 8 de enero de 1980) declara que "las funciones del notariado son incompatibles con... el ejercicio de la profesión... de comerciante" (art. 17). Tampoco pueden ejercer el comercio por cuenta propia los agentes aduanales.

Cualquier otra profesión o cargo no impide en México ser comerciante.

El Código de Comercio contiene dos prohibiciones para ser

(28) MANCILLA MOLINA, Sobre el concepto de status, en revista de la Facultad de Derecho en México, Tomo VIII, enero-marzo de 1958, núm. 29, pág. 15.

comerciante: a los quebrados que no hayan sido rehabilitados (fracc. II del art. 12) y a los reos de delitos contra la propiedad (fracc. III del art. 12).

El artículo 13 del Código de Comercio declara enfáticamente que "los extranjeros serán libres para ejercer el comercio", pero en seguida añade: "según lo que se hubiere convenido en los tratados con sus respectivas naciones, y lo que dispusieren las leyes que arreglen los derechos y obligaciones de los extranjeros".

La Ley General de Población (Diario Oficial de 7 de enero de 1974), en su artículo 48 señala diversas características, o clases, de inmigrantes, y entre ellas la fracción II establece la de inversionista, que es aquel que se interna legalmente en el país, con el propósito de radicar en él (art. 44), "para invertir su capital en la industria, de conformidad con las leyes nacionales, y siempre que la inversión contribuya al desarrollo económico y social del país".

La que realice el inmigrante se considera inversión extranjera de acuerdo con el art. 2o. de la LIE, la cual conforme al segundo párrafo del artículo 5o. de la propia Ley, no puede exceder del 49% del capital de la empresa, de donde se concluye que el inmigrante no podrá explotar una industria, y ejercer así el comercio, si no es junto con mexicanos, con los cuales celebre un negocio jurídico para unir sus capitales.

El inmigrado, es decir, el inmigrante con residencia legal en el país durante cinco años, que adquiera dicha calidad migratoria por resolución de la Secretaría de Gobernación (arts. 52 y 53 de la Ley General de Población), "podrá dedicarse a cualquier actividad lícita, con las limitaciones que imponga la Secretaría de Gobernación, de acuerdo con el Reglamento y con las demás disposiciones aplicables" (art. 56 de la Ley de Población); por tanto, podrá ejercer el comercio y adquirir la calidad de comerciante, y la que realice se equiparará a la inversión mexicana, "salvo cuando, por razón de su actividad, se encuentre vinculado con centros de decisión económica del exterior (art.

6o. de la LIE), y con las excepciones que resultan de específicas disposiciones legales que reservan determinadas actividades a mexicanos o a sociedades mexicanas con cláusula de exclusión de extranjeros.

La Ley General de Población, de 23 de diciembre de 1947, abrogada por la que actualmente está en vigor, permitía a los inmigrantes que ejercieran el comercio de exportación.

Salvo los casos señalados, los extranjeros no pueden ejercer el comercio en la República Mexicana.

Cabría que un extranjero inmigrante ejerciera el comercio individualmente en una rama de la industria, si obtuviese una resolución de la Comisión Nacional de Inversiones Extranjeras que resolviera autorizarlo para ello, en uso de la facultad que le concede el antepenúltimo párrafo del art. 5o. de la LIE (29).

Efectos de las incompatibilidades y prohibiciones.- Ni la incompatibilidad ni la prohibición impiden adquirir el status jurídico de comerciante.

Los corredores que se dedican al comercio deben ser destituidos (artículos 69, fracc. I y 71, frac. II) y su quiebra se considera fraudulenta (art. 70, C. Com y 97 LQSP).

El extranjero que viole las limitaciones al ejercicio del comercio, será sancionado administrativamente.

Ninguna sanción se encuentra en nuestras leyes para los que ejercen el comercio después de haber sido condenados por delitos contra la propiedad. Cabe considerar tal prohibición como una ley imperfecta (30). Sin embargo, en la propia prohibición podría fundarse la negativa

(29) LEY DE POBLACION DE 1947, ya abrogada.
(30) PALLARES, op. cit., núm. 550, pág. 892.

para admitir en la Cámara de Comercio a quien intentara violarla, que se vería así impedido de cumplir con la obligación legal de inscribirse en dicha Cámara. Tampoco deberá inscribirse en el Registro de Comercio a quien lo ejerciere a pesar de tenerlo legalmente prohibido.

Las anteriores consideraciones permiten señalar las diferencias que existen entre incapacidad, incompatibilidad y prohibición para el comercio.

La incapacidad lo es sólo de ejercicio, pues toda persona puede llegar a ser comerciante mediante actos de sus representantes legales. La incompatibilidad y la prohibición se refieren al carácter mismo de comerciante: no es lícito dedicarse al comercio por medio de representante, ni al fallido que no ha sido rehabilitado, ni al mero inmigrante, etc.

El afectado por la incapacidad de ejercicio no puede, por actos propios, adquirir la calidad de comerciante. Ni la incompatibilidad ni la prohibición impiden llegar a ser comerciante, sino que, en principio, hacen incurrir en diversas sanciones a quienes las violan.

La incompatibilidad y la prohibición pueden distinguirse entre sí en cuanto aquélla, por derivar de la profesión de la persona, depende de la voluntad de ésta hacerla cesar, abandonando dicha profesión antes de dedicarse al comercio, al paso que la prohibición se impone en virtud de circunstancias que no depende del afectado hacer desaparecer.

Adquisición del carácter de comerciante.— El individuo que tiene la capacidad requerida adquiere la calidad de comerciante cuando hace del comercio su ocupación ordinaria, según reza la fracción I del artículo 3o.

La doctrina mexicana ha considerado que la expresión "hacer del comercio su ocupación ordinaria" equivale a esta otra: ejercicio

efectivo de actos de comercio haciendo de ellos su ocupación ordinaria (31).

Requisitos del ejercicio de actos de comercio.— Parece fuera de discusión que no todos los actos de comercio son aptos para conferir el status del comerciante.

En primer lugar, hay que excluir los actos absolutamente mercantiles, probablemente porque con respecto a ellos el legislador ha prescindido de su naturaleza intrínseca, de su función económica, para no atender sino a la forma misma de su realización, al mero hecho de su coincidencia con determinados tipos jurídicos. Tampoco los actos cuya mercantilidad resulta del objeto, tienen la virtud de convertir en mercader a quien los practica. Deben excluirse, por último, aquellos actos cuya mercantilidad viene de su conexión con otros reputados mercantiles, pues si por su carácter accesorio reciben el carácter mercantil del acto que en sí mismo es comercial, éste no tiene fuerza suficiente para imprimir su huella al sujeto que realiza el acto conexo, y atribuirle carácter de comerciante. Por encontrarse en algunos de los casos antes señalados, no será comerciante quien habitualmente cubra sus deudas por medio de cheques ni quien para hacer efectivos sus créditos gira a cargo de sus deudores letras de cambio, ni quien consagra su vida entera a la navegación con fines recreativos o científicos, ni quien profesionalmente sirve de mediador en negocios comerciales (el corredor), etcétera.

Si, además, se excluyen los actos de comercio por el sujeto, que presuponen casi siempre la existencia de un comerciante, quedan sólo, como actos que pueden impartir tal carácter, aquellos cuya comercialidad proviene de la intención: las adquisiciones con propósito de enajenar o alquilar para obtener lucro, y los actos de empresa. Y, en efecto, es opinión generalmente aceptada que tan sólo adquiere el status de comerciante quien de tales actos hace su ocupación ordinaria.

(31) TENA, ob. cit., núms. 85, 98, 101.

Requisito de la ocupación ordinaria.- ¿Qué debe entenderse por ocupación ordinaria? No es necesario para que ésta exista, que absorba por completo la actividad del individuo o que consagre a ella todo su patrimonio. Ni siquiera se exige para adquirir la calidad de comerciante que la ocupación en el comercio sea la principal. Basta ocuparse en él de manera accesoria, con tal que sea ordinaria; basta dedicar a especular mercantilmente una parte, cualquiera que sea, del patrimonio, para que se cumpla el requisito de la ocupación ordinaria en el comercio; es suficiente, en una palabra, la reiteración de actos mercantiles aptos para conferir la calidad de comerciante.

El estado de comerciante en función de la negociación mercantil.- La doctrina que toma como fundamento el acto de comercio para trazar la figura del comerciante no tiene en su abono un texto legal expreso. Es comprensible que los tratadistas franceses e italianos, tan frecuentemente consultados e invocados en México, consideren al comerciante en función del acto de comercio, pues sus Códigos expresamente ligan tales conceptos. (32) Pero el Código mexicano, que para enumerar los actos de comercio se inspiró en el italiano, limitándose en muchas fracciones a traducirlo literalmente reproduciendo incluso sus errores, para definir al comerciante individual emplea una fórmula propia, tomando como modelo, aunque sin copiarlo, el Código Español (33). Ciertamente es que el gran prestigio de los mercantilistas italianos y franceses ha pesado de tal modo que casi todos los españoles interpretan su código como si dijera, cual los extranjeros, "ejercicio de actos de comercio" (34), y con ello han venido a labrar más profundamente el cauce por donde han discurrido los autores mexicanos.

Aunque la interpretación que da el art. 1o. del Código Español la doctrina más importante de ese país ha cambiado; ahora se tiende a

(32) Código de Comercio Francés e Italiano.

(33) Art. 1o. del Código de Comercio Español.

(34) JESUS RUBIO, Introducción al derecho mercantil, Barcelona, 1969, núm. 229 y sigs.

calificar como comerciante a quien es empresario.

Pero es indudable que el texto legal no hace depender de los actos de comercio el carácter de comerciante, y el intérprete de la ley mexicana goza de una libertad de la que no disfrutaban ni el de la italiana ni el de la francesa.

Si el intérprete no se detiene en el artículo 30. para fijar el concepto de comerciante, si se escudriña todo el Código de que forma parte para obtener una interpretación sistemática del texto legal, se encontrarán múltiples preceptos que descansan en el supuesto de que el comerciante es titular de una negociación, bien se la llame así, bien se empleen expresiones que en el léxico del Código resultan sinónimas (establecimiento mercantil, empresa, almacén, tienda, casa de comercio).

Por tanto, puede afirmarse, haciendo una interpretación sistemática del artículo 30., que es comerciante quien tiene una negociación mercantil (35).

Las dificultades que surgen cuando se parte del acto de comercio para llegar a delinear la figura del comerciante, desaparecen con la interpretación propuesta. Es el hecho objetivo, ostensible, de tener una negociación lo que engendra el estado de comerciante, cualesquiera que sean los actos que realiza, cualesquiera que sean las otras actividades a que se dedique la misma persona. Por el contrario, no será comerciante, aunque con frecuencia y reiteración realice actos de comercio, quien no los ejecute por medio de una negociación establecida.

(35) DE PINA, Primera parte, cap. I, pág. 39 y CERVANTES AHUMADA, Derecho Mercantil, tercera edición, México, 1980, pág. 33.

CAPITULO IV. EJERCICIO DEL COMERCIO A NOMBRE PROPIO

La definición que ofrece la fracción I del artículo 3o., ciertamente exige la capacidad de ejercicio, como ya vimos, para ejercer el comercio y convertirse en comerciante; pero no impide que dicho ejercicio del comercio se haga por medio y a través de un representante, con lo que, quien adquiere el carácter de comerciante es el representado y no el representante.

Ahora bien, como también dijimos cuando hablamos del empresario, es nota esencial y característica del comerciante el obrar a nombre propio; es decir, utilizar su nombre en el ejercicio del comercio, porque es en función del nombre comercial que el empresario se relaciona con la clientela, con los proveedores y con otros comerciantes y es también en función de dicho nombre, que el comerciante obtiene crédito y ofrece garantías a quienes se lo otorguen; por ello, el derecho mercantil siempre ha exigido este requisito: Qui nomine aliento exercet mercatura -decía Ansaldo non comprehenditur sule statuto loquente de mercatoribus. (1)

Consecuencia de tal regla es, que ni el factor o gerente -actuando como tales-, ni el apoderado, el agente, el empleado del comerciante o el administrador de una sociedad adquieran esta calidad; obran ellos por cuenta y a nombre del principal, y es éste quien obtiene y conserva el status de comerciante; lo mismo podemos decir del mandatario y del comisionista, que no oculten la representación; e inversamente adquiere carácter de comerciante quien obra como representante indirecto, es decir, la persona que obra a nombre propio (artículo 2560 C. Civ. y 283 C. Co.), y oculta la representación, como el caso del asociante en la Asociación en Participación. Es éste también el caso de la llamada gerencia-arrendamiento de la empresa, que analiza la jurisprudencia francesa; en tal supuesto, en realidad, la negociación se da en arrendamiento al gerente, quien, por tanto, obra a nombre y por cuenta propia.

(1) GARRIGUES. Tratado. Cit. I p. 335

Debe tenerse en cuenta, sin embargo que para que el representado, a cuyo nombre se obra, adquiera o conserve el estado de comerciante, se requiere además de que el representante haga del comercio ocupación ordinaria, que tanto el representante como el representado gocen de la capacidad de ejercicio. En efecto, se requiere que el representante sea capaz, porque siendo él quien interviene y participa en la celebración y ejecución de los actos que realiza a nombre del representado, y siendo suya la voluntad y el consentimiento que manifiesta en dicha celebración, tiene que tener la capacidad que el derecho común exige para contratar y obligarse. El representado debe también ser capaz; porque así lo exige el artículo 30., fracción I del Código de Comercio.

De aquí que, por un lado, tengamos que concluir que nunca puede ser comerciante, en nuestro derecho, el menor o el interdicto, y por otro lado, que el representante de ellos, no adquiere, por ello, carácter de comerciante.

Algunos autores exigen que el comerciante obre por cuenta propia (2), lo que excluiría no sólo que el representante adquiera calidad de comerciante, ya que siempre obra por cuenta ajena, es decir, por cuenta del representado, sino también en general, de quien usando su nombre gestione un interés ajeno (verbigracia, el asociante en la Asociación en Participación, el mandatario y el comisionista en los casos de los artículos 1590 del C. Civ. y 283 del C. de Co. antes citado). Esta posición, sostenida en el derecho francés, no la consideramos justificada, porque no vemos razón alguna para negar el status de comerciante al "representante" (rectius, gestor) de una persona, que obre a nombre propio y por cuenta de ésta, cuando el representado no quiera ostentarse como dueño del negocio o como interesado; por otra parte, el obrar por cuenta propia o por cuenta ajena es difícil y hasta imposible de determinar. Si el representante obra a nombre propio, se habrá de considerar que es el interesado

(2) RODRIGUEZ RODRIGUEZ, Curso I p. 39

directo y que, por tanto, obra también a cuenta propia, de donde, lo que importa es lo que manifiesta (obrar a nombre propio), y no aquello que se calla y que es indiferente normalmente en el negocio relativo que se celebre (obrar por cuenta propia o ajena); e incluso, si llegara a conocerse la relación oculta de gestión (es decir, la llamada representación indirecta), no hay razón para negar al representante o gestor y atribuir al representado la calidad de comerciante, porque sería aquél y no éste el obligado directo en favor de las personas frente a las que hubiera actuado (artículo 2561 del C. Civ. y 284 del C. Co.), y es esto lo que más importa en materia comercial.

PROHIBICIONES E INCOMPATIBILIDADES PARA EJERCER EL COMERCIO

Al lado de las incapacidades para ser comerciante, o sea, de la minoridad y la interdicción, nuestro Código de Comercio establece otras causas de inhabilidad, a saber, las prohibiciones y las incompatibilidades para ejercer el comercio.

De prohibiciones se habla cuando las impone el derecho positivo como sanción por una conducta anterior desordenada, o para extranjeros (lo que tendería a evitar una conducta ilícita futura); en cambio, se habla de incompatibilidades cuando se plantea una situación inconciliable entre el ejercicio habitual del comercio, o sea, una actividad reiterada, permanente, lucrativa, y ciertas funciones, generalmente de derecho público, que exigen dedicación, desinterés, atención plena, imparcialidad. Distinguímos también las prohibiciones de las incompatibilidades siguiendo a Mantilla Molina, en cuanto éstas, "por derivar de la profesión de la persona, dependen de la voluntad de ésta hacerlas cesar... al paso que la prohibición se impone en virtud de circunstancias que no dependen del afectado hacer desaparecer."

Se diferencia, a su vez, las prohibiciones e incompatibilidades de las incapacidades, en varias notas: a) la incapacidad es un estado que tiende a proteger al menor o al interdicto, las prohibiciones e incompatibilidades se dan en protección fundamentalmente de los terceros que contratan con quienes las sufren;

b) En tanto que los actos realizados por el incapacitado están sujetos a la sanción de nulidad (salvo el caso del incapaz, previsto por el artículo 640 del C. Civ.), los actos que ejecutan aquellas personas que están sometidas a una prohibición o a una incompatibilidad, son válidos y no anulables, aunque, en cambio, se sancione a la persona del infractor con penas de índole varia, como son las corporal (verbigracia, la pena de la quiebra fraudulenta, para los corredores), administrativa (privación del cargo para los notarios), o las de carácter fiscal (multa a los extranjeros) (3), e inclusive, sin que el sistema positivo fije sanciones especiales para ciertas prohibiciones de ejercer el comercio;

c) por último, mientras el ejercicio habitual del comercio, realizado por el incapaz, no atribuye a éste el carácter de comerciante, el que realizan los sujetos a una prohibición o a una incompatibilidad, les concedería la calidad de comerciantes anómalos, independientemente de las sanciones que procedieran (4).

No consideramos en este apartado las limitaciones o prohibiciones que el derecho positivo impone a ciertas personas (verbigracia, socios de sociedades colectivas, factor, capitán de un buque, etcétera) para ejercer una actividad de comercio igual o semejante a la que les impongan sus cargos respectivos, porque tales limitaciones, que se establecen para evitar una competencia desleal, no constituyen prohibiciones o incompatibilidades, sino meras restricciones, ni tampoco ellas impiden que quienes las sufran puedan ser comerciantes en razón de otras actividades que sí puedan desarrollar (5).

¿Qué prohibiciones y qué incompatibilidades fija nuestro derecho? Las únicas prohibiciones que establece nuestro derecho positivo son las indicadas por las fracciones II y III del artículo 12 y por el artículo 13 del Código de Comercio, o sea, las personas sobre los

(3) GARRIGUEZ, Tratado, Cit. p. 340.
 (4) RODRIGUEZ y RODRIGUEZ, Curso, Cit. I p. 41.
 (5) NAVARRINI, Tratado, Cit. núm. 245 p. 332.

quebrados que no hayan sido rehabilitados, sobre los condenados por delitos contra la propiedad, y sobre aquellos extranjeros que según las "leyes que arreglan (sus) derechos y obligaciones", tienen vedado el ejercicio del comercio. Debe también hacerse mención de las prohibiciones que figuren a los súbditos-residentes en México por razón de puestos diplomáticos o consulares-sus respectivas leyes nacionales, y por otra parte, de las prohibiciones que decretaran a sus miembros las iglesias o comunidades religiosas, como las que establece el Canon 142 del Código de Derecho Canónico, respecto a los clérigos.

Ninguna de estas prohibiciones impide, como ya dijimos, que el infractor sea comerciante, si es persona capaz y del ejercicio del comercio hace su profesión ordinaria, ni tampoco ninguna de ellas impone sanción alguna al acto o a los actos (de comercio) ejecutados por el sujeto. Dichas prohibiciones comprendidas en el párrafo anterior, se distinguirían entre sí en que aquellas a que se refieren las fracciones I y III del artículo 12 y las del artículo 13 constituyen derecho vigente entre nosotros, en tanto que las demás, no sólo no están sancionadas, sino tampoco reconocidas.

Las incompatibilidades son varias y están comprendidas en diferentes leyes; la primera, es la que la fracción I del artículo 12 del Código de Comercio establece con una profesión de carácter eminentemente comercial, a saber, con los corredores o mediadores (6); la segunda, es la que fija el artículo 17 de la Ley del Notariado (D.O. del 8 de enero de 1980) con las actividades de estos funcionarios: "Las funciones del notario son incompatibles, dice dicha norma, con... la de comerciante, agente de cambio..." (7)

Por lo que toca a los corredores, su incompatibilidad con la función y la esencia del comerciante, no es, ni con mucho, clara y general. En otros sistemas, en efecto, el corredor o mediador es

(6) PALLARES, Cit. p.p. 915 y s.s.

(7) MANTILLA MOLINA, Cit. núm. 106. p.p. 84 y s.s.

comerciante; y no es clara la incompatibilidad, porque a pesar de la expresa disposición de la fracción I del artículo 12 "no pueden ejercer el comercio los corredores", la fracción XIII del artículo 75 del mismo Ordenamiento, califica de actos de comercio las operaciones que realizan los corredores o mediadores en negocios mercantiles. Esta aparente contradicción se salva completando la incompatibilidad del artículo 12, con la que establece la fracción I del artículo 68 del Código para comerciar por cuenta propia; o sea, que no todo ejercicio de comercio está vedado al corredor, sino sólo aquel que realice en interés propio; es decir, aquel que realice a su nombre y en su beneficio propio; y es ésta, precisamente, la razón de la incompatibilidad del corredor para ser comerciante, ya que mientras éste debe obrar a nombre propio, el corredor, debe obrar a nombre y por cuenta ajena.

Otras incompatibilidades por el ejercicio del comercio derivan de los usos y costumbres comerciales, y se plantean respecto a los más altos cargos del Poder Ejecutivo Federal (Presidente de la República, Ministros de Estado) y del Poder Ejecutivo de los Estados y Territorios (Gobernadores), así como respecto a los funcionarios del Poder Judicial Federal (Ministros de la Suprema Corte, Magistrados de Circuito, Jueces de Distrito) y a los jueces locales y Magistrados de los Tribunales de Justicia del Distrito Federal y de los Estados de la Unión. Esta categoría no debe despreciarse, aunque resulte difícil probar en cada caso la costumbre respectiva: se basa en razones de dignidad de los cargos respectivos, de imparcialidad de las funciones que éstos exigen y de dedicación plena a las altas investiduras que dichos puestos confieren, características todas que mal se concilian con el ejercicio habitual del comercio, con el carácter de mercader y con las obligaciones y derechos de éstos (status de comerciante) (8).

Por último, es también incompatible la calidad de comerciante con los titulares de las empresas de Estado; esta incompatibilidad se basa en el carácter jus-privatista del status de comerciante, frente a

(8) BOLAFIO Y ROCCO, Cit. 2, II p. 22.

la función y a la naturaleza eminentemente pública de estas empresas (del Estado y algunas de economía mixta) (9).

Los agentes aduaneros, sin ser corredores o mediadores de negocios mercantiles y, en consecuencia, sin que pese sobre ellos prohibición alguna para el ejercicio del comercio, no adquieren la calidad de comerciantes, porque, como agentes obran a nombre y por cuenta del principal. Por su función de agentes aduaneros les corresponde categoría, no de corredores o mediadores, sino de gestores, o sea, mandatarios o comisionistas (10), e incluso, pueden actuar a nombre propio (no ya como agentes), como deriva del texto citado del artículo 702, que permite que figuren como consignatarios, en los contratos de transporte de las mercancías en cuya importancia o exportación intervengan, en cuyo caso se daría una representación indirecta y sí podrían adquirir el carácter de comerciantes.

LOS EXTRANJEROS COMERCIANTES.

La equiparación del nacional y del extranjero, que como dice Escarra "es hoy una regla común a todas las naciones civilizadas", se reconoce tanto en la Constitución Federal (artículo 33), como en el artículo 13 del Código de Comercio: "Los extranjeros serán libres para ejercer el comercio". No obstante, como también se admite en la doctrina extranjera, dicho principio general admite restricciones, tanto respecto a la situación personal que el extranjero guarda en relación con los requisitos de entrada al país o de permanencia en él (situación migratoria), como respecto a ciertas actividades restringidas a favor de los nacionales, o sea, vedadas a los extranjeros y, por último, respecto a tratados internacionales que pudieran existir (11).

No nos habremos de referir a estas últimas actividades, porque

(9) MANTILLA MOLINA, Cit, núm. 106, p. 84.

(10) Código Aduanero, Art. 702.

(11) TENA, Cit, I núm. 91. p.p. 212 y S.S.

fueron ya considerados anteriormente; en cambio, si diremos algo sobre la situación migratoria de los extranjeros, o sea, de la facultad que tienen para ejercer el comercio y actuar como comerciantes.

Al ingresar en el país, los extranjeros lo hacen como inmigrantes o como no inmigrantes (artículo 41 de la LP); aquéllos, según el artículo 44; se internan con el propósito de radicarse en México; los no inmigrantes, en cambio, se internan sólo temporalmente (artículo 42). Al radicarse definitivamente en el país, ya sea que se naturalice o que permanezca como extranjero, el inmigrante adquiere la calidad de inmigrado (artículo 44).

Pues bien, el inmigrado puede dedicarse a cualquier actividad lícita, con las limitaciones que imponga la Secretaría de Gobernación de acuerdo con el Reglamento de la LP (artículo 55); el Reglamento (D.O. de 3 de mayo de 1962), a su vez, concede facultades discrecionales al Ejecutivo para establecer limitaciones respecto a las actividades que el inmigrado puede desarrollar, (artículo 67, fracción I). Salvo estas restricciones, puede, pues, el extranjero-inmigrado ejercer el comercio en México y ser comerciante.

Por lo que respecta al inmigrante, durante el término de su permanencia y hasta adquirir calidad de inmigrado no puede dedicarse a actividades que le atribuyan el estado de comerciante; en efecto: si en los términos de la fracción II del artículo 48 LP, está facultado para intervenir su capital en la industria o en el comercio, lo que podría interpretarse como facultad para ejercer ese comercio, es decir, para dirigir y explotar una empresa o para realizar habitualmente actividades lucrativas, las limitaciones y restricciones que el Reglamento de la Ley (artículo 56) impone a estos inmigrantes inversionistas impiden que ellos, legalmente, puedan ser comerciantes. La fracción I del artículo 56, en efecto, establece que "el permiso como inversionista se le concederá... exclusivamente para que inviertan su capital en la industria... o el comercio de exportación"; y las demás fracciones de este artículo, al igual que la práctica administrativa, supone e implica que la inversión de capitales se restringe o contratos de aportación

como socios de sociedades (que no sean por acciones, según establece la fracción II del artículo 48 de la Ley y siempre que "en el contrato social respectivo se estipule esta obligación" -artículo 56, fracción VI del Reglamento), o de mutuo o concesión de crédito en cualquiera de sus manifestaciones: imponiéndose, inclusive, la obligación de manifestar en su solicitud de internación como inmigrante, "la inversión que pretenda hacer y el lugar donde va a establecerse".

Ahora bien, si a pesar de tales restricciones el inmigrante-inversionista (como cualquier otro inmigrante o no inmigrante) "ejerce el comercio y hace de él su ocupación ordinaria", se convertirá en un comerciante anómalo, con tal que goce de capacidad legal, según las normas de nuestro derecho. En este supuesto, la sanción que puede imponerse al extranjero puede ser su expulsión del país (artículo 33 Constitucional) y en el caso de inversionistas, la pérdida de la garantía otorgada para su internación (artículo 56, fracción III del Reglamento).

Respecto a la categoría de los no inmigrantes, ni los turistas, ni los transmigrantes, ni los asilados políticos, a que respectivamente se refieren las fracciones I, II y V del artículo 42 LP, podrán ejercer el comercio y, por ende, ser comerciantes. En cambio, los visitantes a que alude la fracción III, que se dediquen, de manera habitual u ordinaria, a alguna actividad lucrativa, siempre que sea lícita y honesta, con autorización para permanecer en el país hasta por un año, sí pueden ser comerciantes.

SANCIÓN EN LOS CASOS DE PROHIBICIONES E INCOMPATIBILIDADES.

La prohibición que establece la fracción II del artículo 12 del Código de Comercio no tiene señalada sanción alguna para casos de violación; porque, en efecto a los quebrados aún no rehabilitados, ni el Código de Comercio ni la Ley de Quiebras en el capítulo de responsabilidad penal en la quiebra (artículo 91 a 114), o en aquel de la rehabilitación (artículo 380 a 393); fijan sanción alguna en los casos de que el fallido realice actividades antes que "cesen todas las

interdicciones legales que produce la declaración de quiebra" (artículo 392 IQ).

Contrariamente, la prohibición contenida en la fracción III del mismo artículo 12, o sea, la que pesa sobre los condenados o sentenciados por delitos contra la propiedad, incluyendo falsedad, peculado, cohecho y concusión si está sancionada en caso de ser violada. En efecto, nuestra legislación penal prevé de manera expresa una sanción para el caso de que un reo, que en virtud de sentencia haya sido suspendido en su profesión u oficio (de comerciante), o inhabilitado para ejercerlo (el comercio), quebrante su condena y ejerza el comercio; dicha sanción es pecuniaria (veinte a mil pesos), pero en caso de reincidencia, puede ser además corporal (prisión de uno a seis años).

Ahora bien, se requiere que el reo haya sido expresamente condenado en la sentencia a no ejercer el comercio, prohibición que si bien no está expresamente incluida en la enumeración del artículo 24 del Código Penal, que contiene una lista de las penas y medidas de seguridad, sí lo está en el artículo 12, fracción III del Código de Comercio, y por ende, comprendida en la última parte de dicho artículo 24 del Código Penal.

Si el juez, indebidamente, omitiera -como generalmente se omite- establecer expresamente esta sanción en la condena que dictare, no cabría la aplicación del artículo 159 del Código Penal, que supone el quebrantamiento y la violación de una pena impuesta expresamente; en otras palabras, la mera prohibición contenida en la norma que comentamos del Código de Comercio, no sería suficiente para imponer las sanciones que establece el artículo 159, sino que para ello se requiere que la sentencia expresamente imponga esta sanción.

En consecuencia, la prohibición que pesa sobre los reos de delitos patrimoniales o de falsedad, peculado, cohecho y concusión, se sancionará en caso de violación, en los términos del artículo 159 del Código Penal, si dicha prohibición se hubiera incluido expresamente en

la sentencia respectiva (12).

Por lo que respecta a los extranjeros, la ley penal sanciona a aquellos que se dediquen a actividades ilícitas (artículo 95, fracción III) como la cancelación de su documentación migratoria y la expulsión del país, "sin perjuicio de que previamente se les aplique una pena corporal de seis meses a cinco años de prisión". Esta norma concede a la autoridad administrativa, cuando considere que la violación cometida no es grave (que sería la generalidad de los casos de violación de prohibición de ejercer el comercio), sólo la facultad de imponer una multa.

Ahora bien, ¿qué es lo que constituye para el extranjero una actividad ilícita? Creemos que por tal debe considerarse solamente la que de manera expresa se prohíba al extranjero por la ley penal; o sea, por lo que respecta al ejercicio del comercio que se indica en el artículo 13 del Código de Comercio, éste constituiría una actividad ilícita (prohibida por ende al extranjero y sancionada su violación en los términos de los artículos 100 y 101 de la LP), sólo para aquellos inmigrantes y no inmigrantes cuyo status legal les impida tal ejercicio, como sería el caso de los profesionistas (artículo 116, Reglamento de la LP), de quienes se internan para desempeñar cargos de confianza (artículo 117 ib), familiares (artículo 120); turistas, transmigrantes (artículos 97 y 98 ib.).

En cambio, sí pueden ejercer el comercio y, por tanto, a ellos no les es aplicable la prohibición del artículo 13 del Código de Comercio, los inversionistas, quienes, sin poder ser comerciantes porque no pueden hacer del comercio su ocupación ordinaria, sí ejercen el comercio, es decir, ejecutan ciertos y determinados actos de comercio con fines especulativos, como son aquellos, de inversión en la industria o el comercio de exportación (artículo 115 fracción I ib). Igualmente

(12) MANTILLA MOLINA, Cit. núm. 108 p.p. 87. S.S.

si pueden ejercerlo -y ser comerciantes- los visitantes autorizados a "dedicarse al ejercicio de alguna actividad lucrativa" (artículo 42, fracción III de la LP y 99, del Reglamento), asilados políticos si para ellos estuvieran autorizados (artículo 101 del Reglamento).

En cuanto a los inmigrados, en principio, pueden ejercer el comercio e inclusive ser comerciantes, pero la Secretaría de Gobernación puede imponerles limitaciones que impidan uno u otro; empero, la violación por el extranjero de tales restricciones, no sometería a éste a las sanciones del artículo 95 de la Ley penal porque no existiría una actividad ilícita, es decir, prohibida por la ley, sino a lo sumo se trataría de una conducta contraria a una limitación administrativa.

Además de tales sanciones, la Constitución Federal concede una discreción amplísima al Ejecutivo de la Unión para "hacer abandonar el territorio nacional, inmediatamente y sin necesidad de juicio previo, a todo extranjero cuya permanencia juzgue inconveniente" (artículo 33).

Contra los corredores que a pesar de lo dispuesto en la fracción I del artículo 12, ejerzan el comercio y más concretamente, comercien por cuenta propia (artículo 68, fracción I del C. Co.), se aplica la destitución (artículo 70, fracción II y 49, fracción I del Reglamento de Corredores para la Plaza de México, de 10 de noviembre de 1981); y la quiebra en que incurrir "se reputará fraudulenta cuando se justifique que hicieron por su cuenta, en nombre propio o ajeno, algún acto u operación de comercio distintos de los de su profesión, aun cuando el motivo de la quiebra no proceda de estos hechos" (artículo 97 LQ y véase también artículo 69 del c. Co.); además, según dispone el artículo 70 in fine del Código de Comercio: "los corredores destituidos no podrán en caso alguno ser rehabilitados.

Por último, contra los notarios del Distrito Federal, que no obstante la incompatibilidad que fija el artículo 17 de la Ley del Notariado "hagan del comercio su ocupación ordinaria", la propia ley impone las siguientes sanciones: I. Amonestación por oficio; II.

Multas de cinco a cinco mil pesos; III. Suspensión del cargo por un año, y IV. Separación definitiva.

PEQUEÑOS COMERCIANTES.

A pesar de que en nuestro derecho como en el español y en el francés, "el concepto de comerciante es único e indivisible", tradicionalmente se ha distinguido entre el comerciante grande, que explota una negociación o empresa y aquel pequeño, ambulante, que personal y directamente realiza actividades de intermediación y de lucro.

El Código de Comercio de 1854, expresamente dispensaba de la matrícula "a los que giraren cantidades tan cortas, que los negocios que de ordinario puedan ofrecérseles en el orden judicial, no deban decidirse por el tribunal de comercio por su corto monto" (artículo 19); y aún el Código de Comercio de 1884, sometía a sanciones fiscales más leves al "comercio al menudeo", respecto al "por mayor" (artículo 82); nuestro Código vigente, en cambio, al no hacer distinción alguna, equipara ambas figuras.

Sin embargo, como también sucede en Francia y España, nuestras costumbres, y las necesidades de la práctica que siempre se imponen a cualquier solución normativa, colocan al comerciante pequeño en situación diversa del grande, por lo que respecta a las obligaciones de uno y de otro, e inclusive, de hecho, no somete a aquél al procedimiento complicado y rígido de las quiebras, que en la actualidad se limita a grandes comerciantes por lo gravoso que resulta; en la práctica, los pequeños comerciantes no llevan los libros de contabilidad ni menos acuden a los medios de publicidad prescritos por el Código de Comercio.

La distinción entre ambas categorías está reconocida legalmente en la Ley de las Cámaras de Comercio y de las de Industria, que establece la obligación de inscripción en toda la República con excepción de aquellos comerciantes (e industriales) que tenga y manifiesten un capital menor de dos mil quinientos pesos (artículo

5o.); pero la propia ley faculta a la Secretaría de Industria y Comercio, para aprobar "el funcionamiento de una cámara de pequeños comerciantes, que deberá estar integrada por los que conforme a las leyes fiscales federales, no estarán obligados a llevar libros de contabilidad" de la ley antes invocada.

Por otra parte, en relación con los ingresos de los comerciantes, el artículo 17 LIR califica como "causantes menores" a los contribuyentes cuyas percepciones acumulables fueren hasta ciento cincuenta mil pesos; y respecto a ellos, el artículo 47 los obliga a llevar el registro simplificado de sus operaciones que determine la Secretaría de Hacienda, y les permite no llevar la contabilidad prescrita en la propia LIR en la inteligencia de que si la llevaran "quedarán sujetos al régimen de causantes mayores" (artículo 42 in fine).

El Reglamento LIR establece que los contribuyentes que obtengan un ingreso señalado en el Capítulo IV del mismo, además de efectuar los pagos de este impuesto, tendrán las siguientes obligaciones: I. Solicitar su inscripción en el Registro Federal de Contribuyentes; II. Llevar contabilidad de conformidad con el Código Fiscal de la Federación, su Reglamento y el Reglamento de esta Ley; III. Expedir comprobantes por los honorarios obtenidos y IV. Presentar declaraciones provisionales y anual en los términos de esta Ley.

A su vez, otra ley fiscal federal, la del IVA, contiene también normas aplicables al comerciante como persona física. El artículo 1o. establece que están obligados al pago del impuesto al valor agregado establecido en esa Ley, las personas físicas y las morales que en territorio nacional, realicen actos o actividades de comercio. A su vez, el artículo 32 fracción I de la misma Ley establece entre otras, la obligación de los contribuyentes de llevar contabilidad, de conformidad con el Código Fiscal de la Federación, su Reglamento y el Reglamento de esta Ley.

AUXILIARES MERCANTILES.

CONCEPTO Y CLASES.— Son auxiliares mercantiles las personas que ejercen una actividad con el propósito de realizar negocios mercantiles ajenos o facilitar su conclusión.

Podemos distinguir los AUXILIARES DEPENDIENTES, O AUXILIARES DEL COMERCIANTE, de los AUXILIARES INDEPENDIENTES, O AUXILIARES DEL COMERCIO. Los primeros están subordinados a un comerciante, al cual prestan sus servicios de modo exclusivo, al paso que los segundos no están supeditados a ningún comerciante determinado y despliegan su actividad a favor de cualquiera que la solicite, siendo así propiamente auxiliares del comercio en general y no de un comerciante en particular.

Los auxiliares del comercio son: los corredores, los intermediarios libres, los agentes del comercio, los comisionistas y los contadores públicos. Los auxiliares del comerciante son: los factores o gerentes, los contadores privados, los dependientes o mancebos, los viajantes, los agentes de ventas y los demás trabajadores de una negociación.

STATUS JURIDICO DE LOS AUXILIARES MERCANTILES.— Es opinión generalmente aceptada que los auxiliares dependientes no adquieren status jurídico de comerciantes; pues aunque muchos de ellos realizan actos de comercio, no los celebran en nombre propio, y, conforme a las reglas de la representación, los efectos del acto realizado se producen directamente respecto del representado, que es así quien adquiere el carácter de comerciante.

Sin embargo, en la práctica es muy frecuente considerar como comerciantes, y ellos mismos suelen calificarse así, a los factores o gerentes de las negociaciones mercantiles; pero tal terminología, desde el punto de vista jurídico, es completamente errónea.

El que la fracción XIII del artículo 75 declare actos de comercio "las operaciones de mediación en negocios mercantiles", no es base suficiente para calificar como comerciantes a quienes habitualmente realizan tales actos de mediación, pues es notorio que no todos los actos de comercio, aun reiterados, pueden engendrar a un comerciante. En este caso, juzgo que siendo el objeto del acto la prestación del trabajo propio, y faltando la existencia de una negociación, no surge el sujeto comerciante.

ALXILIARES DEPENDIENTES.

Los factores.- FACTOR ES LA PERSONA QUE DIRIGE UNA NEGOCIACION O UN ESTABLECIMIENTO MERCANTIL POR CUENTA DE SU PROPIETARIO; O QUE REPRESENTA A ESTE EN TODOS LOS ASUNTOS CONCERNIENTES A LA NEGOCIACION O ESTABLECIMIENTOS RESPECTIVOS (artículo 309).

En la práctica el factor recibe el nombre de gerente o administrador. Puede estar encargado de dirigir toda la negociación (gerente general), o sólo uno de sus establecimientos (gerente de una sucursal, administrador de una fábrica).

El artículo 310 parece exigir la forma escrita para el apoderamiento del factor. Sin embargo, de acuerdo con MORENO CORA, la omisión de tal forma no es oponible a los terceros de buena fe, y la exigencia sólo rige las relaciones entre principal y factor. En efecto, a) el artículo 309 considera factor tanto al que está autorizado para contratar como al que tiene la dirección de una empresa: luego hasta el poder tácito que resulta del hecho de dirigir la negociación; b) el artículo 315 pone a cargo del principal los actos del factor, aunque haya transgredido sus facultades, siempre que estén comprendidos en el giro de que están encargados: luego es el hecho objetivo de la referencia a la negociación lo que, frente a terceros, funda el poder del factor, y no la autorización escrita que le haya podido otorgar el principal, ya que, de ser así, tal autorización sería la medida de sus facultades; c) quien da a otro la dirección de su negocio, aun sin autorización escrita, realiza un hecho positivo que da lugar a que se crea que dicha persona está facultada para suscribir títulos valor, y,

en consecuencia, de acuerdo con el artículo 11 de la LGTOC, no puede oponer a los terceros de buena fe la falta de poder del aparente representante (factor): por mayoría de razón, serán válidas las obligaciones contraídas por el factor, aunque no tenga poder escrito, si no tienen el rigor de las cambiarias.

FACULTADES DEL FACTOR.- Rodríguez y Rodríguez sostiene, con referencia al derecho mexicano, que el apoderamiento del factor (apoderamiento institutorio) es ilimitable; como se deduce de la frase para contratar respecto a todos los negocios comerciales a dicho establecimiento o empresa, usada en el artículo 309, y la presunción que establece el artículo 315; es decir, la presunción del hecho de que el testimonio donde conste el mandato otorgado por un comerciante o sociedad, a un factor o apoderado, no se encuentre inscrito, no hace inaplicable el artículo antes mencionado, que establece que los contratos celebrados por los factores, respecto a los objetos comprendidos en el tráfico o giro de que están encargados, se entenderán hechos por cuenta del principal, aún cuando no se haya expresado así al celebrarlo, o el factor haya transgredido sus facultades o cometido un abuso de confianza. En tal virtud, si una persona gira y endosa documentos mercantiles a nombre de una sociedad cuya oficina o sucursal dirige el mandante, diciendo tener facultades para obrar a nombre de él, debe concluirse que ese giro y endoso obliga a dicho mandante, aunque el factor se hubiese excedido en sus facultades o cometido abuso de confianza.

Esta solución parece ser la más adecuada a las necesidades del comercio, en cuanto protege al público que no puede estar examinando los poderes del factor, y cuya buena fe lo conduciría a resentir graves perjuicios en caso de que se anularan los actos jurídicos del factor, a pretexto de su falta de facultades.

Por lo que respecta a la limitación de poderes al factor a que se refiere el artículo 85 LGTOC, considero que dichas limitaciones son válidas mientras no se dé la hipótesis del artículo 11 de la misma ley, precepto que deroga tácitamente esas limitaciones y restablece la

regla general formulada por el artículo 85, o sea la plenitud de facultades del factor para suscribir cambiales.

ACTUACION DEL FACTOR.- Puede obrar el factor en nombre propio o en el de su principal, en los términos del artículo 311 C. Com.: en el primer caso queda personalmente obligado; no así en el segundo (artículos 313 y 314).

Lo que el legislador se propuso, según se desprende de los términos en que aparece redactado este precepto, fue evitar una posible competencia de parte del factor en contra de los intereses de su principal, ya que la prohibición contenida en el artículo refiere sólo a negociaciones similares. La única particularidad es que no contiene sanción o consecuencias legales por su no cumplimiento más que la acción de daños y perjuicios.

EXTINCION DE PODER DEL FACTOR.- Las funciones del factor terminan cuando el principal le revoca sus poderes o enajena la negociación (artículo 319), por lo cual el factor deberá abstenerse de actuar tan pronto como llegue a su conocimiento la revocación o la enajenación (artículo 320). Sin embargo, respecto de terceros subsistirán las facultades de representación del factor, mientras no se haya inscrito en el Registro de Comercio, y se haya publicado por medio de circulares, la enajenación o revocación (artículo 320 in fine en relación con el 17, fracción II).

La muerte del principal no produce ipso facto la terminación de los poderes del factor: así resulta de la interpretación del artículo 319 en relación con el 308 quien lo confirma analógicamente.

LOS CONTADORES.- Estos profesionales pueden ser auxiliares dependientes o internos, si forman parte del personal de la negociación o empresa, o bien auxiliares del comercio, o sea independientes o externos, si no están vinculados permanentemente a un solo empresario o comerciante, sino que trabajan por su cuenta libremente, estos últimos suelen ser los auditores.

A una y a otra categoría se refiere el artículo 169 de la Ley General de Sociedades Mercantiles, cuando establece, refiriéndose a la primera, que las sociedades podrán auxiliarse y apoyarse en el trabajo del personal que actúa bajo su dirección y dependencia; a la segunda, cuando se refiere a los servicios técnicos y profesionales.

La importancia de estos auxiliares es enorme, ya que a ellos corresponde la interpretación y ejecución de los estados financieros; y a unos y otros conjuntamente la determinación de los gravámenes fiscales que pesan sobre el comercio y los comerciantes.

Los contadores internos, como todas las personas que pertenecen a esta categoría, están vinculados por contratos de trabajo, y por ende, dependen económicamente del patrón; en cambio los contadores libres están ligados por contratos de prestación de servicios con cada uno de los comerciantes que buscan su asesoría. Ni uno ni otros son representantes del comerciante a quien sirven; sin embargo para el ejercicio de su profesión debe de estarse a lo establecido en la Ley Reglamentaria de los artículos 4o. y 5o. constitucionales.

LOS DEPENDIENTES.- Según la definición del artículo 309 del Código de Comercio, en su segunda parte dice: que se reputan dependientes los que desempeñan constantemente alguna o algunas gestiones propias del tráfico, en nombre o por cuenta del propietario de éste; y es claro que no puede reputarse gestiones de esa índole y por ende, estimarse como dependientes, a quienes afirman haber trabajado en un establecimiento mercantil como carpintero.

La nota característica de los dependientes, que los diferencia de los demás empleados lato sensu, es la de que tienen la representación del comerciante frente a terceros, la cual es limitada a las tareas y trabajos que son propios de su cargo, así lo indican los artículos 321 y 326 del Código de Comercio; y todos ellos responden por "malicia, negligencia o infracción de las órdenes o instrucciones que hubieren recibido". Las causas justificadas de despido o terminación de

la relación, las estipula la Ley Federal del Trabajo y complementariamente el artículo 330 del Código de Comercio, el cual indica que son mandatarios mercantiles por su carácter de asalariados, causa por lo que se encuentran comprendidos bajo la protección del artículo 123 constitucional.

LOS AGENTES VIAJANTES Y LOS AGENTES DE VENTAS.- Como todos los de su categoría, están subordinados y dependen del empresario. Su vinculación con éste, deriva de un contrato de trabajo y a diferencia de otros agentes dependientes subordinados, como pueden ser los de ventas, no permanecen dentro del establecimiento, sino que se desplazan fuera de ella, viajan y ofrecen a terceros los productos o los servicios de la empresa de cuyo personal forman parte.

En la mayoría de los casos, el agente de ventas, e inclusive el viajante, no tienen facultad de representar al principal, su misión se limita a dar a conocer los productos o servicios que constituyen su tráfico y provocar pedidos, que transmiten a su casa matriz sin que, por regla general, esté el propio agente facultado para aceptar el contrato propuesto al principal.

La función que desempeñan los agentes viajeros y de ventas, se distinguen los primeros por tener su misión circunscrita a una zona más o menos amplia, e incluso todo el país, mientras que los segundos tienen su misión circunscrita a determinada ciudad o plaza.

EMPLEADOS.- Son aquellos que prestan sus servicios de carácter material al comerciante: correspondencia, publicidad, estadística, etc. La situación de estos empleados y sus relaciones con el principal, regidas por el derecho del trabajo, son en rigor, ajenas al derecho mercantil, por no intervenir en la constitución o cumplimiento de obligaciones reguladas por esta rama del derecho; como intervienen los auxiliares en el funcionamiento del comercio o empresa.

CONFLICTO DE LEYES EN RELACION AL COMERCIANTE.

Los diferentes sistemas jurídicos que regulan la situación del comerciante, ya sea en función de su matriculación (derechos argentino y alemán), o del ejercicio libre (derechos francés y mexicano), ya en relación a los problemas de capacidad, e inclusive a la forma y requisitos de emancipación, puede ser fuente de conflicto de leyes, de solución intrincada y difícil la mayoría de las veces.

Sobre el estado mismo del comerciante, su capacidad, los requisitos y formas de emancipación, rige para la solución de los conflictos que llegaren a plantearse, el principio de la ley nacional de la persona, la que determinará cuándo ésta es capaz; sin embargo, si un incapaz, de acuerdo con su ley nacional, es capaz en México, y aquí celebra el acto, éste es válido porque nuestro Derecho considera a tal persona como hábil (lex loci actus). Es esta la solución indicada por el Código Civil que dice que las normas jurídicas al regular la conducta humana especifican el espacio territorial en que tienen aplicación sus disposiciones. Es decir, el ordenamiento normativo tiene un ámbito espacial, no es necesario que cada norma particular establezca su ámbito espacial de validez, existen normas generales que lo hacen, el artículo 12 del Código Civil es uno de los que cumplen con tal función.

La ley expedida por el Legislador mexicano se aplica a las personas nacionales o extranjeras que se encuentren en los límites territoriales mexicanos, se encuentren domiciliados en ella o tengan la calidad de transeúntes. Esta norma consagra la territorialidad de las leyes mexicanas en la República.

También la norma contenida en el artículo 3o. del mismo Ordenamiento, señala el ámbito de validez del orden normativo. En este caso, establece la validez de la norma mexicana sobre los efectos de actos jurídicos o de contratos celebrados en el extranjero, que se ejecuten en la República. Este artículo, al igual que el anterior, secunda la tendencia territorialista del Código Civil, pues responde a la misma política legislativa de carácter nacionalista.

Sobre el concepto y la amplitud del ejercicio del comercio, se aplicará la ley del domicilio del comerciante para determinar qué requisitos de forma debe cubrir la persona (matriculación, publicidad, inscripción obligatoria en la Cámara de Comercio), y qué es lo que se entiende por ejercer el comercio, es decir, para que se pueda tener a alguien como comerciante es necesario que llene los requisitos previstos por los artículos 3o., 16 y 17 del Código de Comercio, es decir, la ejecución habitual, reiterada, constante, etc., de los actos de comercio; pero regirá la ley de la celebración (lex loci contractus) para resolver la excepción de incompetencia hecha valer ante tribunales mexicanos y fundada en que el conocimiento del asunto corresponde a tribunales extranjeros, son aplicables los artículos 1104, 1105 y 1106 del Código de Comercio, el primero de los cuales establece que en su fracción segunda, que cualquiera que sea la naturaleza del juicio, será preferible a cualquier otro juez, el del lugar designado en el contrato para el cumplimiento de la obligación y los otros dos atribuyen competencia, a falta de esa designación, al juez del domicilio del deudor, o al que elija el acreedor, cuando aquél tuviere varios domicilios. Para determinar el carácter civil o comercial de los actos que se realicen, así como respecto a los requisitos de forma de tales actos y sus efectos y condiciones, debe estarse a lo ordenado por el artículo 1050 del Código de Comercio, el cual estipula que conforme a las disposiciones mercantiles, para una de las partes que intervenga en un acto, éste tenga naturaleza comercial y para la otra tenga naturaleza civil, la controversia que del mismo se derive se regirán conforme a las leyes mercantiles. Por lo que respecta al régimen de sanciones ya sea en relación a los actos celebrados (verbigracia falsedad de documentos) o bien, en relación al régimen de quiebras aplicables al comerciante.

CONCLUSIONES.

PRIMERA.- Hemos de decir inicialmente que las normas jurídicas deben adaptarse constantemente a la evolución y cambios que experimenten las ideas políticas directrices y a las variaciones continuas del ambiente social, que exigen alternarlos para mejor cumplir esas ideas, aún cuando estos mismos permanezcan inalterables por un tiempo. El Jurista debe estar por ello siempre pendiente de la readaptación de las normas; por lo tanto, las normas jurídicas tienen que ser dinámicas y hallarse en relación por momento, por que la Sociedad y sus concepciones políticas tiene la movilidad de los organismos vivos. Hemos podido observar en los antecedentes históricos señalados, cómo en realidad se ha avanzado en cuanto al mejoramiento de aplicabilidad de la ley y cómo en los diversos países del mundo se han dado dichos cambios; pero es de considerarse que esto no es todo, que no cumple con la justicia ni con la equidad, ya que en toda la vida ha existido el comercio y como consecuencia el comerciante. Asimismo podemos decir que en el laberintoso mundo en que nos ha tocado vivir, surgen imperativos de nuevas formas del acontecer humano, que es necesario encauzar debidamente para que la conducta de los comerciantes no lesione a los demás y permita el necesario equilibrio social.

Nos damos cuenta que la ley, en lugar de ser la norma general destinada a ordenar adecuadamente actividades que conciernen a toda la sociedad, se convierte en medio de defensa de las ventajas e intereses de un reducido grupo, ejemplo, Bancos, Industrias así como del comerciante en general, que gracias al peso de su poder, obtienen leyes privilegiadas o consolidan ventajas de excepción.

SEGUNDA.- El sujeto propio y característico del derecho mercantil, es el comerciante. Sin ser el único sujeto de nuestra disciplina, ya que al lado existen otros sujetos, en cuanto están sometidos a la reglamentación de la legislación mercantil, por lo que toca a ciertos actos que realizan, son ellos los llamados sujetos accidentales del derecho mercantil, o sea, un particular que ejecuta un acto de Comisión Mercantil, realiza operaciones de comercio; pero

esto no quiere decir que forzosamente sea comerciante. En segundo lugar, los que podríamos llamar sujetos no accidentales que ejecutan ciertos actos de comercio o sea aquellos que realizan operaciones de comercio, frecuente o normalmente, sin que esto suponga una actividad profesional, o una ocupación ordinaria, ejemplo los menores de edad, las personas que normalmente libran cheques, o quienes compran para revender, pero no en forma ordinaria ni habitualmente, todo ello en los términos del artículo 30. fracción I del Código de Comercio. En tercer lugar, son sujetos de derecho mercantil aquellas personas colectivas no comerciantes, constituidas o no con arreglo a la ley, que conjuntan actos de comercio, o que hagan del comercio su ocupación ordinaria, a lo que no obstante no aceptan tal calificación ejemplo, el Estado Federal, Estados Extranjeros, Estados de la Unión, Municipios, Banco de México, Lotería Nacional, las Iglesias, etc., por que su naturaleza es contraria a la comercial. También deben considerarse como tales a los comerciantes anómalos, es decir los que realizan actividades ilícitas, las cuales se encuentran sancionadas por el derecho penal, pero que pueden dar lugar al ejercicio de acciones mercantiles derivadas de contratos de compraventa. Circunstancias hay muchas que se escapan, pues su arcaísmo niega el dinamismo de la moderna vida comercial. Basta mencionar el artículo 50. que no distingue la incapacidad de la prohibición para ejercer el comercio, ya que los efectos legales que acarrea un acto de comercio realizado por un incapaz es diferente al de la prohibición, ya que los actos efectuados por el menor son nulos, en cambio a los sujetos a quienes la ley les prohíbe el comercio, no. Sin embargo en mi opinión y tomando como fundamento el artículo 80. del Código Civil los actos a que se refiere el artículo 12 del Código de Comercio son nulos, por haberse verificado en contra de una ley prohibitiva.

TERCERA.- Llama la atención sobre un punto que parece no haber sido aún superado por quienes de obligaciones comunes hablan, respecto de todos los que profesan el comercio, obligaciones que se encuentran enumeradas en el artículo 16 del Código de Comercio, el cual no contiene sanción alguna. Sin embargo, en ciertos casos lo hara incurrir en la responsabilidad que representa no anunciar o participar a los comerciantes de la plaza, la sustitución de la

persona encargada de su administración, indicando su nombre y su firma. En efecto, en algunas relaciones, la persona encargada o Gerente de administración del negocio, cuyo nombre y firma es conocida por todos los comerciantes de la plaza y de aquellas con quienes constantemente por razones del giro se relaciona, es despedido por incurrir en fraude o abuso de confianza. Pues bien, para no incurrir en la responsabilidad de los actos que realice el ex-administrador, con aquellos comerciantes que lo han tratado como lo era, es necesario anunciar y comunicar el nuevo nombramiento de la persona que lo sustituya en el cargo.

Asimismo quiero hacer notar que el precepto de referencia, no especifica qué documentos deben inscribirse en el Registro Público de la Propiedad y del Comercio, verbigracia, los poderes para pleitos y cobranzas otorgados por una Sociedad Mercantil, no necesitan ser inscritos en dicho Registro para que tenga eficacia plena, en virtud de que sólo facultan al apoderado para promover y gestionar asuntos judiciales y administrativos, más no para representar a la Sociedad en la realización de actos de comercio. Como podrá observarse la fracción II del artículo antes mencionado no establece tal distinción, por que ésta deriva lógicamente de considerar que los poderes para pleitos y cobranzas, no se rigen por el Código de Comercio, sino por el Código Civil, que no establece para la eficacia de tales mandatos el requisito del registro, de manera que la aplicación de las normas mercantiles resultan contrarias a la naturaleza del propio acto. Máxime que el artículo 19 del mismo ordenamiento, instituye que la inscripción o matrícula es potestativa para los individuos que se dedican al comercio, de donde resulta que no son obligaciones sino simples recomendaciones.

CUARTA.- Por lo que respecta al anuncio de la calidad mercantil a que se refiere en sus diversas fracciones el artículo 17 del Código de Comercio, la no inscripción en el Registro Público correspondiente, de la calidad de comerciante, no es óbice para aplicarse a disposiciones de esta ley. Ya que el Registro de Comercio sólo es obligatorio para las sociedades mercantiles y para los buques, y potestativo para las personas que individualmente se dediquen al

comercio; causa por lo que no debemos hablar de deberes del comerciante, ya que la ley no aplica una sanción para el incumplimiento de los mismos.

QUINTA.- Mención aparte merece el estudio del comerciante persona física, según disposición del artículo 3o. del Código de Comercio, precepto que dice que serán comerciantes quienes se dediquen a ejercer el comercio haciendo de él su ocupación ordinaria, y tratándose de sociedades mercantiles, el Código siguió un criterio formalista, al manifestar que serán comerciantes las sociedades mercantiles constituídas conforme a la Ley Comercial, sin importar cual sea su objeto, es decir la forma atribuye la calidad de comerciante a dichas sociedades, independientemente de que se dedique o no al ejercicio del comercio. Ahora bien eso significa que las sociedades con forma civil que realizan habitualmente actos de comercio tendrán la consideración legal de comerciantes y habrían de regirse por las disposiciones propias de las sociedades colectivas.

Por lo que respecta a la capacidad a que se refiere este precepto, esta se rige por el derecho común; quienes conforme a la ley civil tengan capacidad para contratar y obligarse, tendrán capacidad mercantil. Por lo que es necesario aclarar que la capacidad es una y no admite grados, se es capaz o se es incapaz. No debiéndose confundir la capacidad con la legitimación para obrar, ya que se puede ser capaz y no estar legitimado para realizar determinados actos.

Visto lo anterior debemos concluir: que para adquirir la capacidad de comerciante se requiere ser titular de una empresa mercantil, ya que en la actualidad sólo puede ejercerse a través de una empresa que produzca o adquiera bienes y organice prestaciones de servicios destinados al servicio del mercado en general, causa por lo que el artículo que se comenta debe redactarse de la siguiente manera: "sólo es comerciante el titular de una empresa mercantil, si tiene capacidad para ejercer el comercio".

SEXTA.- Cuando la ley habla de que el ejercicio del comercio debe realizarse a nombre propio, debemos entender que dicha regla no impide que dicho ejercicio se haga por medio y a través de un representante, con lo que, quien adquiere el carácter de comerciante es el representado y no el representante, por ser él quien obtiene y conserva el status de comerciante; lo mismo podemos decir del mandatario y del comisionista que no oculten la representación, no adquiere dicha calidad, en cambio, quien obra como representante indirecto sí adquiere tal calidad, ejemplo como lo es el asociante en la celebración del contrato de asociación en participación, mandatario y el comisionista; es decir, cuando obran en nombre propio tendrán obligación directa con las personas con quien contrate, lo que significa que será responsable de las contravenciones a las leyes o reglamentos que resulten de sus actos u omisiones en el desempeño de su cargo, recayendo esta responsabilidad también en el representado, tan sólo en virtud de órdenes expresas de éste, el representante hubiere incurrido en esas contravenciones.

SEPTIMA.- Por lo que respecta a los comerciantes extranjeros, según el artículo 13 del Código de Comercio "los extranjeros serán libres para ejercer el comercio, según lo que se hubiere convenido en los tratados con sus respectivas naciones, y lo que dispusieren las leyes que arreglen los derechos y obligaciones de los extranjeros". Dicho precepto da lugar a una duda: ¿envolverá una restricción al principio de libertad, subordinada su aplicación a la existencia de tratados en que ambas partes la acepten y estipulen?, ¿Querrá decir que la libertad de comercio reconocida a los extranjeros para la constitución debe entenderse subordinada a la condición de reciprocidad internacional, de tal manera que, faltando ésta no podrá existir aquélla? No, el precepto de referencia no dice nada de eso. Denota únicamente que, en el caso de existir tratados, éstos servirán para reglamentar, cuando al ejercicio del comercio se refiera, no para que nazca la facultad misma de que el extranjero goza, por el hecho de ser hombre. Máxime que no existe ningún tratado celebrado por nuestro país con países extranjeros que se refiera a la libertad del comercio o que contenga disposiciones al respecto, por lo que es necesario una reforma

en este sentido a dicho precepto. En cuanto a las leyes, se trata principalmente de la Ley General de Población, y en menor medida, de la Ley Nacional y Naturalización, Ordenamientos que disponen que los extranjeros sólo podrán dedicarse a las actividades expresamente autorizadas por la Secretaría de Gobernación.

CONSIDERACION FINAL.- El Código de Comercio Mexicano constituye, en su conjunto, un sistema anticuado que reclama con urgencia una reforma total.

La mayoría de sus artículos tiene que ser sustituida por nuevas disposiciones, más acordes con las exigencias de la vida jurídica y económica actual: Otros muchos han quedado prácticamente derogados por su total inadaptación a las modernas necesidades del tráfico.

Si esta situación, en lo que afecta a diversas instituciones, sólo provoca una discrepancia entre las normas jurídicas y las necesidades vitales que aquéllas debían regular, en materia de comercio en términos generales, y en materia de quiebras, el resultado es de mucho mayor gravedad.

El sistema del Código, no sólo resulta anticuado, lo que en definitiva no sería un defecto grave cuando una jurisprudencia ágil fuese capaz de adecuar las viejas normas a las nuevas situaciones, sino que, además, es totalmente insuficiente e incompleto.

En él hay soluciones de continuidad en instituciones que quedan truncadas y sin un normal desarrollo; hay lagunas que dejan sin regulación problemas jurídicos de primera fila; hay una tal falta de sistemática, que aturde y llena de confusiones al intérprete. Por lo que es necesario crear una nueva legislación comercial que esté a la altura de las necesidades de la época, esto es, que atienda las urgencias mercantiles actuales con el fin de posibilitar la resolución de los problemas en esta área del quehacer humano. Máxime que si tomamos en consideración que el ejercicio del comercio representa un riesgo y que en virtud de esto es posible que se comprometa todo un patrimonio.

BIBLIOGRAFIA.

ASCARELLI, TULIO, Iniciación al Estudio del Derecho Mercantil, Introducción y traducción de EVELIO VERDERA Y TUELLS, Publicaciones del Real Colegio de España en Bolonia, Barcelona 1964.

BAUCHE GARCÍADIEGO, MARIO, La Empresa, Editorial Porrúa, S.A., México 1985.

BIGIAMI, La Pequeña Empresa, Milán 1946.

BOLAFFIO ROCCO, VIVANTE, Derecho Comercial, Editorial Ediar, S.A., Buenos Aires 1959.

CERVANTES AHUMADA, RAUL, Derecho Mercantil, Editorial Herrero, México 1988.

FERNANDEZ, R.L., Tratado Teórico Práctico de la Quiebra.

FONTARROSA, RODOLFO O., Derecho Comercial, Buenos Aires.

GARRIGUES, JOAQUIN, Curso de Derecho Mercantil, Editorial Porrúa, S.A., México.

MANTILLA MOLINA, ROBERTO L., Derecho Mercantil, Editorial Porrúa, S.A., México 1992.

MALAGARRIGA, CARLOS C., Tratado Elemental de Derecho Comercial, Tipografía Editoria Argentina, S.A., 1951.

MUÑOZ, LUIS, Derecho Mercantil, Editorial

OFTINGER, El Derecho Comercial y el Derecho Civil en la Legislación Suiza, París.

PALLARES, EDUARDO, Derecho Mercantil, Editorial Porrúa, S.A., México 1985.

ESTA TESIS NO DEBE
SALIR DE LA BIBLIOTECA

RIPERT, GEORGE, Tratado de Derecho Mercantil, París.

RIPERT, GEORGE, La Mujer Casada Comerciante, Revista General de Derecho Comercial.

RIVAROLA, M.A., Tratado Elemental de Derecho Comercial Argentino.

ROCOO, ALFREDO, Derecho Mercantil, Editora Nacional, México 1986.

RODRIGUEZ RODRIGUEZ, JOAQUIN, Tratado de Sociedades Mercantiles, Editorial Porrúa, S.A., México 1978.

TELLEZ ULLOA, MARCO ANTONIO, Enjuiciamiento Mercantil Mexicano, Cárdenas Editores, México.

TENA, FELIPE DE JESUS, Derecho Mercantil Mexicano, Editorial Porrúa, S.A., México.

VAZQUEZ ARMINIO, FERNANDO, Derecho Mercantil, Editorial Porrúa, S.A., México, 1987.

Código de Comercio y Leyes Complementarias.

Ley del Impuesto sobre la Renta.

Ley del Impuesto al Valor Agregado.

Ley del Notariado.

Ley General de Población.