

UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA DE MÉXICO

FACULTAD DE DERECHO

DIVISIÓN DE ESTUDIOS DE POSGRADO

TESIS PARA OBTENER EL GRADO DE MAESTRÍA

**TEMA: “DETERMINACIÓN DE LOS DAÑOS Y
PERJUICIOS EN MATERIA MERCANTIL”**

AUTOR: FRANCISCO JAVIER BARRERA SÁNCHEZ



Universidad Nacional
Autónoma de México

Dirección General de Bibliotecas de la UNAM

Biblioteca Central



UNAM – Dirección General de Bibliotecas
Tesis Digitales
Restricciones de uso

DERECHOS RESERVADOS ©
PROHIBIDA SU REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL

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

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

CD. UNIVERSITARIA A MAYO DEL 2007

Agradezco eternamente a mi esposa NOHEMÍ GAMA ROMERO, quien me ha permitido conocer la esencia mágica que es la vida, y que me sirve de apoyo diario para proseguir con mi preparación profesional.

Para mis hijos PAQUITO y ANDRÉ CARLITOS, que me permiten ser su guía y en quienes me inspiro de manera constante.

A mis maestros y amigos en quienes encuentro una luz de sabiduría en sus consejos.

DETERMINACIÓN DE LOS DAÑOS Y PERJUICIOS EN MATERIA MERCANTIL

ÍNDICE

INTRODUCCIÓN	I
CAPÍTULO PRIMERO.- SOBRE EL DERECHO Y LA ECONOMÍA.	
1.1.-El Derecho y la Economía.	1
1.1.1.-Conceptos.	1
1.1.2.-Relación.	9
1.1.3.-Distinción.	11
1.2.-Los principios generales del Derecho.	13
1.3.-Teorías de la transformación del Derecho.	16
1.4.-Los principios básicos de la Economía liberal.	28
1.4.1.-El laissez-faire, laissez-passer.	29
1.4.2.-La mano invisible.	30
1.4.3.-La no intervención del Estado en la Economía.	32
1.4.4.-La ley de Say.	33
1.5.-El Neoliberalismo.	33
1.6.-El análisis económico del Derecho.	38
CAPITULO SEGUNDO.- EL DERECHO MERCANTIL.	
2.1.-Concepto.	49
2.2.-Naturaleza jurídica.	56
2.3.-Elementos básicos.	59
2.4.-Antecedentes.	61
2.4.1.-En México.	64
2.4.2.-La letra de cambio.	67
2.5.-Marco legal.	68

2.6.-Relación del Derecho Mercantil con el Derecho Civil.	80
2.7.-Análisis económico del Derecho Mercantil.	83
2.7.1.-El libre mercado.	84
2.7.2.-El mercantilismo	88
2.7.3.-El comercio internacional.	91

CAPITULO TERCERO.- LA TEORIA DE LA RESPONSABILIDAD.

3.1.-Clases de responsabilidad.	98
3.1.1.-La responsabilidad civil.	98
3.1.2.-La responsabilidad moral.	99
3.1.3.-La responsabilidad penal.	100
3.2.-La responsabilidad civil.	101
3.2.1.-Antecedentes.	101
3.2.2.-Requisitos.	102
3.2.3.-Clasificación.	109
3.3.-Teorías acerca de la responsabilidad.	111
3.3.1.-Del riesgo.	111
3.3.2.-De la culpa.	113
3.3.3.-Del abuso de los derechos.	115
3.4.-La teoría de la imprevisión.	117

CAPITULO CUARTO.- LOS DAÑOS Y PERJUICIOS.

4.1.-Definición.	121
4.1.1.-El daño y perjuicio mercantil.	123
4.2.-Clasificación.	124
4.3.-Condiciones de exigibilidad.	126
4.4.-Culpa y dolo.	128
4.5.-Determinación.	130
4.6.-La cláusula penal.	138

4.7.-El análisis económico de los daños y perjuicios.	139
4.7.1.-El teorema de Coase.	139
4.7.2.-Las curvas de indiferencia.	141
4.7.3.-El costo alternativo.	144
4.7.4.-La variable tiempo.	148
4.8.-Los procesos de inflación.	151
4.8.1-Conceptos.	151
4.8.2.-Teorías.	154
4.8.3.-Efectos.	160
4.8.4.-Índices.	168

CAPITULO QUINTO.- CRITERIOS PARA CALCULAR LOS DAÑOS

Y PERJUICIOS EN MATERIA MERCANTIL.

5.1.-La naturaleza económica de los daños y perjuicios mercantiles. 172	
5.2.-Su marco legal en México.	174
5.2.1.-En el Código de Comercio de 1890.	174
5.2.2.-En la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito de 1932.	179
5.3.-Los criterios de la Suprema Corte de Justicia de la Nación Mexicana.	181
CONCLUSIONES	201
BIBLIOGRAFIA	204
LEGISLACIÓN	211
HEMEROGRAFÍA	212
JURISPRUDENCIA	213

INTRODUCCIÓN

Actualmente, y para el caso de México, el derecho no cumple con su objeto de instrumento de equilibrio y respeto social, en virtud de que se ha creado un escenario de incertidumbre jurídica, por un lado debido a la falta de regulación en aquellos aspectos en que la realidad social ha superado al derecho, y por otro lado, debido a las precipitadas reformas legislativas.

Por lo que respecta al derecho mercantil, cuya naturaleza es de origen económico, no se ha llevado a cabo un análisis de éste, y menos aún, de los daños y perjuicios en materia mercantil, bajo la perspectiva económica, lo que ha llevado a un dilema entre figuras tan inoperantes como el tipo de interés pactado en los pagarés, y es por ello que resulta necesario dirimir controversias jurídicas a partir del análisis económico del derecho mercantil, para ajustar así la realidad social con la realidad económica de los daños y perjuicios mercantiles.

En nuestro país, los diversos órganos jurisdiccionales que dirimen controversias comerciales, y en especial sobre daños y perjuicios, se han apartado de la función económica que tiene el derecho mercantil, y que han llevado a que sus decisiones se aparten de la realidad social, y que en ocasiones choquen con la realidad económica; por ello resulta importante y trascendente analizar el derecho mercantil a la luz de la economía, que permita la generación de reglas aplicables al entorno económico social.

Por lo anterior, es que el presente trabajo tiene por objeto establecer, en primer término, la relación que guarda la ciencia del derecho con la economía, a partir del hecho de que se trata de disciplinas sociales, que tienen en el ser humano a su principal factor de análisis, y en segundo

término, se pretende evidenciar la importancia que tiene el análisis económico del derecho en la materia mercantil, y más aún, para el caso de analizar y cuantificar la figura jurídica de los daños y perjuicios, que actualmente son interpretados por el derecho civil.

Para llevar a cabo el trabajo que se presenta, se realizó una investigación documental, y se utilizaron los siguientes métodos: El histórico que sirvió para analizar el origen y desarrollo del derecho y la economía, así como de figuras jurídicas como la responsabilidad, antecedentes del derecho mercantil y de los daños y perjuicios; de la misma forma, se utilizó el método inductivo, que permitió partir de análisis concretos de microeconomía para interpretar y conocer casos generales del derecho, sin dejar de mencionar que también se aplicaron a la investigación, el método comparativo o analógico, que permitieron inferir las semejanzas y características del derecho con la economía, y también su diferenciación a partir del método sintético.

En la presente investigación, se integró un primer capítulo que aborda a la ciencia del derecho y a la economía, desde sus fundamentos hasta sus elementos comunes, a partir de teorías y principios básicos de su estructura, para concluir en lo que se ha denominado el análisis económico del derecho, como una disciplina eficaz de interpretación.

En el segundo capítulo, se establece el concepto y naturaleza jurídica del derecho mercantil, a partir de su relación y diferencias con el derecho civil, y se establecen los principios básicos del análisis económico del derecho.

Por su parte, en el capítulo tercero se plasma la teoría de la responsabilidad, desde sus antecedentes hasta su clasificación, y especialmente se ocupa de

la responsabilidad civil, como origen y fundamento de los daños y perjuicios, sin olvidar las teorías que la han conceptualizado.

En el capítulo cuarto, se particulariza el estudio de los daños y perjuicios, desde una visión del derecho civil hasta una visión actual del análisis económico, a partir de variables de microeconomía, sin dejar de incluir el aspecto inflacionario que es común a toda economía nacional, y que incide directamente en el valor de las cosas, con su consecuente efecto sobre la indemnización por daños y perjuicios.

En el quinto capítulo, se abordan los daños y perjuicios en el contexto mercantil, desde su regulación jurídica actual en nuestro país, hasta su interpretación por la Suprema Corte de Justicia de la Nación, sin dejar de mencionar que existe la necesidad de establecer criterios para calcular los daños y perjuicios en la materia señalada a partir del análisis económico, que sean acordes con la realidad económica que vivimos, toda vez que las reglas del derecho civil para calcular los daños y perjuicios, resultan actualmente insuficientes para determinarlos en materia mercantil.

Además, se llegaron a las siguientes conclusiones principales: Que el análisis económico del derecho, es una disciplina diferente al derecho y a la economía, y se ocupa de interpretar al derecho a partir de teorías, modelos y variables económicas; que los daños y perjuicios han sido analizados desde una perspectiva del derecho civil, pero no se han interpretado a partir del derecho mercantil; que en nuestras leyes mercantiles, se han plasmado los daños y perjuicios, únicamente de manera enunciativa, pero no se han conceptualizado, ni menos aún se han interpretado y; que las actuales condiciones de normatividad e interpretación jurisdiccional, no permiten la determinación adecuada de los daños y perjuicios, que a diario se producen

en el ámbito del derecho mercantil, y por ello es necesario actualizar las leyes mercantiles y criterios de la autoridad, en función del análisis económico de los daños y perjuicios. Conclusiones que son el resultado de un trabajo científico social y que sirven de aporte a la investigación.

Cabe concluir, que se cumplió con las expectativas del trabajo, es decir, que se probaron las siguientes hipótesis planteadas: Que la naturaleza del derecho mercantil es predominantemente económica?, que solamente la responsabilidad es cierta, no así el perjuicio que es hipotético?, que el perjuicio no es más que el costo de oportunidad que establece la economía?, que en la reparación de los daños y perjuicios debe incluirse el factor inflacionario?; al justificarse que efectivamente el derecho mercantil posee una naturaleza económica, toda vez que responde a fenómenos propios del mercado, que además la responsabilidad es cierta, que debe comprobarse, y no así el perjuicio que es hipotético, al referirse a una posibilidad de ganancia frustrada, sin dejar de mencionar que debe establecerse que el perjuicio responde a lo que en economía se llama costo de oportunidad y que en función de éste deben calcularse los perjuicios en materia mercantil, y repararse también en función siempre del factor inflacionario.

Finalmente, la bibliografía, hemerografía, legislación y jurisprudencia que fue utilizada en el desarrollo del trabajo, también debidamente fue valorada, y sirvió para reforzar, y en su momento criticar jurídicamente, la investigación que se presenta.

EL AUTOR.

CAPÍTULO PRIMERO.- SOBRE EL DERECHO Y LA ECONOMÍA

1.1 EL DERECHO Y LA ECONOMÍA.

1.1.1 Conceptos.

El desarrollo económico de la humanidad se ha gestado a partir del modo de producción capitalista y del modo de producción comunista. El primero de ellos a través de dos vertientes: El capitalismo de economía liberal y el capitalismo de economía mixta; y por su parte el modo de producción comunista, que ha tenido un avance más teórico que práctico, bajo su dos fases: inferior o socialista y superior o comunista.

Sin embargo, todavía resultan cuestionables las bondades de ambos modos de producción, en virtud de que si bien es cierto, que por una parte el modo de producción capitalista genera un mercado más competitivo basado en el libre movimiento de los factores de la producción y recursos a corto y a mediano plazo, también lo es que ello conduce a un problema de distribución del ingreso, ya que la renta de los factores productivos se distribuye en forma desigual y por tanto, surge a largo plazo la concentración económica como una imperfección del mercado, con lo cual los mercados

se tornan ineficientes. Y el modo de producción comunista, que surge precisamente como teoría adversa al capitalismo, persigue la igualdad económica a partir de la conformación de un Estado proletario, que posteriormente desaparecería, y que en la práctica condujo a un sistema económico basado en la burocracia, con tendencia a la desigualdad económica de los individuos ajenos a éste, y ante la inexistente competencia de un mercado monopólico estatal, dicho sistema económico se desarrolló, cada vez de manera más ineficiente, con un alto costo social reflejado en los niveles de bienestar de la población.

Dentro de la teoría del capitalismo, surge una corriente con John Maynard Keynes que buscó contrarrestar los extremos del liberalismo y sus consecuencias sociales, por lo que la participación del Estado va a ser determinante en este sistema capitalista de economía mixta, y que trata de resolver las contradicciones y ciclos críticos del capitalismo analizados por Carlos Marx en el siglo XIX, en donde la Eficacia Marginal del Capital va a ser determinante en el crecimiento económico.

Sin embargo, el funcionamiento de este sistema de economía mixta produjo de nuevo la ineficiencia de los mercados, por las distorsiones que surgieron con la participación de un Estado benefactor en la economía, que más que

impulsar la competencia se convirtió en un ente monopolista, con un déficit público cada vez menos sostenible.

Una de las principales condiciones para la existencia del capitalismo lo es la presencia de la propiedad privada. Resulta lógico pensar entonces, que solamente pueden intercambiarse aquellos bienes de los que se tiene el poder de dominio. De lo contrario, y de no existir la propiedad privada, el intercambio de bienes sería inexistente y con ello el capitalismo, en virtud de que uno de sus pilares fundamentales es el intercambio de bienes en el mercado.

El papel del Estado en el capitalismo, en relación con la propiedad privada, es de que éste determina el marco legal que establece las normas básicas de propiedad. Sin embargo, tampoco puede existir en el capitalismo una propiedad sin límites.

Existe una marcada diferencia entre el sistema económico capitalista y el sistema económico socialista, que consiste en la propiedad de los medios de producción. Mientras que en el capitalismo éstos pertenecen a diferentes personas y de ahí surge la lucha de clases con los no propietarios, en el

socialismo la propiedad de los medios de producción, en teoría, pertenecen al Estado proletario.

Ahora bien, la función del derecho en el capitalismo consiste en proteger y restituir los bienes a sus propietarios, para el caso del derecho civil y del derecho mercantil; y para el caso del derecho penal en sancionar a las personas que atenten contra los bienes propiedad de personas distintas a ellas. Pero además, con la existencia de la propiedad privada en el capitalismo, se impulsa la competencia entre las personas, en su afán de obtener mayores bienes patrimoniales. Para el caso de la economía mixta, tanto el Estado como el sector privado participan como propietarios de los medios de producción y deciden sobre el qué, el cómo y para quién producir. En el sistema capitalista lo que se produce e intercambia responde a las decisiones de los particulares y a las señales de los mercados (Ley de Oferta y Demanda), de manera única y exclusiva; y para el caso de una economía mixta, también a las decisiones del Estado central.

Contrario a ello, en un sistema socialista las decisiones de producción son exclusivas de un poder central estatal, basado en una política de planeación, ante la inexistencia de un mercado que oriente la producción. En el capitalismo la libre competencia y competencia de productores y

comerciantes permite las fluctuaciones en precio y cantidad de los bienes a intercambiar, así como el libre flujo de recursos y la eficiente asignación de éstos. Pero también, se corre el riesgo de generar la concentración económica como imperfección inherente a los mercados.

Sin embargo, para el caso de la economía mixta, el Estado se transforma en un ente monopólico que no compite con los demás productores, y que llega a ejercer un alto control de los mercados, que los vuelve imperfectos e ineficientes. Además de que el poder monopólico que puede llegar a ejercer el Estado atenta contra la libre competencia y competencia.

Resulta de suma importancia el saber quién asigna los recursos en una economía para establecer a qué sistema económico pertenece. Para el caso de una economía capitalista liberal, es sólo el mercado el único ente que asigna los recursos en la sociedad, de manera eficiente mientras no existan imperfecciones en el mismo y, en función de la Ley del más apto; es decir, todo gira en torno a la libertad de las fuerzas del mercado: Oferta y demanda.

Para el caso de una economía mixta, el Estado interviene en la asignación de los recursos de la sociedad, ya sea como productor de bienes y servicios

ó en su calidad de rector de los precios y cantidades de producción. Sin embargo, la función más importante que desempeña el Estado en el sistema de economía mixta, es la de su intervención en los mercados si existen imperfecciones, es decir, cuando aparecen los monopolios y surge una ineficiente asignación de los recursos económicos en la sociedad. Así, el Gobierno contrarresta el poder monopólico de los productores a partir del control que ejerce sobre sus precios o a partir del suministro que él mismo realiza sobre los bienes producidos bajo condiciones de monopolio y, para el caso de monopolios artificiales creados como consecuencia de manipulaciones de los productores, el Gobierno interviene con leyes antimonopolio, para el caso de México, a través de la “Ley Federal de Competencia Económica”. Así, la intervención estatal mencionada, no es con el fin de desaparecer el mercado, sino es con el objetivo de restaurarlo, a fin de hacerlo eficiente.

Por su parte, en una economía socialista y debido a la inexistencia de competencia entre los productores de bienes y servicios, el Estado como único productor crea y mantiene el monopolio, por lo cual la asignación de los recursos de la sociedad corresponde en exclusivo al poder central del Estado.

Lo que se ha dado en llamar el "neoliberalismo", no responde más que a una aplicación del liberalismo clásico a las condiciones actuales, en su esfera económica, política y social. Así en el campo de la economía vemos la aplicación a ultranza de la libertad de los mercados a través de las leyes de oferta y demanda, como sistema regulador de la asignación de los recursos en la sociedad, en términos de la variable económica del precio.

Con la implantación del liberalismo económico, uno de sus efectos ha sido la limitación al Estado impositivo, a partir de la reducción del gasto social, lo cual implica la eliminación del Estado benefactor y, una eliminación de todos los controles y regulaciones del mercado.

La cuestión imperante en la política liberal, es la eliminación del Estado como agente económico, a partir de la privatización de las empresas estatales, y que lleva a transferir no sólo a las empresas deficitarias, sino a empresas en condiciones muy ventajosas para los empresarios privados.

Por su parte, en un sistema económico de economía mixta, el Estado juega un papel determinante en la actividad económica, en virtud de que participa como inversionista, rector del mercado y con su expansivo gasto público genera un efecto multiplicador de la economía. Aquí, se está en presencia

del llamado "Estado Benefactor", que aparece con la teoría keynesiana como consecuencia de la gran crisis del capitalismo en el año de 1929, y que aparece el Estado como el único ente capaz de dinamizar al sistema capitalista liberal, que entre otros de sus problemas contaba con un alto índice de desempleo.

Por su parte el derecho, regula la actividad humana en relación con sus diferentes formas de organización social, y que históricamente han aparecido diversas teorías y concepciones de ésta rama social, lo que ha permitido que actualmente se tenga una apreciación homogénea respecto al concepto del derecho, y que incide en aceptarlo como *"aquel sistema de instituciones, normas jurídicas, prácticas sociales, doctrinas y figuras jurídicas, que interactúan, y regulan la actividad social de los individuos, con el fin de preservar sus relaciones de tolerancia y respeto."* A esta conclusión llegué, después de analizar el contexto social que nos rodea, y percatarme que no sólo las normas jurídicas conforman al derecho, sino que es todo un sistema social de adecuación de formas de conducta, para preservar la sana convivencia humana.

Resulta incuestionable que el derecho no puede existir de manera autónoma y aislada, lo que presupone que el derecho no es ajeno a todos aquellos fenómenos sociales, culturales, económicos, filosóficos y científicos, lo que

implica que actualmente, el derecho debe analizarse desde la perspectiva interdisciplinaria, excluyéndose desde luego, el análisis puro del derecho.

El derecho, como actualmente se conceptualiza, permite crear condiciones de certidumbre para la realización eficaz de todas las actividades realizadas por los individuos; es así, que la certeza que propicia el derecho resulta necesaria para la convivencia social.

En la actualidad, cobra mayor vigencia la necesidad de crear un derecho más positivo, que permita la solución práctica de la problemática compleja que se presenta, y para ello debe tomarse en consideración, que no debe existir otro medio de control social más eficaz que el derecho, tomando en cuenta su permanencia y además, que tiene la legitimación social suficiente para ser obedecido por los gobernados.

1.1.2.- Relación.

Determinar la relación que existe entre el derecho y la economía, precisa, necesariamente, establecer que ambas disciplinas poseen una naturaleza científica social, y que guardan una relación estrecha con la actuación del hombre en su entorno social.

La economía se ocupa de analizar y proyectar todas aquellas conductas que el hombre realiza con motivo de la satisfacción material de sus necesidades, desde que nace y hasta que muere, a partir de una conducta económica racional, y que se remite al análisis de los mercados, que incluye las variables de producción, distribución y consumo; así, para la economía, el hombre es un ente económico racional que persigue la obtención de un beneficio, llámese, ganancia ó ingreso.

Por su parte, también el derecho analiza y proyecta las conductas del hombre en su interacción social, pero no necesariamente se remite al aspecto económico, si no que su ámbito de participación se extiende a todas las actividades que con motivo de su existencia el hombre realiza, pero también parte el derecho, de que el hombre es un ser racional y que por lo tanto, éste debe contar con derechos y obligaciones.

La relación que existe entre el derecho y la economía, en mi concepto, puede sintetizarse en las siguientes consideraciones:

A.- Tanto en el derecho como en la economía, se analiza al individuo como integrante de la sociedad, a partir de sus conductas.

B.- Tanto el derecho como la economía, estudia al individuo como un ser racional, que posee una libertad absoluta para decidir sobre diversas alternativas que se le presentan a lo largo de su vida, ya sea de consumo o inversión para el caso de la economía, o bien, para el caso del derecho de decidir por una conducta lícita o ilícita.

C.- El derecho y la economía, como disciplinas sociales, se ocupan de cuestionar todos aquellos fenómenos inherentes a la dinámica social en que interactúan los individuos, y buscan dar soluciones prácticas.

D.- En ambas disciplinas, se coloca al hombre como núcleo y sobre el cual se generan una gama de teorías, doctrinas y axiomas, tendientes a satisfacer una necesidad económica o de justicia.

E.- Tanto en el derecho como en la economía, se regula la conducta de los individuos a partir de cánones o normas, de naturaleza jurídica para el derecho, llámese leyes, y de carácter económico para la economía, como es el caso de las leyes del mercado.

F.- En ambas disciplinas, se busca la reproducción permanente y desarrollo constante de la sociedad, desde la perspectiva económica y jurídica, a partir de la eficiencia de los mercados para el caso de la economía, y para el caso del derecho a partir de la creación de condiciones de igualdad y justicia basados en la Ley.

1.1.3.- Distinción.

Como en su oportunidad se apuntó, existe relación entre el derecho y la economía, pero también, existen diferencias entre ambas disciplinas. Mientras el derecho engloba a todas las actividades que desarrolla el hombre con motivo de su existencia, la economía solamente se concreta a regular la actividad económica humana. Así, mientras el derecho puede ser sinónimo de moral, la economía se traduce en aspectos de lucro o ganancia.

A continuación me permito enunciar las diferencias que considero que existen entre el derecho y la economía:

A.- La economía considera al hombre como un ser racional, pero que además dicha racionalidad se traduce en que actúa siempre en busca del máximo beneficio con el menor costo o esfuerzo; por su parte el derecho

establece la racionalidad del hombre interpretándola como aquella forma de conciencia con la que siempre actúan los individuos y que les permite obligarse y responder a sus actos.

B.- El derecho y la economía originan leyes: para el caso de la economía sus leyes resultan solamente apreciaciones basadas en la experiencia o en modelos matemáticos que proyectan determinados estadios, más no poseen la coercibilidad propia del derecho, que la norma jurídica incluye.

C.- La economía interpreta los fenómenos económicos, y trata de resolverlos mediante la aplicación o modificación de variables económicas, mientras que el derecho los regula o combate a través de normas jurídicas.

1.2.- LOS PRINCIPIOS GENERALES DEL DERECHO.

Como toda disciplina, el derecho históricamente se ha estructurado y adicionado con principios y axiomas llamados “los principios generales del derecho”, sobre los cuales se origina el derecho y, finalmente, se reduce a ellos cuando existen lagunas en el mismo. El fundamento de éstos principios es la naturaleza humana racional.

Por principios generales del derecho debe entenderse “*aquellos juicios de valor que responden a la naturaleza humana, y que dirigen y sustentan a todo el contenido del derecho.*” De la anterior consideración, se puede decir, que los principios generales del derecho son axiomas inmutables, cuyo origen resulta difícil de precisar, pero que indudablemente son inherentes a la propia naturaleza humana.

Resulta incuestionable que la justicia es el principal principio general del derecho, y sobre el que ha girado éste en su devenir histórico; sin embargo, no se ha llegado a establecer una idea única sobre la justicia, dada la subjetividad de los individuos, la cual se ha desarrollado a través de los conceptos de dar a cada quien lo que le corresponde y de tratar igual a los iguales y de manera desigual a los desiguales, o hasta el concepto de justicia social.

Establecer un concepto común e inmutable de la justicia, además de lo complejo que resulta ello, quedaría como una simple categoría a la que todo hombre aspira; sería mejor establecer ciertos límites o fronteras a la justicia, que permitan medirla y llegar a entenderla y aplicarla, por lo cual dicha tarea debe corresponder, precisamente, al derecho.

En segundo término, la equidad forma parte de los principios generales del derecho. La equidad que implica la prudente aplicación de la Ley al caso concreto, puede conceptualizarse como el discernimiento de lo justo y de lo injusto, y que corresponde al órgano jurisdiccional su interpretación.

Un tercer principio general del derecho lo constituye la igualdad. Por igualdad debe considerarse, aquella situación que ubica a todos los individuos en un mismo estadio, y que presupone el mismo tratamiento para ellos. Precisamente el principio de igualdad constituye una de las bases primordiales sobre la que se ha construido el derecho, en virtud de que, dada la generalidad de éste, se han creado facultades no exclusivas a un sólo individuo, sino que por el contrario, son aplicables a todas aquellas personas que se colocan en la situación jurídica o de hecho que las normas establecen.

En mi concepto, la moral también es un principio general del derecho, en virtud de que ciertamente el derecho es moral, pero también porque la moral forma parte de la naturaleza inherente al hombre, de bondad, y por lo tanto, el derecho no debe atentar en contra de dicha naturaleza moral de la humanidad.

Indudablemente que los principios generales del derecho se han plasmado en el derecho mexicano, y muestra de ello es el artículo 14 Constitucional que establece: ... *"En los juicios del orden civil, la sentencia definitiva deberá ser conforme a la letra, o a la interpretación jurídica de la Ley, y a falta de esta se fundará en los principios generales del derecho"*. Como es de advertirse, el precepto legal citado solamente enuncia a los principios generales del derecho como forma de suplir las lagunas de la Ley, pero que sin lugar a dudas, dichos principios se refieren a los que se han hecho referencia y que son la justicia, la equidad, la igualdad y la moral.

Por su parte, los principios generales del derecho se han plasmado, de igual forma en el Código Civil para el Distrito Federal, en su artículo 19 que a la letra dice: *"Las controversias judiciales del orden civil deberán resolverse conforme a la letra de la Ley o a su interpretación jurídica. A falta de la Ley se resolverán conforme a los principios generales de derecho"*. Como es de observarse, en el precepto legal en comento, solamente se incorporan los principios generales del derecho como supletorios a la Ley, pero se refieren a la justicia, la equidad, la igualdad y a la moral. Sin embargo, en el artículo 20 del mencionado Código, se incorpora el principio de derecho de la equidad, que establece que a falta de Ley, la controversia se decidirá en favor de quien trata de evitarse perjuicios y no en favor del que quiere obtener un lucro.

En conclusión, los llamados principios generales del derecho son axiomas básicos y elementales, que deben entenderse y sobre los cuales se fundamenta el derecho, y a los cuales se remite éste cuando existen lagunas del mismo, no obstante que llevan implícito también, su origen.

1.3.- TEORÍAS DE LA TRANSFORMACIÓN DEL DERECHO.

La ciencia del derecho, desde sus orígenes, ha tenido severas transformaciones; por ello, es preciso establecer las más importantes. El autor Rudolf Stammler, en su obra “**Modernas Teorías del Derecho y del Estado**”, desarrolla la evolución del derecho a partir de las siguientes etapas:

A.- El derecho natural.- De su acepción, se desprende que el contenido de éste derecho, es la naturaleza misma. Los más importantes representantes de esta teoría, son: Hugo Grocio, Thomas Hobbes, Samuel Pufendorf y Christian Thomasius.

Hugo Grocio, se pronunció por un derecho natural que rigiera por encima del Estado; además, estableció que el hombre por naturaleza, tiene una tendencia hacia la vida pacífica.

Por su parte, para Thomas Hobbes, la característica fundamental del hombre, por su naturaleza, es el temor al mismo hombre, por ello, para él, el derecho natural de cada hombre lo es el hacer y tomar todo lo necesario para su subsistencia.

Samuel Pufendorf, estableció ciertas obligaciones naturales del hombre, de instinto de conservación, de debilidad y de abandono, que lo desliga de toda civilización. Sin embargo para Pufendorf, el derecho natural debe dirigirse a que el individuo ame y respete al prójimo, respete su propiedad, que cumpla con los contratos y que se conduzca con rectitud frente a la familia y al Estado.

Para Christian Thomasius, el principio fundamental del derecho natural estriba en el hecho de que, todos los hombres quieren vivir lo más largo y felices posible, dada su aberración a la muerte.

B.- El derecho como parte de la naturaleza.- Para el autor Baruch Espinoza, la sustancia es el fundamento que determina todas las cosas, de

manera eficiente, sustancia que se le podría llamar Dios o naturaleza. Para él, el derecho natural, la Ley natural o Ley de la naturaleza y el Estado, es el medio por virtud del cual el hombre alcanza su destino natural.

C.- El eudomonismo social.- Esta corriente formulada por Jeremias Bentham y John Stuart Mill, postuló que los motores de la conducta humana son el placer y el dolor; por ello, para esta doctrina, el fin último del orden social, sería la utilidad de todos, y el fin del derecho, debe consistir en que a cada ciudadano se le proporcione una existencia digna.

D.- El derecho racional.- Emmanuel Kant define al derecho *“como el conjunto de condiciones bajo las cuales la voluntad de cada uno puede coordinarse con la de los demás según una Ley general de libertad”*.

Para esta corriente, el contenido del derecho consiste en la reglamentación de la convivencia humana, que satisfaga las necesidades humanas.

E.- La escuela histórica.- Esta corriente que surgió a principios del siglo XIX, como forma especial de la filosofía del derecho, tuvo consecuencias prácticas como las siguientes:

”a).- Aversión contra la legislación, sobre todo los códigos y predilección por el derecho consuetudinario, no como la mejor forma técnica de legislación al servicio de la seguridad jurídica sino como el mejor medio de conocer lo que jurídicamente quería el espíritu popular, de tal modo que la práctica no daba la fundamentación sino sólo la fijación del derecho o sea de la conciencia jurídica; el derecho mismo nacía al principio de la costumbre y no al final de ella. b).- Insistencia especial en la investigación histórica del derecho dado, no tanto en interés práctico de la aplicación del derecho como en el deseo de conocer mejor el objeto mismo de la investigación o sea el carácter del espíritu popular. c).- Negación de la posibilidad de una crítica objetiva del derecho positivo a la luz, de la idea directriz de la justicia. Sólo puede investigarse si un derecho técnicamente formado refleja efectivamente la voluntad del espíritu popular; en caso afirmativo ese derecho es justo porque no cabe la censura y el rechazo del espíritu popular. La escuela histórica parte del principio de que el pueblo es una cosa corpórea con un alma propia”.

F.- El derecho del más fuerte.- Para esta corriente, el derecho debe fundarse en la fuerza mayor del dominador; por ello, el derecho nace del reconocimiento del poder que ejerce el más fuerte, sobre los más débiles.

Los representantes de esta doctrina, son: Carl Ludwig von Haller y Gumplowicz.

Para Haller, *“el Derecho y el Estado no son creación humana sino que la naturaleza crea, mediante la desigualdad de las fuerzas y la variedad de las necesidades, diversos lazos sociales entre los hombres. Esta organización natural obedece a la Ley absoluta de que el fuerte manda y el débil obedece y sirve”*.

Sin embargo Stammler, critica la opinión de Haller, y manifestó que *“para el ejercicio del poder del más fuerte hay sin embargo obligaciones naturales que, están arraigadas en todos los hombres y comprenden la justicia (haz el bien y evita el mal) y la caridad (no molestes a nadie y ayuda donde puedas)”*.

Por su parte Gumplowicz, estableció que *“los Estados nacen y subsisten del hecho de que estirpes y clases débiles son sometidas y gobernadas por estirpes y razas más fuertes. El Derecho es la organización de la desigualdad”*.

Ahora bien, en mi concepto, el derecho del más fuerte se encuentra actualmente superado por la máxima creación de la sociedad que es el derecho y el Estado, en donde se colocan por encima de los gobernados para ubicarlos en igualdad de condiciones.

G.- La doctrina teocrática.- El autor De Maistre, en su obra “Del Papa”, manifestó que *“los Estados no derivan de la autonomía legislativa de los hombres; sólo pueden ser imitaciones del orden superior divino para fines secundarios sobre los cuales está el Papa. Sólo bajo terribles restricciones le es posible al hombre reformar las instituciones políticas y toda reforma profunda de la Constitución requiere el asentimiento papal”*.

Para esta corriente, el derecho está determinado por los mandamientos divinos y autorizado por la divinidad. De la misma forma, el Estado es una institución divina, en donde al Gobierno le emana su poder de Dios.

H.- El liberalismo.- Los representantes del liberalismo fueron Adam Smith y Guillermo von Humboldt. Para Humboldt, *“la verdadera razón no puede desear al hombre otro estado que aquel en el cual no sólo disfrute cada individuo de la más estricta libertad para desenvolverse de sí mismo en su peculiaridad, sino que tampoco la naturaleza física reciba de mano humana*

otra forma que la que le dé cada uno en la medida de sus necesidades e inclinaciones sin otra limitación que la de su fuerza y su derecho”.

Por su parte Adam Smith, estableció los principios del liberalismo económico, los cuales se analizarán en este mismo capítulo, y que sentó las bases del sistema de producción capitalista.

Se ha establecido que *“la idea liberal es inadecuada a su vez para el establecimiento del orden jurídico: 1º Contradice el concepto del Derecho. Este tiene la característica de la autarquía. La voluntad jurídica liga los contenidos finalistas en forma permanente que es independiente del asentimiento de los obligados de caso en caso. Mantener en principio esta ordenación forzosa y darle al mismo tiempo por contenido la libertad incondicional de los jurídicamente ligados es una insoluble contradicción. 2º Pero el postulado de la libertad absoluta tampoco sirve como fin ideal de la voluntad jurídica. Elevarla a la categoría de principio entrañaría la autorización de actuar externamente según contenidos volitivos personales. Y sería pues lo contrario de la norma anhelada para una voluntad objetivamente recta”.*

I.- El materialismo histórico.- Para esta corriente, los procesos de producción y de distribución son la base de todo orden o forma de agrupación social, y es precisamente que las formas de producir y de distribuir, determinan la estratificación de la sociedad en clases o estados. En su concepción del derecho, va a determinarse de acuerdo a las peculiaridades de las relaciones económicas de un pueblo.

Los representantes del materialismo histórico son Hegel, Carlos Marx y Federico Engels. Hegel postula los siguientes principios: “a) Que el fundamento del mundo es la razón, la cual es absoluta; b) Que la razón se realiza por sí misma, en un proceso de continuo devenir; c) Que esa continua automodificación de lo absoluto se desarrolla en forma dialéctica.”

El socialismo moderno, como producto del materialismo histórico, tiene una doble argumentación: 1ª La tendencia de la economía es a la socialización; 2ª La anarquía de la producción en el contexto mundial, está en debacle, por un proceso natural que aterrizará en la colectivización de los medios de producción.

Para Stammler, *“todo concepto económico presupone ciertas instituciones jurídicas cuya desaparición entrañaría también la suya propia; en tal sentido,*

el derecho es la forma (o sea el modo lógicamente condicionante) y la economía la materia (pensamiento lógicamente condicionado) en la representación de la existencia social del hombre”.

J.- El anarquismo.- Sus representantes son Proudhon y Stirner. El primero, funda la convivencia humana en un orden natural, en donde las relaciones humanas, la producción y el comercio se deberían desarrollar de manera espontánea, con libertad y en una armonía natural.

Por su lado para Stirner, la aspiración suprema es la libertad absoluta del individuo, la cual no se puede obtener a partir del liberalismo ni del socialismo, y que es por ello que se debe suprimir al Estado, sustituyéndolo por una sociedad de los egoístas.

El anarquismo moderno reviste dos tendencias: 1ª El anarquismo comunista, que pugna por comunidades libres con vida fraternal y sin propiedad privada; 2ª El anarquismo individualista que pugna por comunidades puramente convencionales con propiedad privada.

K.- El empirismo jurídico.- El empirismo, es aquella doctrina que establece las bases sobre las cuales se parte de hechos concretos para obtener una

constatación simple y sin prejuicio de la cosmovisión del mundo y de normas generales para el conocimiento y la voluntad de los hombres.

El autor Montesquieu estableció que las instituciones jurídicas dependen de las formas políticas que las sustentan y de las condiciones naturales de un país y de un pueblo, y que tienen como sustancia de éstas relaciones al espíritu de la Ley.

L.- El realismo jurídico.- Los representantes de esta doctrina son Kirchmann y Jhering.

Kirchmann acepta la existencia de pensamientos sólidos y fundamentales que plasman y dominan la materia viva y cambiante de la experiencia histórica. Este autor, plantea tres principios: 1º La materia del derecho es siempre cambiante; 2º El contenido del derecho no está sólo en el conocimiento sino también en el sentimiento; 3º Las normas jurídicas positivas son siempre preceptos humanos.

Por su parte Jhering, estableció que el fin es el creador del derecho, que responde a una causa psicológica. Este autor, intenta formular una mecánica social, y para ello, establece que la coacción y el premio, por un

lado, y el amor y el sentimiento del deber, por el otro, se emplean para poner en movimiento la voluntad humana, pero siempre a través del derecho, que obedece a una política de la fuerza.

M.- El Derecho libre.- El jurista Magnaud, establece que el juzgador debe guiarse por el principio de solidaridad humana, en sus resoluciones, a partir de la interpretación humana que debe darse a la Ley.

Por su parte, el llamado “movimiento del derecho libre”, manifestado en Alemania, tiene dos tendencias: 1ª Que propone que ningún precepto jurídico de origen legislativo, tenga carácter obligatorio; 2ª Que establece que siempre se debe aspirar a encontrar el derecho justo, el cual se encuentra en dejar en total libertad al juzgador para buscarlo.

1.4.- LOS PRINCIPIOS BÁSICOS DE LA ECONOMÍA LIBERAL.

El liberalismo, como corriente basada en el valor supremo de la libertad, obliga a respetar la dignidad de la persona humana. El liberalismo, que se traduce en liberalismo personalista y en liberalismo individualista, repercute en todos los campos de la actividad humana.

Por liberalismo personalista, debe entenderse aquel que se funda en el respeto a la dignidad personal del hombre y, por su parte, el liberalismo individualista, es aquel que pone un fuerte acento a la libertad entendida como sinónimo de independencia.

Ahora bien, el liberalismo económico, es la aplicación del liberalismo individualista a la ciencia económica y fué una forma de manifestarse en contra de la naturaleza de la Ley económica, en defensa del *laissez-faire*.

En el liberalismo económico la competencia debe ser libre, pero la contradicción se dá, cuando por impulsar la competencia, se crean condiciones de desigualdad, competencia que termina por eliminarse así misma, con la aparición de monopolios. El liberalismo se declara en favor de la propiedad, y le otorga la mayor libertad posible; sin embargo, ello lleva a crear condiciones de acumulación y desigualdad, que más que impulsar la competencia y a incrementar los beneficios, los desanima.

1.4.1.- El *laissez-faire*, *laissez-passer*.

Que implica una libertad sin límites para los individuos de dedicarse a la industria que más les convenga y, en términos del liberalismo clásico,

implica una competencia ardua entre los particulares, para llevar a la economía de un país a la eficiencia.

Este dejar hacer, dejar pasar, implica:

- a).- "Libre mercado,
- b).- Libre empresa,
- c).- Libre comercio internacional y,
- d).- Finalmente, la política monetarista: la contracción de la oferta monetaria a través de la vuelta al patrón oro".

Sin embargo, considero que este principio y pilar fundamental del liberalismo responde solamente a pocos individuos, los más fuertes; con lo cual estamos en presencia de la Ley de la selección natural o llamada "*Ley de la selva*", en donde los más aptos sobreviven por encima de los demás.

1.4.2.- La mano invisible.

Esta posición teórica se sustenta en el hecho de que considera que existe un orden natural dado, y por lo consecuente, un equilibrio natural de todo lo que nos rodea y forma parte de nosotros; por lo que, el mecanismo regulador de la sociedad es similar al de una mano que todo compone, la

cual no se puede ver pero existe; es decir, que es invisible. En este teorema el liberalismo se basa para concluir que todo tiende al equilibrio de forma natural, sin excepción.

El precursor de este principio del liberalismo lo fue el economista inglés Adam Smith, quien al respecto apuntaba: *"Ninguno se propone, por lo general, promover el interés público, ni sabe hasta que punto lo promueve. Cuando prefiere la actividad económica de su país a la extranjera, únicamente considera su seguridad, y cuando dirige la primera de tal forma que su producto represente el mayor valor posible, sólo piensa en su ganancia propia; pero en este como en otros muchos casos, es conducido por una mano invisible a promover un fin que no entraba en sus intenciones. Más no implica mal alguno para la sociedad que tal fin no entre a formar parte de sus propósitos, pues al perseguir su propio interés, promueve el de la sociedad de una manera más efectiva que si esto entrara en sus designios"*.

Considero que este principio de la mano invisible debe cuestionarse ampliamente, en virtud de que no siempre funciona la sociedad en forma automática, ni mucho menos la economía de un país, pues de lo contrario,

la razón de existencia del Estado sería absurda, lo cual es de descartarse de principio.

1.4.3.- La no intervención del Estado en la economía.

Resulta cada vez más aplicable este supuesto en la actividad económica de un país, pues el mismo establece que el Estado solamente debe dedicarse a las tareas propias e inherentes a él, que los particulares no pueden ejercer, como es el caso de la realización de obras públicas, la facultad de administrar la justicia o la de emitir el circulante monetario.

Por lo que, se parte de la idea de que el Estado es un mal administrador de empresas, porque además, no se ve obligado a ser cada vez más eficiente, en torno a la competencia.

Considero que si bien es cierto que el Estado es ineficiente para administrar empresas, debido a la corrupción que impera en las altas esferas del Gobierno, también considero que el Estado debe intervenir en la economía de un país de forma temporal para corregir los fenómenos económicos, a partir de la inversión pero en ramas en donde sea estrictamente indispensable su presencia, y no en aquellas ramas en donde el Estado es

ineficiente, porque de lo contrario, ello representaría una carga para la sociedad.

1.4.4.- La Ley de Say.

Esta Ley consiste en que, a toda unidad marginal de producción de cualquier mercancía, corresponderá en la misma proporción una unidad en el consumo. Es decir, que si se producen 100 unidades de determinado producto, necesariamente se venderán las 100 unidades. Por lo que la Ley de oferta y demanda siempre estarán en equilibrio.

Con esta Ley, considero que se pretende crear una realidad ficticia, en virtud de que no todo lo que se produce se vende, porque no todos tienen la misma capacidad o poder de adquisición.

1.5.- EL NEOLIBERALISMO.

En primer término, *"por neoliberalismo se puede entender el conjunto de criterios y estrategias económicas con las que Latinoamérica enfrenta sus problemas en política económica durante la década de los ochenta"*.

La argumentación neoliberal abarca los campos de la economía, la política, la sociología y el derecho. El neoliberalismo aparece como la proposición única de recuperar la planta productiva; dicha recuperación, en concepto del neoliberalismo, sólo es posible a partir de la modernización del Estado, entendiéndose por ésta, el proceso de racionalización de la actividad pública y privada al interior de la sociedad. A su vez, el racionalismo supone una ética que propone una finalidad en toda acción personal y social. El liberalismo establece que solamente mediante la ayuda internacional se resolverán los problemas generados por la pobreza extrema.

Algo incuestionable en el esquema liberal, lo es la caída de la inversión que pone en evidencia el fracaso de éste modelo basado en la acumulación privada, en un régimen de libre mercado y de comercio internacional sin barreras. Por un lado, la inversión privada se ve limitada por la baja demanda interna y elevadas tasas de interés y, por el otro lado, la inversión pública tiende a desaparecer. Aunado a lo anterior, con el neoliberalismo se está en presencia de un constante desempleo rampante, basado en la idea de una mal entendida libertad de los mercados laborales.

Por lo que se refiere al liberalismo en el campo de la política, ésta se manifiesta cada vez con mayor rigor en los escenarios políticos en donde priva la Ley del más fuerte como condicionante del triunfo.

El llamado liberalismo político, que no es más que la teoría política del Estado de Derecho, se basa en los siguientes principios fundamentales:

- "a).- La primacía de los valores individuales,
- b).- La protección y la garantía de los derechos fundamentales y libertades públicas,
- c).- El principio de legalidad,
- d).- La división y equilibrio de los poderes".

En el ámbito social, el liberalismo renace con mayor fuerza: Con el llamado "*liberalismo social*" que, en sí, choca con los planteamientos de la política social, pues como se ha visto, la tendencia del liberalismo es la disminución de los gastos sociales, mientras que la política social tiende a incrementarlos; por lo que, este invento de liberalismo entraña una grave contradicción.

El liberalismo social es concebido como aquel que "*se sustenta en los auténticos sujetos sociales no mediados por instituciones impuestas desde*

el estado ni desde la ideología, y su régimen político busca sustentarse en sujetos políticos, creados por la libre decisión de los ciudadanos para, colectivamente, llevar a cabo la mejor defensa de sus derechos, el más democrático control del Gobierno y la más democrática participación, liberada de tutelas burocráticas".

Para el caso de nuestro país, a partir de la década pasada se instrumentó una política neoliberal, como consecuencia de las Cartas de Intención firmadas con los Organismos Financieros Internacionales, en virtud de las cuales se contrajeron compromisos tendientes, en primer término, a garantizar los pagos por concepto de intereses y capital a la inexplicable deuda externa de México.

Como es de recordarse y analizarse, en el año de 1985 nuestro país firmó un compromiso de adhesión al Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio (GATT) y, para el siguiente año, esto es 1986, México suscribió un Tratado Internacional por virtud del cual ingresaba a éste organismo internacional de comercio. Con esta rápida apertura de nuestra economía al comercio internacional, se comenzó a implantar el liberalismo de Estado en México, basándose el Gobierno Federal en el principio de la competencia de

los productos nacionales con los extranjeros, para lograr un incremento de la productividad, el cual hasta el momento no ha sido un hecho.

Con posterioridad a la aludida apertura comercial, y debido a los problemas inflacionarios surgidos en la década pasada desde sus inicios, se implementaron en nuestro país planes de choque económico tendientes a corregir la presencia de la inflación, que para el año de 1987 había llegado al 156%.

Los planes, que iniciaron con el llamado “Pacto de Solidaridad Económica” (PSE) en diciembre de ese mismo año, y que posteriormente fue continuado por el llamado “Pacto para la Estabilidad y el Crecimiento Económico” (PECE), fueron de tendencia neoliberal, que atacaron el problema inflacionario a partir de la corrección de las finanzas públicas, y elevación de los precios de los bienes y servicios que presta el Estado (gasolina, fluido eléctrico, gas natural, etc.) y, a través de la reducción del gasto público corriente y de inversión, además de implementar una política de contención salarial que ha llevado a una pérdida severa del poder adquisitivo de los salarios.

Es de mencionarse de igual manera que, como una forma más de manifestación del liberalismo en nuestro país, lo ha sido la política de privatización de las empresas creadas y adquiridas por el Estado, lo que ha generado una pérdida gradual de empleos y llevado a una drástica polarización del ingreso; es decir, cada vez existen más pobres y menos ricos, pues en menos manos se acumula la riqueza que se genera en México.

Finalmente, la más elocuente manifestación del liberalismo en nuestro país, lo fue la firma del Tratado de Libre Comercio entre México, Estados Unidos y Canadá (que se identificará en lo subsecuente con las siglas TLC) a finales del año de 1993 y, la privatización de áreas prioritarias de la economía nacional como la petroquímica básica.

1.6.- EL ANÁLISIS ECONÓMICO DEL DERECHO.

Históricamente se ha estudiado a la economía y al derecho, de manera disociada, como si se tratara de ciencias diferentes. Así, se tomaba a la economía como una disciplina meramente práctica, de características únicamente comerciales, y por su parte, al derecho se le veía como una disciplina dogmática y propia del imperio romano. Sin embargo, al

evolucionar la economía, a través de los grandes ciclos y procesos de producción, y en particular, con la gran depresión de 1929 en los Estados Unidos, el campo de acción y participación de la economía se aumentó, desde simples teorías conductuales de la forma de consumo, hasta teorías macroeconómicas mayormente complejas, que hoy en día, han creado las condiciones para los procesos globalizadores del comercio internacional.

En nuestro país, la tendencia es de disociar al derecho de la economía. Los diversos estudios que se han realizado en materia económica-jurídica, permiten advertir que, los doctrinarios y estudiosos, conciben al derecho económico como una mezcla de derecho y economía, lo cual establece que aún no se comprende la perspectiva del análisis económico del derecho.

Se concibe al derecho económico como el *"conjunto de valores, principios, normas y procedimientos jurídicos, tendientes a requerir, posibilitar y controlar la intervención directa o indirecta e imperativa del Estado en todos los aspectos macro y microscópicos de la economía, a través de medidas y actividades coactivas y persuasivas, estimulantes y disuasivas, a fin de proveer y garantizar las condiciones y los objetivos de implantación, estructuración, funcionamiento, reproducción, crecimiento y desarrollo de*

dicha economía y, por lo tanto, la producción, distribución y uso o consumo de bienes, servicios e ingresos".

Es preciso destacar, que en nuestro país se han realizado diversos estudios sobre derecho y economía, los cuales se han ocupado de aspectos macroeconómicos y de problemas estructurales, tendientes a establecer el papel que debe tener el Estado sobre la economía, y que han incidido en el Estado del bienestar, como rector total de la economía, y actualmente, en la justificación del Estado como ente de equilibrio en un modelo neoliberal.

Diferente a lo que se ha dado por llamar derecho económico, el análisis económico del derecho implica una disciplina propia, diferente al derecho y a la economía, aunque no es autónoma de éstas, y que puede definirse como *"la interpretación del derecho a partir de teorías, modelos y variables económicas"*.

El análisis económico del derecho, implica, una proposición explicativa de los fenómenos jurídicos en función de la microeconomía, lo que lleva a considerar tres principios fundamentales:

A).- La Ley de demanda.

B).- La conducta del consumidor.

C).- La maximización en el uso de los recursos.

Con el análisis económico del derecho, se ha logrado la interpretación económica de varios aspectos jurídicos, como lo es la teoría de la responsabilidad civil, la presencia de accidentes y delitos, la figura jurídica del matrimonio, lo que ha permitido analizar desde otra perspectiva al derecho.

Resulta indispensable establecer entonces, que un elemento básico del análisis económico del derecho lo conforma el concepto de eficiencia, que es indispensable para todos los entes que interactúan en una economía. Con teorías de costo de oportunidad, de costo marginal, de precio de equilibrio y de curvas de indiferencia, se busca determinar el grado de eficiencia del derecho. El concepto de valor que tiene esta disciplina, resulta diferente al de los economistas clásicos, que determinaban el valor de una mercancía en función de su uso o su valor de cambio que tuvieran; en la óptica del análisis económico del derecho, el valor está en función de dos aspectos: 1º lo que se está dispuesto a pagar por la mercancía, cuando se tiene ya esa mercancía y, 2º en función de la cantidad de dinero que quiere una persona por compartir o enajenar la mercancía que ya tiene. En este

contexto, el valor se mide también en función del grado de satisfacción que pueda producir el bien o mercancía adquirido.

En el contexto del análisis económico, solamente podrá ser eficiente el derecho, si existen leyes y procedimientos que lleven a una optimización en la asignación de recursos con motivo de una transacción del mercado.

El origen del análisis económico del derecho, se remonta a mediados del presente siglo, con el análisis que se empezó a realizar en Norteamérica de la Ley anti-trust; con este análisis, se descubrió un aspecto económico importante de las prácticas mercantiles, las cuales, sin lugar a dudas, tienen un origen y esencia de carácter puramente económico. La mayor aplicación de este análisis se ha dado en el sistema del *common law*, en donde se ha creado toda una teoría de la eficiencia y que es una explicación de un sistema que maximiza la riqueza social.

En el ámbito jurisdiccional, el análisis económico tiene un campo de explicación muy amplio, sobre las decisiones judiciales, en donde se tiene como premisa que el Juez no debe ignorar la trascendencia de sus fallos, los cuales tienen un impacto directo sobre el comportamiento futuro de las

personas; es decir, que la decisión de un Juez puede crear una alternativa eficiente o ineficaz para las personas.

La crítica más general que se hace al análisis económico del derecho, por parte de los estudiosos de éste, consisten en que se ignora la justicia, en afán de la búsqueda de la eficiencia. Al respecto cabe mencionar, que es de tomarse en consideración que en su gran totalidad las cuestiones litigiosas planteadas al órgano jurisdiccional, son valuadas en dinero, resulta inexacto establecer que el análisis económico se olvide de la justicia, pues finalmente, al buscarse la eficiencia, es por lo que se busca obtener una igualdad económica, que finalmente puede ser una aproximación al significado de la justicia misma.

En los procesos de eficiencia, la función del Juez resulta determinante, en primer término, porque decide, la mayoría de las veces, cuestiones patrimoniales, que directamente afectan a las personas en su patrimonio, y en segundo término, porque sus fallos tienen una trascendencia social que implican un costo, para la sociedad medible en dinero, y además, un precedente sobre el caso que dirime.

El costo de oportunidad, también llamado costo social o costo alternativo, se refiere a aquella utilidad que percibe una persona, como agente económico, como resultado de selección frente a más de dos opciones o bien como aquella utilidad frustrada frente al mismo proceso de elección; es decir, que frente a más de dos alternativas, si una persona elige la primera, el costo o beneficio que obtiene es igual a aquel que eligió, y así también, la pérdida será, igual a la alternativa que no eligió.

Con el costo de oportunidad, como su nombre lo indica, una mala elección implica una falta de utilidad igual a la alternativa no elegida.

En el ámbito legislativo, el análisis económico tiene por objeto analizar la eficiencia de las leyes, a partir de la eficiencia económica y en función del costo social que se traduce en la distribución de la variable ingreso-riqueza. La complejidad que ello representa, existe, e implica establecer un medio para medir o evaluar el grado de eficiencia de las leyes, lo que lleva a establecer modelos económico-matemáticos o llamados también econométricos, que permitan asociar variables jurídicas y variables económicas. Sin embargo, en una aproximación más simple puede establecerse el grado de eficiencia de una Ley en función de su aplicación, y que puede ser medida a través de su positividad en determinado sistema

jurídico; más aún, puede medirse y evaluarse una Ley, para establecer su eficiencia, a partir del análisis de si cumple con los objetivos para los que fue creada.

En países de derecho escrito, como el nuestro, el análisis económico del derecho pareciera encontrarse en choque con el sistema jurídico, en virtud de que la costumbre como fuente generadora del derecho, no tiene el mismo peso que en los países del *common law*. Sin embargo, considero que en nuestro país existen leyes con contenido económico, y prueba de ello son la Ley Federal de Competencia Económica, la Ley Federal de Protección al Consumidor, la Ley de Concursos Mercantiles (anteriormente Ley de Quiebras y Suspensión de Pagos), la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, la Ley General de Sociedades Cooperativas, la Ley General de Sociedades Mercantiles, la Ley de Comercio Exterior y el Código de Comercio, las cuales resulta necesario analizar a la luz de la economía, y en particular, a partir de la variable eficiencia.

En el campo de las leyes mercantiles, el análisis económico cobra mayor importancia, en virtud de que la naturaleza del derecho mercantil es de carácter económico, que los juristas tienden a denominar de carácter

patrimonial, y que en la gran totalidad se advierten variables económicas, mismas que a continuación puntualizo:

A).- Desde el proceso de producción, y a partir de la entrada en circulación de las mercancías, se está en presencia de actos de comercio, pues los denominados comerciantes buscan la obtención de ganancias, que resulta de la diferencia entre la cantidad que pagan por una mercancía y la cantidad en la que la venden. En ese proceso de circulación de mercancías, y sobre el cual gira una parte importante del derecho mercantil, su explicación debe hacerse desde un punto de vista económico, el cual, sin lugar a dudas existe en las disposiciones mercantiles. De ahí la importancia de que se realice análisis económico del derecho mercantil.

B).- En todas las cuestiones crediticias que las leyes comerciales regulan, se contempla la variable económica de tasas de interés, ya sea de forma pactada o al tipo legal, la que se refiere a una forma económica de contraprestación a las personas que otorgan un crédito, variable a la que no se ha analizado desde el punto de vista económico, y que ha creado una coyuntura jurídica que ha afectado a las economías capitalistas.

C).- Los daños y perjuicios, en materia mercantil, han sido planteados, analizados y dirimidos con base del derecho civil; sin embargo, no se ha resuelto la problemática de los mismos, tomando en consideración que dada la naturaleza económica del derecho mercantil, diferente a la del derecho civil, las decisiones judiciales deberían ser con alto contenido económico, lo que no se hace, debido a que, no existe un análisis económico de los daños y perjuicios mercantiles.

D).- De igual manera en materia de quiebras y suspensión de pagos, se tocan aspectos de insolvencia que implican una relación de pérdidas y ganancias sobre la cual no se ha profundizado mediante su interpretación a partir de variables económicas, y más aún, de expectativas económicas racionales. Lo que permite ver que realmente la economía está integrada, en todos los aspectos jurídicos, de un origen comercial.

En aspectos de comercio internacional, el análisis económico del derecho tiene una importancia, de tal magnitud, que todos los procesos de globalización económica tienen una respuesta de economía internacional, desde el simple flujo internacional de mercancías, hasta procesos más complejos de formas de relación de intercambio. Así, el comercio

internacional, responde a una interpretación económica bajo los siguientes aspectos:

A).- La Ley de la ventaja absoluta, expuesta por Adam Smith, y que establece que existen naciones que son más competitivas que otras, a consecuencia natural, ya sea por su clima, su orografía o por sus mares. Esta teoría económica, permite explicarse el porqué las naciones que son competitivas en determinado producto, intercambian éste por otros en los que no son competitivos, lo que sin lugar a dudas es la base fundamental del comercio internacional.

B).- La Ley de la ventaja comparativa, expuesta por David Ricardo , que establece que dadas dos naciones, en la cual una es competitiva en un producto en comparación a la segunda nación, ésta exportará dicho producto, e importará aquel producto en el cual es más competitiva la segunda nación, con lo cual obtendrán ambas naciones un mayor beneficio. Con este principio, se establecieron las bases del principio de especialización en el comercio internacional.

C).- El teorema de Hecksher-Ohlin, el cual establece que dadas dos naciones o más, inmersas en un proceso de intercambio comercial, las naciones exportarán aquellos bienes o servicios en los cuales utilizan un uso

intensivo del factor de la producción que más poseen, e importarán aquellos bienes y servicios en los cuales se realiza un uso intensivo del factor de producción que menos poseen. En este contexto, aquellos países que poseen mayor fuerza de trabajo o mano de obra, en términos relativos, exportarán bienes con uso intensivo de mano de obra; un caso típico lo es China, la India y Tailandia. Así, países como Estados Unidos, Japón y Alemania exportarán productos cuya elaboración implique un uso intensivo de bienes de capital.

D).- La paradoja de Leontief , basada en la experiencia de la economía de Estados Unidos, y que representa una crítica al teorema de Hecksher-Ohlin, demuestra que no necesariamente los países exportan aquellos bienes con uso intensivo del factor de la producción que tienen en abundancia, en términos relativos, y que además dicha tendencia responde más bien a ciclos económicos.

CAPÍTULO SEGUNDO.- EL DERECHO MERCANTIL

2.1.- CONCEPTO.

Existen diversas acepciones del término derecho, el cual, históricamente, ha sufrido transformaciones que lo hacen cada vez más complejo. Así, desde su definición como un simple conjunto de normas jurídicas, hasta concebirlo como un sistema u orden integrado por leyes, instituciones, doctrinas, ficciones jurídicas, precedentes y prácticas, que determina conductas humanas, el derecho requiera ser, cada vez, más integral.

De la misma forma, el derecho mercantil, que surge como una relación de deberes y obligaciones entre comerciantes, ha trascendido en los ámbitos de la vida económica de todo país, lo cual exige concebirlo de una manera más completa.

Se concibe al derecho mercantil como "*el derecho que regula al comercio*".

Sin embargo, es de considerarse que el anterior concepto, responde sólo a una generalidad, como ente que regula una materia, sin dejar de mencionar que la actividad del comercio no solamente es regulada por el derecho mercantil.

Una segunda concepción del derecho mercantil, se refiere al "*derecho que se aplica a unas operaciones que el legislador llama 'actos de comercio', aunque no se realicen por comerciantes y aunque las mismas operaciones no sean comerciales en sentido económico*". Del anterior concepto se advierte, una limitación del mismo a la regulación del acto de comercio, lo que sin lugar a dudas restringe la definición del derecho mercantil, que no comprende la amplitud de este derecho.

Otro concepto, establece que "*el derecho mercantil es el conjunto de principios, preceptos y reglas que determinan y regulan las relaciones jurídicas que el comercio engendra*". El concepto aludido, que es más completo que los ya citados, establece características del derecho en general, enfocados al comercio; sin embargo, con motivo de la actividad comercial, una serie de relaciones jurídicas se originan, sin caer, necesariamente, dentro del campo de competencia del derecho mercantil, lo que permite concluir que a este concepto le faltó precisión.

Un concepto más actual, determina que "*derecho mercantil es el sistema de normas jurídicas que determinan su campo de aplicación mediante la calificación de mercantiles dada a ciertos actos, regulan estos y la profesión de quienes se dedican a celebrarlos*".

Por su parte, el autor Raúl Cervantes Ahumada , define al derecho mercantil *"como el conjunto coordinado de estructuras ideales, pertenecientes al ordenamiento jurídico general y destinadas a realizarse o actualizarse principalmente en la actividad de la producción o de la intermediación en el cambio de bienes o servicios destinados al mercado general"*.

De igual forma, puede definirse al derecho mercantil como aquella *"rama del derecho privado que regula las relaciones mercantiles y procesales derivadas de actos de intromisión especulativa entre productores y consumidores para facilitar la circulación de la riqueza"*.

Como es de advertirse, existen diversas acepciones del derecho mercantil; sin embargo, de las mismas no puede establecerse una definición completa, que sirva para determinar el ámbito de competencia del derecho mercantil. Es por ello, que puede decirse que: El derecho mercantil es el conjunto de leyes, doctrinas, instituciones, prácticas, resoluciones jurisdiccionales y ficciones jurídicas, que determinan el comportamiento de las personas, dedicadas a una actividad económica de manera permanente o de aquellas personas que tienen una expectativa racional de obtención de un lucro

temporal, con el objeto de obstaculizar, lo menos posible, las transacciones propias del comercio.

De la anterior definición, pueden establecerse los siguientes elementos:

A.- El derecho mercantil es un conjunto de leyes.- Para el caso de México, la Ley es la principal fuente del derecho en general, sin que sea la excepción el derecho mercantil, de ahí que sea caracterizado nuestro sistema jurídico por ser eminentemente de derecho escrito. Sin embargo, el derecho mercantil, no sólo se integra de normas jurídicas, en virtud de que también atiende a usos, prácticas y costumbres.

B.- De doctrinas.- Ciertamente, el derecho se estructura a partir de conocimientos y experiencias, que de manera sistemática, pronuncian los estudiosos del derecho, concretizados a partir de doctrinas. De ese conocimiento, surgen figuras jurídicas, instituciones y funciones, que integran al derecho mismo. El derecho mercantil, precisamente se origina en función de una corriente doctrinaria que propugnó por un derecho que atendiera a las necesidades del comercio, diferente al derecho civil en cuanto a su flexibilidad, y diferente al derecho procesal civil, en lo que se refiere a la rapidez en la resolución de los conflictos.

C.- De instituciones.- Porque en el derecho, existen determinados subconjuntos de normas jurídicas que regulan una determinada situación, de manera homogénea y congruente, que dan nacimiento a las instituciones, que a su vez, forman una estructura que dan fuerza a la ciencia jurídica. En el derecho mercantil, se han creado una serie de instituciones que regulan la actividad comercial, razón por la que éstas integran al mismo, de manera importante.

D.- De prácticas.- El derecho mercantil, desde sus inicios, reguló las prácticas realizadas por los comerciantes, en el desempeño de sus actividades, para el efecto de poder dar certidumbre a las transacciones de carácter mercantil; dichas prácticas comerciales se plasmaron en las diferentes leyes mercantiles. Dentro de las prácticas comerciales, los usos y costumbres, han tenido un papel importante en el desarrollo del derecho mercantil, que ciertamente se han plasmado en las disposiciones jurídicas de carácter comercial, pero que parece ser que no existe innovación alguna, no obstante de que el artículo 2º de la Ley General de Títulos y operaciones de Crédito, establece de aplicación supletoria los usos mercantiles. Es por lo anterior que la definición del derecho mercantil no puede desligarse a las prácticas comerciales.

E.- De resoluciones jurisdiccionales.- Resulta importante destacar que dentro del marco de actuación del derecho, las resoluciones de autoridad, que ponen fin a toda controversia, dan origen a los precedentes, los cuales determinan, a futuro, la forma en que se resolverán nuevas controversias planteadas. Para el caso del derecho mercantil, las resoluciones jurisdiccionales cobran vital importancia, en virtud de que, al existir grandes lagunas de las leyes mercantiles, los precedentes suplen dichas deficiencias, como históricamente se ha dado en México, y es por ello que definir al derecho mercantil sin incluir a las resoluciones de órgano jurisdiccional, implicaría una gran deficiencia en lo que el derecho mercantil incluye y regula.

F.- Ficciones jurídicas.- Por ficción jurídica se debe entender toda figura que en la realidad no existe, pero que la Ley crea para hacer viable la aplicación a los casos concretos, como en el caso de las personas morales, de la representación. En todo sistema jurídico, se han creado ficciones, las cuales permiten dar celebridad y vigencia al derecho; en el caso del derecho mercantil, dichas ficciones también existen con carácter comercial, lo que ha llevado al hecho de que la persona de los comerciantes realice sus transacciones sin ser indispensable su presencia, y que en los actuales

procesos de globalización, resultan mayormente importantes las ficciones que la Ley crea.

G.- El derecho mercantil, como el derecho en general, determina el comportamiento de las personas; sin embargo, precisamente el derecho mercantil se diferencia de las demás ramas del derecho, porque regula el comportamiento de las personas, que se dedican, de manera permanente, a realizar una determinada actividad económica de carácter comercial, es decir, se refiere a los comerciantes que son personas que del comercio han hecho su actividad predominante para obtener sus ingresos. Pero también, el derecho mercantil regula el comportamiento de las personas que no necesariamente tienen como actividad preponderante el comercio, sino que son personas que tienen, de manera temporal o accidental, una expectativa racional de obtención de un lucro, y es por ello que determinadas personas, sin ser comerciantes, realizan una determinada actividad comercial que hace que el derecho mercantil regule el acto que realice. Es por lo anterior que el factor económico, sirve para diferenciar al derecho mercantil de otras ramas.

H.- El derecho mercantil tiene por objeto, dar certidumbre a las diferentes transacciones comerciales que realizan las personas, así como de crear

fluidez y celeridad de las mismas, que permitan que el comercio esté apoyado por el derecho para no romper con la circulación de las mercancías.

2.2.- NATURALEZA JURÍDICA.

Sobre la naturaleza jurídica del derecho mercantil, existe una discrepancia entre los ideólogos del derecho. Sin embargo, es de considerarse las siguientes opiniones:

A.- El derecho mercantil es de naturaleza federal.- desde el punto de vista de la aplicación o vigencia territorial, ciertamente el derecho mercantil responde a una materia de índole federal, en virtud de que su regulación compete al Congreso de la Unión, tal y como lo establece el artículo 73 fracción IX de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos vigente. Sin embargo, considero que no propiamente se trata de la naturaleza del derecho mercantil, sino que más bien, se refiere a su ámbito de validez o competencia, en virtud de que una institución que surge con el federalismo, legisla sobre dicha materia.

B.- La naturaleza del derecho mercantil es de derecho privado.- al respecto cabe mencionar, que se le ha dado dicha naturaleza, en atención a que

regula actos entre particulares, obviamente cuando revisten la dualidad de comerciantes; sin embargo, la naturaleza de referencia, no solamente puede ser válida para el derecho mercantil, sino también, para el civil e internacional privado, lo que implica asimilarlo con dichas ramas del derecho, y precisamente, al determinar la naturaleza jurídica, implica una forma de diferenciación entre ellas, lo que no ocurre con la naturaleza que se le da al derecho mercantil de carácter privado.

C.- El derecho mercantil responde a un derecho especial.- dentro de esta concepción, se toma al derecho mercantil como una rama surgida del derecho civil, pero que al referirse a los comerciantes, adopta las características de un derecho especial. Es de considerarse al respecto, que el derecho mercantil no puede ser un derecho especial del civil, en virtud de que es un derecho autónomo, con características bien definidas, que permiten distinguirlo del derecho civil, y por lo tanto, no representa un derecho de excepción.

D.- El derecho mercantil es Ley sustantiva y adjetiva.- El derecho mercantil, si bien es cierto en su origen retomó el aspecto sustantivo y adjetivo como una unidad, actualmente puede distinguirse en derecho mercantil (sustantivo) y derecho procesal mercantil, razones por la que no es privativo

del derecho mercantil asumir ambas materias, lo que lleva a concluir que no responde a esa naturaleza ambivalente.

E.- El derecho mercantil posee una naturaleza de carácter económico.- lo más acertado es que el derecho mercantil responde a una naturaleza económica, en virtud de que, mediante este derecho, los agentes que intervienen en las relaciones jurídicas creadas, son comerciantes, cuyas conductas se encaminan a la obtención de un lucro o ganancia, que ninguna otra rama del derecho regula, pues además, su origen del derecho mercantil, respondió a una necesidad económica de crear y dar certidumbre a todas las transacciones comerciales. En ese orden de ideas, la ganancia es una variable económica, propia del capitalismo, en donde las personas arriesgan su capital o patrimonio, a través de la inversión, para reproducirlo o aumentarlo, bajo la forma de ganancias, que no es más que el residuo que resulta del total de los precios de venta menos el capital inicialmente invertido; en donde, el derecho mercantil a dichas personas las denomina comerciantes. Ahora bien, existen otras ramas del derecho que tienen, de manera directa o indirecta, una cierta implicación económica, sin embargo, en el caso del derecho mercantil, este responde totalmente a una necesidad económica, a diferencia del derecho fiscal, en donde ciertamente se gravan las ganancias e ingresos obtenidos, pero no tiene como objeto su

producción o reproducción, y de igual forma, en el derecho de competencia económica, que éste tiene por objeto sancionar las figuras monopólicas que se crean con motivo del libre capitalismo, más no tiene por objeto la creación o reproducción de las unidades productivas. Es por ello que, el derecho mercantil posee una naturaleza económica, en atención a que surge o nace a partir de una actividad económica denominada comercio.

2.3.- ELEMENTOS BÁSICOS.

El derecho mercantil, retoma como elementos característicos y constitutivos, los siguientes:

A.- Es un derecho progresivo.- en virtud de que, dada su naturaleza de carácter económico, es un derecho que regula transacciones comerciales, las cuales y desde luego, poseen una dinámica natural y propia del capitalismo, lo que hace que éste sea un derecho progresivo que, de manera permanente, sufre transformaciones acorde a los cambios económicos que se presentan, para poder atender a nuevas formas contractuales y reglas jurídicas nuevas.

B.- Es un derecho liberal.- a diferencia del derecho civil, cuyo carácter es conservador, el derecho mercantil es esencialmente liberal, sin dejar de mencionar que su origen fue el libre cambio, y en virtud de que es un derecho propio del sistema capitalista de producción, en donde, se adopta un elemento de libertad, de los mercados, que llevan implícito la libre circulación de mercancías y factores de la producción. Producto del liberalismo económico, el derecho mercantil respondió a una actitud reaccionaria contra el conservadurismo, lo que hizo que apareciera con autonomía frente al derecho civil conservador.

C.- Es un derecho consuetudinario.- aunque en nuestro sistema de derecho escrito, de facto, la costumbre no es una fuente importante del derecho mercantil, cierto es que éste respondió a la necesidad de plasmar en la Ley, ciertos usos y costumbres de los comerciantes, con el fin de que el Estado sancionara esas conductas, a través de su poder de coacción que posee. Es decir, que el derecho mercantil se gestó a partir de los usos entre comerciantes, que una vez legislados y codificados, nacen formalmente y que producen sus efectos de vigencia, razones por las que los usos y costumbres mercantiles, son elementos característicos del derecho mercantil, y que para los sistemas jurídicos anglosajones, la costumbre son fundamento del derecho mercantil.

D.- Es un derecho uniforme e internacional.- la uniformidad del derecho mercantil, consiste en que regula a una sola actividad que es el comercio, y busca atender las necesidades del mismo, además de que, tanto el comercio como la Ley mercantil, son homogéneas en todas las naciones, pues la búsqueda y obtención de ganancias responde a leyes económicas de aplicación universal, además de que el comercio, trasciende fronteras nacionales y su práctica es común a todas las personas. Además de que, el comercio, responde por naturaleza, a un proceso de globalización, que reproduce las relaciones de intercambio.

2.4.- ANTECEDENTES.

En el derecho romano, formalmente se estructuraron las bases jurídicas del actual derecho mercantil, a partir de las siguientes instituciones:

A.- La actio exercitoria, que en el derecho romano era la acción que se reconocía a aquella persona que contrataba con una persona libre sometida a la potestad de un pater familias, colocada como patrón de una nave; acción que permitía reclamar el total de las deudas contraídas por el patrón.

B.- La actio institoria, que facultaba a los terceros a exigir el pago, de manera directa, al dueño del esclavo o al pater familias, cuando realizaban determinada transacción comercial con un esclavo o con un hijo de familia.

C.- El receptum nautarum, cauponum, stabulariorum, que *"imponía responsabilidad al armador por los daños que sufrieran a bordo las mercaderías"*.

Resultan de gran importancia, dentro del derecho romano, las llamadas leyes rodias, que regulaban la echazón y por virtud de la cual se *"concedía acción reparatoria a quienes habían sufrido la pérdida de su mercancía, cuando esta había sido arrojada al mar para salvar de un peligro de la navegación al buque, a su cargamento, o a ambos"*. De igual forma, el préstamo a la gruesa se regulaba por lo que se llamó nauticum foenus.

A partir del siglo X, en la primer mitad de la Edad Media, se gesta el nacimiento del derecho mercantil como instrumento regulador de las relaciones entre los comerciantes. Con el despertar del comercio, surgen las ciudades comerciales europeas de Venecia, Pisa, Génova, Milán, Bolonia y Florencia en Italia; Gante y Brujas en los Países Bajos; Marsella, Tolosa y

Lyon en Francia; Sevilla, Burgos y Bilbao en España; Visby y Danzing en Alemania.

Los gremios y corporaciones de mercaderes, surgen precisamente, en las ciudades comerciales. El papel de estas coaliciones, fue el de proteger los intereses de los comerciantes, lo que generó el nacimiento de nuevas normas sobre los actos de los comerciantes, cuyo carácter es de origen consuetudinario. Además, los gremios y universidades de comerciantes propiciaron que se dictaran estatutos, denominados ordenanzas para el caso de España, y que son antecedentes importantes del derecho mercantil. En esta época, las diversas normas son aplicadas por los cónsules, que eran las autoridades en materia comercial.

En la Edad Media, resaltan las recopilaciones de el Consulado del Mar, las Leyes de Wisby, las costumbres de Tortosa y la Tabla Amalfitana.

A partir siglo XII, en Europa, se desarrollaron las llamadas ferias comerciales, que al igual que los gremios y corporaciones de mercaderes, fueron impulsoras del derecho mercantil, destacándose, las ferias de la Champaña, de Nápoles y Florencia en Italia.

En la época moderna, cuyo avance científico fue destacado, se dieron notables ordenanzas y regulaciones comerciales; así destacaron:

A.- Las ordenanzas de Colbert sobre el comercio terrestre, en Francia, en los años de 1673 y de 1681 sobre el comercio marítimo.

B.- Las ordenanzas de Burgos en 1495, de Sevilla en 1554 y las de Bilbao en 1737.

C.- El consulado del mar de Barcelona.

Con el proceso de codificación en Europa, surgen importantes códigos en materia comercial. Los más trascendentes fueron: El código de comercio francés, del código italiano, el código germánico y el nuevo código español.

El código de comercio francés, promulgado por Napoleón y que entró en vigor en el año de 1808, unificó y ordenó todo el derecho mercantil de la época, transformándolo además de un derecho basado en torno al comerciante, en un derecho objetivo de los actos de comercio. El código de comercio francés, tuvo una notable influencia en Europa, y plasmó sus innovaciones en los demás códigos y legislaciones de origen romano.

Por su parte, el código italiano de 1882, influenciado por el código de comercio francés, amplió el concepto jurídico del comercio.

El código germánico, que entró en vigor en el año de 1900, conservó el aspecto subjetivo del derecho mercantil, al regir a los comerciantes.

El nuevo código español, promulgado el 22 de agosto de 1885, y que entró en vigor el 1º de enero de 1886, acentúa el carácter objetivo del derecho comercial, al basarse en el acto de comercio.

2.4.1.- En México.

A partir de la conquista, en la Nueva España se implantó el sistema jurídico español, así se creó el Consulado de México el 15 de junio de 1592, por Cédula Real de Felipe II, y tuvo como su antecedente la Universidad de los Mercaderes de la ciudad de México, en el año de 1581; debiéndose destacar que el Consulado de referencia funcionó de acuerdo a las Ordenanzas de Burgos y Sevilla, y con posterioridad el Consulado de México, formuló sus propias Ordenanzas confirmadas por Felipe III el 20 de octubre de 1604.

El Consulado de México era el Tribunal que dirimía las contiendas entre mercaderes, cuya competencia se extendió a la Nueva Galicia, a la Nueva Viscaya, Guatemala, Yucatán y la región del Soconusco.

De igual manera, por Cédula Real de Carlos III, en fecha 17 de enero de 1795, se creó el Consulado de Veracruz, el de Guadalajara por Cédula de 6 de junio de ese mismo año y el de Puebla, aunque solamente funcionó este con autorización del Virrey.

Con el movimiento de independencia, se abolieron los consulados mediante decreto del Congreso de fecha 16 de octubre de 1824, pero no obstante ello y durante el México independiente se aplicaron las Ordenanzas de Bilbao y las Siete Partidas, y es hasta el año de 1854 en que se promulga el primer Código de Comercio, conocido con el nombre de Código de Lares, debido a que fue formulado por Teodosio Lares.

El Código de Lares, tuvo una efímera duración, en virtud de que con fecha 29 de octubre de 1856, quedó derogado.

Mediante la Constitución de 1857, se concedía a los Estados facultades para legislar en materia de comercio, lo cual llevó a que la legislatura de

Puebla declarara aplicable el Código de Lares mediante decreto de fecha 24 de junio de 1868, de igual forma el estado de Tabasco promulgó en el año de 1878 un Código de Comercio que reprodujo casi en su totalidad el Código de Lares. En el Estado de México, por una Ley del 1º de junio de 1868, se promulgó como vigente el Código de Comercio de 1854, también llamado Código de Lares.

La facultad de legislar en materia de comercio, fue privada a los Estados por Ley de 14 de diciembre de 1883, determinándose que sólo el Congreso Federal podía legislar en materia comercial, razón por la que se promulgó un nuevo Código de Comercio, el 20 de abril de 1884.

El actual Código de Comercio, promulgado en el año de 1889, y que entró en vigor el 1º de enero de 1890, establece el carácter objetivo del derecho mercantil en su Título Primero "De los comerciantes", así como también refleja el carácter subjetivo del derecho mercantil en el artículo 75 que enumera los actos de comercio.

2.4.2.- La Letra de Cambio.

Este título de crédito, lo encontramos en la época antigua utilizado por los babilonios, que servía como orden de pago, y posteriormente en Grecia y a través del comercio, se desarrolló la letra de cambio, y posteriormente los romanos hicieron uso de esta, en sus relaciones comerciales con Sumeria, Egipto y Cartago.

Con posterioridad, en la época medieval, la letra de cambio se popularizó y desarrolló con el movimiento de las cruzadas, aunado al desarrollo comercial del Mediterráneo, reglamentándose como institución en los estatutos de Aviñón, Barcelona y Bolonia.

Para el caso de nuestro país, los antecedentes de la letra de cambio son las ordenanzas de Bilbao, que tuvieron vigencia en la época colonial y en la fase pos-independentista, y que actualmente se regula por la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, del año de 1932.

2.5.- MARCO LEGAL.

Como en su oportunidad se expuso, la facultad de legislar en materia de comercio corresponde al Congreso de la Unión, lo cual es regulado por el artículo 73 Fracción IX de la Constitución Política de los Estados Unidos

Mexicanos, actualmente vigente y que data del 5 de febrero de 1917. De ahí el carácter federal que se le ha dado a la materia comercial en nuestro país, lo que sin duda corresponde al efecto que tuvo la implantación del sistema de Gobierno federal en México, y que producto de ello es el actual Código de Comercio, de 1889.

Dentro del marco legal que regula al derecho mercantil, encontramos diversas y diferentes leyes que lo hacen un derecho amplio, leyes que tienden a establecer las formas y condiciones bajo las que se desarrolla el comercio en nuestro país; sin embargo el Código de Comercio de referencia, estableció los principios de diversas leyes que fueron reglamentadas de manera autónoma al Código de Comercio, entre las que destacan la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, la Ley General de Sociedades Cooperativas, la Ley General de Sociedades Mercantiles, la Ley de Concursos Mercantiles, la Ley de Correduría Pública, la Ley Sobre el Contrato del Seguro y la Ley Federal de Competencia Económica.

El Código de Comercio, establece que será aplicable solamente a los actos comerciales, con lo cual define su marco de competencia, además de que establece que regulará los actos de los comerciantes y a los actos de las personas que de manera accidental realicen alguna operación comercial. De

hecho, el Código de Comercio da origen a la formalización jurídica de la actividad comercial, que preceptúa además la parte correspondiente al derecho procesal mercantil, para el efecto de que los comerciantes diriman sus controversias. El Código de Comercio, a diferencia de cualquier código procesal civil, establece la existencia de un procedimiento convencional o arbitral, de manera preferente sobre otro, con las limitaciones del mismo Código (artículo 1051), lo que permite establecer que el Legislador pretendió establecer un mecanismo práctico y rápido de solución de las controversias entre comerciantes.

El artículo 78 del Código de Comercio, establece los criterios que deberán seguirse, para la validez de las convenciones mercantiles, cuya transcripción es la siguiente: *“En las convenciones mercantiles cada uno se obliga en la manera y términos que aparezca que quiso obligarse, sin que la validez del acto comercial dependa de la observancia de formalidades o requisitos determinados”*. Este artículo, ha plasmado el principio del *pacta sunt servanda* (que significa que los pactos deben ser cumplidos), en donde la voluntad de las partes es la única regla válida, aún por encima de toda formalidad o requisitos legales, de donde se advierte que la autonomía de la voluntad, es el principio del Derecho Mercantil.

De esta forma, los artículos 3º y 4º establecen:

ARTÍCULO 3.- *Se reputan en derecho comerciantes:*

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

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

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

ARTÍCULO 4.- *Las personas que accidentalmente, con o sin establecimiento fijo, hagan alguna operación de comercio, aunque no son en derecho comerciantes, quedan, sin embargo, sujetas por ella a las leyes mercantiles.*

Por tanto, los labradores y fabricantes, y en general todos los que tienen planteados almacén o tienda en alguna población para el expendio de los frutos de su finca, o de los productos ya elaborados de su industria o trabajo, sin hacerles alteración al expenderlos, serán considerados comerciantes en cuanto concierne a sus almacenes o tiendas.

Por su parte, existen limitaciones a las personas que se dedican al comercio, que el artículo 12 regula:

ARTÍCULO 12.- *No pueden ejercer el comercio:*

I.- Los corredores;

II.- Los quebrados que no hayan sido rehabilitados;

III.- Los que por sentencia ejecutoria hayan sido condenados por delitos contra la propiedad, incluyendo en estos la falsedad, el peculado, el cohecho y concusión.

Característica importante del Código de Comercio, lo es la enumeración que realiza de los actos de comercio en su artículo 75, el cual se transcribe:

ARTÍCULO 75.- *La Ley reputa actos de comercio:*

I.- Todas las adquisiciones, enajenaciones y alquileres verificados con propósito de especulación comercial, de mantenimientos, artículos, muebles o mercaderías, sea en estado natural, sea después de trabajados o labrados;

II.- Las compras y ventas de bienes inmuebles, cuando se hagan con dicho propósito de especulación comercial;

III.- Las compras y ventas de porciones, acciones y obligaciones de las sociedades mercantiles;

IV.- Los contratos relativos a obligaciones del Estado u otros títulos de crédito corrientes en el comercio:

V.- Las empresas de abastecimientos y suministros;

VI.- Las empresas de construcciones y trabajos públicos y privados;

VII.- Las empresas de fábricas y manufacturas;

VIII.- Las empresas de transportes de personas o cosas, por tierra o por agua, y las empresas de turismo;

IX.- Las librerías y las empresas editoriales y tipográficas;

X.- Las empresas de comisiones, de agencias, de oficinas de negocios comerciales y establecimientos de ventas en pública almoneda;

XI.- Las empresas de espectáculos públicos;

XII.- Las operaciones de comisión mercantil;

XIII.- Las operaciones de mediación en negocios mercantiles;

XIV.- Las operaciones de bancos;

XV.- Todos los contratos relativos al comercio marítimo y a la navegación interior y exterior.

XVI.- Los contratos de seguros de toda especie, siempre que sean hechos por empresas;

XVII.- Los depósitos por causa de comercio;

XVIII.- Los depósitos en los almacenes generales y todas las operaciones hechas sobre certificados de depósito y bonos de prenda librados por los mismos;

XIX.- Los cheques, letras de cambio o remesas de dinero de una plaza a otra, entre toda clase de personas;

XX.- Los valores y otros títulos a la orden o al portador, y las obligaciones de los comerciantes, a no ser que se pruebe que se derivan de una causa extraña al comercio;

XXI.- Las obligaciones entre comerciantes y banqueros, si no son de naturaleza esencialmente civil;

XXII.- Los contratos y obligaciones de los empleados de los comerciantes en lo que concierne al comercio del negociante que los tiene en su servicio;

XXIII.- La enajenación que el propietario o el cultivador hagan de los productos de su finca o de su cultivo; y

XXIV.- Cualesquiera otros actos de naturaleza análoga a los expresados en este código;

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

Por su parte, en la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, en su artículo primero se regulan los actos de carácter mercantil de la forma siguiente:

ARTÍCULO 1.- Son cosas mercantiles los títulos de crédito. Su emisión, expedición, endoso, aval o aceptación, y las demás operaciones que en ellos se consignen, son actos de comercio. Los derechos y obligaciones derivados de los actos o contratos que hayan dado lugar a la emisión o

transmisión de títulos de crédito, o se hayan practicado con éstos, se rigen por las normas enumeradas en el artículo 2, cuando no se puedan ejercitar o cumplir separadamente del título, y por la Ley que corresponda a la naturaleza civil o mercantil de tales actos o contratos, en los demás casos.

Las operaciones de crédito que esta Ley reglamenta son actos de comercio.

Del precepto legal mencionado, se destaca la siguiente clasificación;

A.- Los títulos de crédito.- Definidos por el artículo 5º de la propia Ley, como "los documentos necesarios para ejercitar el derecho literal que en ellos se consigna".

B.- Los derechos y obligaciones derivados de los actos o contratos que hayan dado lugar a la emisión o transmisión de títulos de crédito.

La Ley General de Sociedades Cooperativas "tiene por objeto regular la organización y funcionamiento de las sociedades cooperativas" (artículo 1º).

Sin embargo, el carácter mercantil de las sociedades cooperativas se los da el artículo 2º al establecer:

ARTÍCULO 2.- La sociedad cooperativa es una forma de organización social integrada por personas físicas con base de intereses comunes y en los principios de solidaridad, esfuerzo propio y ayuda mutua, con el propósito de

satisfacer necesidades individuales y colectivas, a través de la realización de actividades económicas de producción, distribución y consumo de bienes y servicios.

En la Ley General de Sociedades Mercantiles, se reputan mercantiles todas las sociedades que se constituyan en alguna de las formas siguientes:

- I.- Sociedad en nombre colectivo,
- II.- Sociedad en comandita simple,
- III.- Sociedad de responsabilidad limitada,
- IV.- Sociedad anónima,
- V.- Sociedad de comandita por acciones,
- VI.- Sociedad cooperativa.

De ahí que la naturaleza mercantil de las sociedades se las da su forma de constitución, que la Ley determina.

El artículo 28 de nuestra Carta Magna, regula la competencia industrial y comercial, al establecer las bases para hacer posible la libre concurrencia de los factores económicos, y garantizar el libre acceso a los mercados:

ARTÍCULO 28.- En los Estados Unidos Mexicanos quedan prohibidos los monopolios, las prácticas monopólicas, los estancos y las exenciones de

impuestos en los términos y condiciones que fijan las leyes. El mismo tratamiento se dará a las prohibiciones a título de protección a la industria.

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

Las leyes fijarán bases para que se señalen precios máximos a los artículos, materias o productos que se consideren necesarios para la economía nacional o el consumo popular, así como para imponer modalidades a la organización de la distribución de esos artículos, materias o productos, a fin de evitar que intermediaciones innecesarias o excesivas provoquen insuficiencia en el abasto, así como el alza de precios. La Ley protegerá a

los consumidores y propiciará su organización para el mejor cuidado de sus intereses.

No constituirán monopolios las funciones que el Estado ejerza de manera exclusiva en las siguientes áreas estratégicas; correos, telégrafos y radiotelegrafía; petróleo y los demás hidrocarburos; petroquímica básica; minerales radioactivos y generación de energía nuclear; electricidad y las actividades que expresamente señalen las leyes que expida el Congreso de la Unión. La comunicación vía satélite y los ferrocarriles son áreas prioritarias para el desarrollo nacional en los términos del artículo 25 de esta Constitución Federal; el Estado al ejercer en ellas su rectoría, protegerá la seguridad de la Nación, y al otorgar concesiones o permisos mantendrá o establecerá el dominio de las respectivas vías de comunicación de acuerdo con las leyes de la materia.

El Estado contará con los organismos y empresas que requiera para el eficaz manejo de las áreas estratégicas a su cargo y en las actividades de carácter prioritario donde, de acuerdo con las leyes, participen por sí con los sectores social y privado.

El Estado tendrá un banco central que será autónomo en el ejercicio de sus funciones y en su administración. Su objeto prioritario será procurar la estabilidad del poder adquisitivo de la moneda nacional, y fortalecerá con ello la rectoría del desarrollo nacional que corresponde al Estado. Ninguna autoridad podrá ordenar al banco conceder financiamiento.

No constituyen monopolios las funciones que el Estado ejerza de manera exclusiva, a través del banco central en las áreas estratégicas de acuñación de moneda y emisión de billetes. El banco central, en los términos que establezcan las leyes y con la intervención que corresponda a las autoridades competentes, regulará los cambios, así como la intermediación y los servicios financieros, además de contar con las atribuciones de autoridad necesarias para llevar a cabo dicha regulación y proveer a su observancia. La conducción del banco estará a cargo de personas cuya designación será hecha por el Presidente de la República con la aprobación de la Cámara de Senadores o de la Comisión Permanente, en su caso; desempeñarán su encargo por períodos cuya duración y escalonamiento provean al ejercicio autónomo de sus funciones; sólo podrán ser removidas por causa grave y no pondrán tener ningún otro empleo, cargo o comisión, con excepción de aquellos en que actúen en representación del banco y de los no remunerados en asociaciones docentes, científicas, culturales o de

beneficencia. Las personas encargadas de la conducción del banco central, podrán ser sujetos de juicio político conforme a lo dispuesto por el artículo 110 de esta Constitución.

No constituyen monopolios las asociaciones de trabajadores formadas para proteger sus propios intereses y las asociaciones o sociedades cooperativas de productores para que, en defensa de sus intereses o del interés general, vendan directamente en los mercados extranjeros los productos nacionales o industriales que sean la principal fuente de riqueza de la región en que se produzcan o que no sean artículos de primera necesidad, siempre que dichas asociaciones estén bajo vigilancia o amparo del Gobierno Federal o de las Entidades Federativas, y previa autorización que al efecto se obtenga en las legislaturas respectivas en cada caso. Las mismas legislaturas, por así o propuesta del Ejecutivo, podrán derogar, cuando así lo exijan las necesidades públicas, las autorizaciones concedidas para la formación de las asociaciones de que se trata.

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

El Estado, sujetándose a las leyes, podrá en caso de interés general, concesionar la prestación de servicios públicos o la explotación, uso y aprovechamiento de bienes de dominio de la Federación, salvo las excepciones que las mismas provengan. Las leyes fijarán las modalidades y condiciones que aseguren la eficacia de la prestación de los servicios y la utilización social de los bienes, y evitarán fenómenos de concentración que contraríen el interés público.

La sujeción a regímenes de servicio público se apegará a lo dispuesto por la Constitución Federal y sólo podrá llevarse a cabo mediante Ley.

Se podrán otorgar subsidios a actividades prioritarias, cuando sean generales, de carácter temporal y no afecten sustancialmente las finanzas de la Nación. El Estado vigilará su aplicación y evaluará los resultados de ésta.

La Ley Federal de Competencia Económica, en su artículo 2º establece su objetivo, y que se refiere a la protección del proceso de competencia y libre concurrencia, mediante la prevención y eliminación de monopolios, prácticas monopólicas y demás restricciones al funcionamiento eficiente de los

mercados de bienes y servicios. Sin embargo, esta Ley regula la actividad de los comerciantes a través de su artículo 3º, cuando realiza alguna actividad económica, que incluye, por supuesto, al comercio; artículo que a continuación se transcribe:

ARTÍCULO 3.- Están sujetos a lo dispuesto por esta Ley todos los agentes económicos, sea que se trate de personas físicas o morales, dependencias o entidades de la administración pública federal, estatal o municipal, asociaciones, agrupaciones de profesionistas, fideicomisos o cualquier otra forma de participación en la actividad económica.

2.6.- RELACIÓN DEL DERECHO MERCANTIL CON EL DERECHO CIVIL.

El derecho mercantil guarda estrecha relación con el derecho civil, al igual que diversas ramas jurídicas, en virtud de que su origen se encuentra en el jus civile (derecho civil). Así, el derecho mercantil tomó del derecho civil las reglas generales de la contratación y las reglas generales del derecho.

Por ello, es preciso establecer que tanto el derecho civil como el derecho mercantil forman parte del derecho privado, y se refieren a ambas disciplinas a la actuación social de los individuos, en su ámbito privado.

Sin embargo, existen diferencias entre el derecho mercantil y el derecho civil, mismas que a continuación se establecen: el derecho civil, establece una relación jurídico-civil, basada en la voluntad particular de los individuos y, por otro lado, el derecho mercantil establece una relación jurídico-mercantil basada en la voluntad comercial impulsada por una idea de lucro; el derecho mercantil divide a las personas en comerciantes y no comerciantes, y establece una capacidad de carácter comercial que incluye a todas las personas para ejercer el comercio, aun a los extranjeros y a los menores de edad, en tanto que el derecho civil solamente hace referencia a las personas sin clasificación alguna; el derecho mercantil tiene como rasgo característico el de facilitar el intercambio de cosas o de prestaciones personales, siempre con el afán de lucro y con un objeto especulativo, no así el derecho civil que tiene por objeto producir las cosas o mercancías; el derecho civil tiene una tendencia formalista impulsor y protector de la propiedad, en tanto que el derecho mercantil tiene una tendencia a impulsar el crédito y a transmitir la propiedad de las cosas de manera acelerada.

Existen diversas teorías que tratan sobre la unificación o separación del derecho civil y del derecho mercantil: la teoría civilista, la teoría mercantilista y la teoría unificadora del derecho privado en materia de contratación.

A.- La teoría civilista.- Esta corriente del pensamiento establece que el derecho mercantil pertenece al derecho civil, y que reviste una forma especial del mismo, debiéndose tomar en cuenta que el derecho mercantil toma todos los elementos generales de la contratación del derecho civil, y que por lo tanto no puede existir el derecho mercantil como una disciplina autónoma e independiente.

B.- La teoría mercantilista.- Los autores de esta teoría, a diferencia de la anterior, sostienen que el derecho mercantil es autónomo e independiente porque comparte una naturaleza diferente al derecho civil, que regula las relaciones entre comerciantes y que buscan estos siempre la obtención de un lucro, admiten que el derecho mercantil retoma diversas figuras del derecho civil, como las bases de la contratación, pero aclara el derecho mercantil también ha creado figuras jurídicas de naturaleza no civil, y que han sido aportadas en beneficio del derecho civil; de la misma forma afirman que el derecho mercantil es dinámico y práctico, en donde el afán de especulación y obtención de ganancias me permite su desarrollo.

C.- La teoría unificadora del derecho privado en materia de contratación.- Los autores de esta teoría establecen que no existe razón alguna para dividir al derecho mercantil del derecho civil, toda vez que para ambas

disciplinas rigen las mismas reglas y principios de la contratación y de las obligaciones, y que por ello se puede unificar la legislación mercantil y civil en un mismo código; para el caso de Italia y Suiza se han unificado la legislación civil y la legislación mercantil.

2.7.- ANÁLISIS ECONÓMICO DEL DERECHO MERCANTIL.

Como en su oportunidad se estableció, el análisis económico del derecho es la disciplina autónoma que explica, a través de las variables y teorías económicas, a la ciencia del derecho. Para el caso del análisis económico del derecho mercantil, este se refiere a la explicación económica del comportamiento de las personas dedicadas a la actividad comercial, de manera permanente o accidental.

El análisis que se realiza, es a partir de tres categorías histórico-económicas, bajo las cuales se ha desarrollado el comercio: El libre mercado, el mercantilismo y el comercio internacional.

2.7.1.- El Libre Mercado.

El liberalismo económico, que fue la corriente impulsora del comercio, tiene como base y concepto fundamental la libertad de los mercados.

Para el liberalismo, el libre mercado implica, la no intervención del Estado en la esfera económica, y la no obstaculización del libre movimiento de recursos y factores productivos.

El principal fundador del liberalismo económico, Adam Smith, sostenía que los individuos al actuar en su beneficio propio, promovían el interés público, como si fueran llevados por una mano invisible. Este mismo autor, estableció que la competencia perfecta es buena para que la economía genere una asignación eficiente de los recursos.

Es preciso establecer que "en una economía de libre mercado, son las economías domésticas y las empresas las que toman todas las decisiones relacionadas con la asignación de los recursos...en las economías de libre mercado, los individuos buscan su interés personal y tratan de beneficiarse lo más posible, sin la interferencia del Estado".

En una economía de libre mercado, el libre movimiento de los factores de la producción resulta ser indispensable, y en virtud de ello es por lo que existe

una libertad de factores como el trabajo, la renta y el capital, que se realiza a través del libre flujo de las mercancías que son ofrecidas y demandadas en el mercado.

El libre mercado, que es una institución de las leyes económicas, ha hecho posible el desarrollo de las diferentes formas de producción, y asimismo de los diversos sistemas de producción, sin dejar de mencionar que es a través de las personas productoras, que con el ánimo de obtener ganancias, compiten entre sí, para lograr ser el mejor, y así obtener el mayor porcentaje de ganancias.

Con el libre mercado, aparecen la Ley de oferta y de demanda. La curva de demanda "es una línea hipotética que nos dice cuantas unidades de un artículo determinado estarían dispuestos a comprar los consumidores, a lo largo de un período, a todos los precios posibles, suponiendo que los precios de otros artículos y los ingresos monetarios de los consumidores permanecerán sin cambio"

Por su parte la cantidad demandada depende de la conducta de los consumidores, pues se refiere a aquella cantidad que están dispuestos a adquirir los compradores.

La forma en que funciona la cantidad demandada, se da de la manera siguiente: aumentará la cantidad demandada cuando baja su precio, y viceversa, disminuirá cuando suba el precio.

Por su parte la curva de oferta se refiere a la conducta de los vendedores de bienes y servicios, e implica la cantidad que es ofrecida de determinados bienes y servicios.

La curva de oferta denota la cantidad ofrecida de un bien determinado, y su pendiente es positiva, en atención a que dicha pendiente depende de los costos de producción, pues las empresas no ofrecerán bienes si el precio no cubre el costo de producción.

Pues bien, en una economía de libre mercado los precios a los que se venden las mercancías se van a determinar por las curvas de oferta y de demanda. Así, el precio de determinado bien o servicio va a ser aquel en el cual exista una intersección entre la cantidad de bienes demandados y la cantidad de bienes ofrecidos; a dicho punto de intersección se le denomina también precio de equilibrio.

Cuando existe un exceso en la cantidad de bienes ofrecidos, por encima de los bienes demandados, entonces estamos en el supuesto de un exceso de la oferta, lo que genera que el precio de los bienes ofrecidos disminuya; contrario a ello cuando existe mayor cantidad de bienes demandados, por encima de la oferta, entonces el nivel del precio aumentará.

En una economía de libre mercado, resulta característico que la asignación de todos los recursos se realicen a través de la vía de la Ley de oferta y demanda, en donde es de suponerse la existencia de una libertad de movimiento de todos los factores y agentes económicos.

Sin embargo, también en una economía de libre mercado, los entes económicos más aptos y capaces determinan y controlan la Ley de oferta y demanda, lo que lleva a la creación de figuras económicas de concentración, y a prácticas desleales, de monopolio, oligopolio y prácticas monopólicas, que pronto desaparecen al libre mercado.

La relación que existe entre el libre mercado con el derecho del comercio, es precisamente que en ambos casos se promueve la libre circulación de bienes y servicios, y regulan la conducta de los productores y consumidores. Por su parte el derecho mercantil, determina formalmente las formas en las

que las controversias suscitadas se presentan con motivo de la actividad comercial, mediante el proceso y procedimientos que establece, a través de las leyes comerciales respectivas.

Cabe mencionar que no sería posible hablar del derecho mercantil, si no existiera previamente una economía de libre mercado, pues solamente con la Ley de oferta y demanda se genera el intercambio de bienes y servicios, además de que es a través de estas leyes por las que los productores se incentivan para ofrecer sus productos, con el afán de obtener ganancias. Es decir, que resultó condición necesaria para la existencia del derecho mercantil, el establecimiento previo del libre mercado.

2.7.2.- El Mercantilismo.

La corriente mercantilista, cuya aparición se da en Europa en los siglos XVI y XVII, se interesó por el tráfico y el comercio, principalmente.

Los llamados mercantilistas manifestaban su agrado de que cada nación se esforzara por obtener y mantener una balanza de comercio favorable, que implicaba un excedente de las exportaciones sobre las importaciones.

En el esquema mercantilista, la importancia de tener una balanza comercial favorable, tenía la implicación directa de que, mediante esa vía, ingresarían metales preciosos a las naciones, con el beneficio de proporcionar ingresos para el soberano, y un estímulo para la economía doméstica de cada país.

La doctrina mercantilista se vio disminuida por el pensamiento de Adam Smith, quien estableció que: "Tan pronto como se hubo establecido la división del trabajo sólo una pequeña parte de las necesidades de cada hombre se pudo satisfacer con el producto de su propia labor. El hombre subviene a la mayor parte de sus necesidades e intercambia el remanente del producto de su esfuerzo, en exceso de lo que consume, por otras porciones del producto ajeno, que él necesita. El hombre vive así, gracias al cambio convirtiéndose, en cierto modo, en mercader, y la sociedad misma prospera hasta ser lo que realmente es, una sociedad comercial".

El mercantilismo, fue una doctrina cuya aportación a la actividad económica de las naciones fue trascendente para el impulso del comercio, en virtud de que resultaba necesario para incrementar el bienestar social, el intercambio y flujo de las mercancías, lo que representa que era prioritario el desarrollo del comercio como fuente de riqueza.

Cabe destacar que el mercantilismo fue la corriente que estableció bases lógicamente estructuradas que justificaron la importancia del comercio; de ahí que el mercantilismo sea una corriente económica importante para que el derecho mercantil surgiera.

Con el mercantilismo surge una etapa importante en la regulación del comercio, aunque con posterioridad la doctrina mercantilista promoviera las medidas arancelarias que creaban un proteccionismo comercial, obviamente en impulso a la obtención de balanzas de comercio favorables.

Con el pensamiento liberal, cuyo proclamo era el libre comercio, se critica al mercantilismo, cuyo producto legal fue el establecimiento de diversas leyes de carácter comercial; sin embargo, la doctrina mercantilista heredó la política comercial actual de medidas económicas de protección de la industria.

Producto del mercantilismo, las leyes de maíz que se referían a los derechos sobre el trigo que se importaba en la Gran Bretaña, revocadas en el año de 1846, permitieron el éxito de la revolución industrial en los países Europeos.

Además, con el mercantilismo se crearon las bases del proteccionismo comercial y de las economías de mercado interno.

2.7.3.- El Comercio Internacional.

El comercio internacional, apareció como consecuencia directa del comercio interno o doméstico de las naciones, teniendo como impulso la libertad comercial. Sin embargo, el comercio entre las naciones surge debido al continuo aumento de la producción primaria o agrícola y secundaria o de manufacturas, lo que llevó a la existencia de producción excedente, la cual desembocó de manera natural en el comercio exterior, mediante el mecanismo de exportación, con el objeto de importar a su vez, aquellos productos que eran limitados en el país exportador.

El principio funcional del comercio exterior consiste en que cuando el producto de una industria particular excede a la demanda interna, dicho remanente deberá ser enviado al extranjero para intercambiarse por aquellos productos sobre los cuales existe una oferta menor a la demanda. El excedente que se exporta, no necesariamente deben ser mercancías, sino que puede ser el factor trabajo o capital.

Para el autor Adam Smith, la exportación se fomenta mediante tres mecanismos:

- a).- Con la devolución de derechos,
- b).- Con primas a la exportación,
- c).- Por medio de tratados comerciales y mediante el establecimiento de colonias.

Actualmente el comercio internacional agrupa a todas las naciones del mundo, mediante los diversos procesos de globalización, y con lo cual existen relaciones comerciales entre los países.

Para el caso del derecho mercantil, si bien es cierto que su aplicación es al interior del país, también lo es que el papel que desempeña dentro del comercio internacional es indispensable, en atención a que regula y ordena los diferentes procesos de producción y transacciones comerciales, que representan la base fundamental para el intercambio comercial externo. Sin embargo, también resulta que el comercio internacional que ha asumido la tarea trascendental de atraer recursos a las naciones, lo que ha permitido que su desarrollo se haya dado de manera más rápida y eficiente que el derecho mercantil, ha ejercido una notoria influencia sobre el derecho mercantil.

Para entender el comercio internacional, resulta necesario analizar las leyes y teoremas en las que se basa el intercambio externo de bienes y servicios, por lo que las fundamentales son: La Ley de la ventaja absoluta, la Ley de la ventaja comparativa, el modelo de Heckscher-Ohlin y la paradoja de Leontief.

A.- La Ley de la ventaja absoluta.- Esta Ley que estableció Adam Smith, se refiere a la ventaja que tiene un país sobre otro, en cuanto al precio de producción de determinado bien, y que establece que dados dos países, cada país producirá aquel bien en el cual es más eficiente y lo intercambiará por aquel bien en el cual es menos eficiente.

B.- La Ley de la ventaja comparativa.- Esta Ley pronunciada por el economista inglés David Ricardo, establece que: Dados dos países y dos productos, supóngase que uno de los países produce los dos productos a menor costo que el otro país, por lo tanto, el país que produce en mejores condiciones deberá especializarse en la producción de aquel producto en el que posee una mayor ventaja (ventaja comparativa) y exportarlo, e intercambiarlo por aquel producto en que posee una menor ventaja (desventaja comparativa) para beneficiarse del comercio.

La Ley de la ventaja comparativa puede ejemplificarse de la forma siguiente: Supóngase dos países (México y Estados Unidos) y dos productos (tela y trigo) en donde las condiciones de producción se describen en el cuadro siguiente:

	ESTADOS UNIDOS DE NORTEAMÉRICA *	MÉXICO *
Producto	cantidad	cantidad
Trigo	6 Kgs.	2 Kgs.
Tela	10 Kgs.	6 Kgs.

** (Producción de un hombre por día)*

Como se aprecia, los Estados Unidos de Norteamérica poseen una ventaja en la producción de tela y trigo, sin embargo, posee una mayor ventaja en la producción de trigo que en la de tela.

Ahora bien, supongamos que al interior de sus economías, en México si se producen 2 Kgs. de trigo estos pueden intercambiarse por 6 mts. de tela (es decir, necesitan de la misma cantidad de trabajo para producir ambos).

Por su parte, en los Estados Unidos de Norteamérica se pueden intercambiar 6 Kgs. de trigo por 10 mts. de tela.

La Ley de la ventaja comparativa consiste en que, no obstante de que los Estados Unidos de Norteamérica es más eficiente en la producción de trigo y tela, le será de más beneficio que se dedique a producir trigo (que es donde posee mayor ventaja) e intercambiarlo por tela. En nuestro ejemplo sería lo siguiente: supongamos que los Estados Unidos de Norteamérica se especializan en la producción de trigo y México en la producción de tela; una vez que se realiza el intercambio, tenemos que los Estados Unidos de Norteamérica obtuvieron por 6 Kgs. de trigo 18 mts. de tela, y México por sus 18 mts. de tela obtuvo 10.8 Kgs. de trigo. Como puede observarse, 18 mts. de tela es mayor a 10 mts. de tela que Estados Unidos obtendrá por 6 Kgs. de trigo al interior de su economía, beneficio que no obtendrá si no se hubiera especializado y no hubiese comerciado con México. Para México el haberse especializado en la producción de tela también trajo beneficios, ya que por 6 mts. de tela ($18 \div 3$) obtuvo 3.6. kgs. de trigo ($10.8 \div 3$), lo cual es superior a 2 Kgs. de trigo que obtendría por 6 mts. de tela al interior de su economía y sin entrar al comercio.

De ahí que, con la Ley de la ventaja comparativa los países tienden a especializarse en aquellas ramas en que son más competitivos, para buscar los beneficios que se dan con el comercio mundial.

C.- El Teorema de Heckscher-Ohlin.- Este teorema establece que: Dados dos países con dos factores homogéneos (Trabajo y Capital), y suponiendo que cada uno de ellos tiene una ventaja comparativa en el factor trabajo y capital respectiva, la tendencia es que el país que posea el factor trabajo en abundancia exportará bienes que utilicen en forma intensiva este factor con relación al capital, e importarán aquellos que utilicen en forma intensiva el factor escaso.

El factor abundante en México es el trabajo y el escaso el capital, por lo que la tendencia será: exportar bienes que utilicen con intensidad al factor trabajo, como los bienes manufacturados e importar bienes que utilicen con intensidad el factor capital, como la maquinaria.

C.- La Paradoja de Leontief.- Wassily W. Leontief, establece con motivo del teorema de Heckscher-Ohlin, una paradoja de que el país de los Estados Unidos de Norteamérica para el año de 1947, era el país más abundante en el factor del capital, y sin embargo, exportaba para ese año bienes intensivos en el factor del trabajo e importaba bienes intensivos en el factor capital; lo que implicó que el teorema de Heckscher-Ohlin no tuviera aplicación para ese país en el año de referencia.

CAPÍTULO TERCERO.- LA TEORÍA DE LA RESPONSABILIDAD

3.1.- CLASES DE RESPONSABILIDAD.

3.1.1.- La responsabilidad civil.

La figura jurídica de la responsabilidad, cada vez tiene mayor importancia dentro del campo del Derecho. Por su parte, la responsabilidad civil, que es aquel apartado sobre el cual se ha evolucionado de manera más lenta, resulta necesario que en la actualidad se establezcan bases y formas para resolver de manera eficaz los problemas que tienen relación alguna con la responsabilidad civil.

La responsabilidad civil se puede definir "Como la obligación de soportar la reacción del ordenamiento jurídico frente al hecho dañoso". De la definición anterior se advierte el elemento de obligación y el elemento del daño, los cuales son sobre los que gira la responsabilidad civil, básicamente.

La responsabilidad civil, se va a diferenciar de la responsabilidad penal y de la responsabilidad moral porque, en la responsabilidad civil se causa un perjuicio a una persona privada.

3.1.2.- La responsabilidad moral.

Contraria a la responsabilidad civil, la responsabilidad moral implica una noción puramente subjetiva; se refiere a la conducta de un individuo, que de manera interna y consciente, atenta en contra de las normas morales, sin producir daño material alguno, y en donde su comportamiento es sancionado por el mismo sujeto.

Se ha llegado a establecer que: "para saber si una persona es moralmente responsable, hay que examinar su estado espiritual; el mismo acto empeñará la responsabilidad moral de uno y no la de otro, cuyo sentido moral será menos refinado. Desde el instante en que la conciencia de un individuo reprueba su actitud, es moralmente responsable; poco importa el resultado: un perjuicio no constituye un requisito necesario de la responsabilidad moral; por lo demás, resulta suficiente con un simple pensamiento. Todo pasa igualmente dentro de un plano puramente interno, no exteriorizado, en cuanto a la sanción de la responsabilidad moral; sin duda, cuando existe un daño, la regla moral ordena en algunos casos su reparación; pero eso no es a título de sanción".

3.1.3.- La responsabilidad penal.

En este apartado, se establece la definición de la responsabilidad penal, para el único efecto de distinguirla de la responsabilidad civil, sin que ello implique un análisis profundo de la misma. Así, para que exista responsabilidad penal se requiere de una acción o de una abstención, en donde el pensamiento debe exteriorizarse; la responsabilidad penal se manifiesta como una sanción.

La responsabilidad penal puede definirse como el “deber jurídico de sufrir la pena, que recae sobre quien ha cometido un delito, esto es, una acción u omisión típica, antijurídica y culpable”.

La responsabilidad penal tiene su origen en la comisión de un delito, es decir, que surge cuando una persona actualiza con su conducta, el supuesto establecido por la Ley penal y sancionado como delito.

3.2.- LA RESPONSABILIDAD CIVIL.

3.2.1.- Antecedentes.

En el antiguo derecho, la poena (composición) constituía una punición y reparación al mismo tiempo; posteriormente, la autoridad forzaba a la víctima a aceptar la composición cuya tarifa fijaba.

En el derecho romano, de las XII Tablas la poena representó una pena privada y una reparación al mismo tiempo, con lo que no se realizaba distinción alguna entre la responsabilidad civil y la responsabilidad penal.

Es hasta el siglo XIII, que en el antiguo derecho francés se realiza la primer distinción entre la responsabilidad civil y la responsabilidad penal, a partir del requisito de la culpa que se divide en intencional o simple culpa por imprudencia o negligencia, para el caso de la responsabilidad civil.

Con el desarrollo del maquinismo y el auge de la revolución industrial en el siglo XIX, se llevaron a cabo avances importantes en materia de riesgos derivados del trabajo. En Francia, las leyes de 9 de abril de 1898 y de 30 de octubre de 1946, determinaron dispensar al obrero de probar la culpa del patrón.

De igual forma, la doctrina evolucionó, y así se creó la teoría del riesgo, la que se contrapuso a la teoría de la culpa, defendida la primera por Saleilles y Josserand.

3.2.2.- Requisitos.

Los requisitos de la responsabilidad civil, son: La culpa, un daño y un vínculo de causalidad entre la culpa y el daño.

3.2.2.1.- La culpa.

Esta fue definida por Planiol como "*una infracción a una obligación preexistente*". Sin embargo, una definición más completa es la que establece que "*la culpa es un error tal de conducta, que no se habría cometido por una persona cuidadosa, situada en las mismas circunstancias externas que el demandado*".

No se puede hablar de responsabilidad civil, sino se atiende a la culpa, la cual es requisito y fundamento de la responsabilidad civil. En principio, todo incumplimiento de una obligación contractual, constituye una culpa cuando se debe a un hecho del deudor, pues es evidente la máxima de *pacta sunt servanda* (los pactos deben ser cumplidos).

La culpa se divide en: Culpa intencional y culpa no intencional. La culpa intencional, se caracteriza por la mala intención del autor de daño, y en donde el autor ha querido que ese daño se realice. Por su parte, en la culpa no intencional, se incurre en un error de conducta, en una imprudencia o negligencia, en donde su autor no ha querido la realización de ese daño.

La culpa intencional, en materia extracontractual, se denomina culpa delictual o delito y, en materia contractual, se denomina culpa dolosa o dolo.

La culpa no intencional, en materia extracontractual, se denomina cuasidelito o culpa cuasidelictual y, en materia contractual, se denomina culpa no dolosa.

Ahora bien, la ausencia de culpa se da cuando exista fuerza mayor o caso fortuito. Sin embargo, en caso de legítima defensa y de estado de necesidad, existe ausencia de culpa.

Cabe destacar que, en el ámbito de la responsabilidad contractual, la obligación de reparación alcanza a los daños previsibles, únicamente; pero cuando el incumplimiento de la obligación se da a consecuencia de un dolo del deudor, la obligación alcanzará, también, a los daños imprevisibles. Es

decir, que en el ámbito de la responsabilidad contractual, las partes mismas establecen el contenido de la obligación de prudencia y diligencia.

3.2.2.2.- El daño.

Se entiende por éste, la pérdida o menoscabo sufrido en el patrimonio por la falta de cumplimiento de una obligación.

Resulta indispensable la existencia del daño, de lo contrario, se carecería de un interés para intentar la acción de responsabilidad civil.

Ahora bien, la doctrina francesa ha señalado que el daño debe ser cierto, que no existe duda alguna sobre su realidad; que el daño eventual o hipotético no debe ser reparado.

El daño se compone de dos elementos: La pérdida sufrida, que se refiere al empobrecimiento experimentado por el patrimonio del acreedor y, la ganancia que ha dejado de obtenerse. Los romanos ya denominaban a la pérdida sufrida *damnum emergens* (que significa la pérdida evaluable con toda certeza), y a la ganancia que deja de obtenerse, *lucrum cesans* (que significa ganancia que se dejó de obtener a causa del evento dañoso).

3.2.2.3.- El vínculo de causalidad.

Partiendo del principio de que la culpa del demandado debe ser la causa del daño, encontramos la existencia de un nexo de causalidad entre la culpa del demandado y el daño.

Así, "el vínculo de causalidad entre el incumplimiento de la obligación y el daño debe ser probado por la víctima . . . el vínculo de causalidad entre la actividad del demandado y el incumplimiento de la obligación se presume. Incumbe, pues, al demandado demostrar que no se debe a un hecho suyo el incumplimiento de la obligación a que estaba constreñido, sino que es el resultado de una causa ajena".

Para determinar la existencia del vínculo de causalidad, se presentan dos situaciones: La pluralidad de causas y el perjuicio indirecto.

Respecto a la pluralidad de causas, para el autor Von Buri *"todo acontecimiento sin el cual no se habría producido el daño, es la causa jurídica del mismo"*. Esta teoría, denominada, también, de la equivalencia de las condiciones, ha establecido que todos los acontecimientos que han

condicionado el daño, son equivalentes, en el sentido de que todos ellos son, por igual título, la causa del mismo.

Por su parte, para el autor Von Kries *"todos los acontecimientos que concurren a la realización del daño, y que son sus condiciones, no constituyen su causa. Tan sólo pueden ser admitidos como causas aquellas que debería producir normalmente el perjuicio; es preciso que la relación entre el acontecimiento y el daño sea adecuada y no simplemente fortuita"*.

A esta teoría se le ha denominado también, de la causalidad adecuada, que exige que el acontecimiento sea capaz de producir normalmente el daño.

Una tercer teoría, de la causalidad eficiente, exige que el acontecimiento desempeñe un papel preponderante en la realización del perjuicio, y que sea la causa generadora del mismo.

El perjuicio o daño indirecto, se refiere a la no obligación del deudor de reparar, sino aquello que sea consecuencia inmediata y directa del incumplimiento de lo convenido; bajo el anterior supuesto, todos los acontecimientos que han concurrido a la realización de un perjuicio no son causa de él, sino tan sólo aquellos que han desempeñado un papel preponderante en esa realización.

Dentro del vínculo de causalidad, la llamada causa ajena se refiere a la destrucción de la presunción de responsabilidad por parte del demandado.

Existen tres causas ajenas al demandado: La fuerza mayor, el hecho de un tercero y la culpa de la víctima. Sin embargo, como principio general, para que un acontecimiento constituya una causa ajena, debe ser éste, imprevisible e irresistible.

A.- La fuerza mayor.- Por esta figura jurídica, suele entenderse "un acontecimiento anónimo, imprevisible e irresistible". De igual manera se le conoce con el nombre de caso fortuito.

Las características de la fuerza mayor son:

- Se trata de un acontecimiento anónimo y no imputable al demandado, que resulta de las fuerzas de la naturaleza.
- Es imprevisible desde el momento en que no se espera que el acontecimiento se produzca; es irresistible porque se crea una imposibilidad de cumplimiento.
- El acontecimiento debe ser exterior a la cosa.

Cuando el daño sea el resultado de un caso de fuerza mayor, el demandado deberá ser absuelto.

B.- El hecho de un tercero.- Constituye una causa ajena, que libera al demandado, siempre y cuando sea imprevisible e irresistible.

Las características del hecho de un tercero son:

- Que el acontecimiento pueda atribuirse a una persona diferente al demandado y a la víctima.
- Puede admitirse el hecho de un tercero desconocido.
- El hecho de un tercero no debe ser imputable al demandado.
- Debe ser culposo el hecho de un tercero.

En el supuesto de que el daño causado sea el resultado de dos culpas, la del demandado y la de un tercero, cada uno de ellos son obligados de manera solidaria.

Ahora bien, si se demuestra que la única causa del daño es el hecho de un tercero, deberá absolverse al demandado.

C.- La culpa de la víctima.- Este presupuesto establece que, si el daño es consecuencia de la participación de la víctima, de manera única, deberá exonerarse al demandado; es así como la culpa de la víctima aparece como la causa ajena más apta para liberar de toda responsabilidad al demandado.

Además de que, si se demuestra que ha participado la víctima en la realización del daño, ésta nada debe reclamar. De la misma forma, el hecho de la víctima debe ser culposo.

3.2.3.- Clasificación.

Existen diversas clasificaciones de la responsabilidad civil; sin embargo, se analizarán las más aceptadas por los doctrinarios del Derecho.

La primer clasificación es la de responsabilidad contractual y responsabilidad delictuosa. La responsabilidad contractual tiene su fuente en el incumplimiento de una obligación derivada de un contrato, misma que se traduce en aquella obligación que tiene una persona de reparar, mediante el pago de una indemnización, los daños y perjuicios ocasionados a diversa persona denominada acreedor. Por su parte, la responsabilidad delictuosa tiene como su fuente al incumplimiento de una obligación

extracontractual, que genere un perjuicio para un tercero; así, la responsabilidad delictuosa se traduce en la obligación que tiene el autor del perjuicio de reparar, a través de una indemnización, a la víctima del perjuicio.

Existen ciertas semejanzas y diferencias entre la responsabilidad contractual y la delictuosa, mismas que se precisan a continuación:

A.- Semejanzas.- En ambas formas de responsabilidad, se establece la existencia de un perjuicio derivado del incumplimiento de una obligación a consecuencia de la existencia de una culpa de su autor, y que puede repararse el perjuicio mediante una indemnización.

B.- Diferencias.- En la responsabilidad contractual la gravedad del incumplimiento se considera como una falla en el contrato, en cambio, en la responsabilidad delictuosa se toma al incumplimiento como una falta de observación de la obligación. Además, en la responsabilidad contractual la reparación del perjuicio se basa únicamente en el incumplimiento de la obligación contractual, mientras que en la responsabilidad delictuosa el acreedor soporta la carga de la prueba del incumplimiento inconsciente.

Se ha llegado a establecer también, que la responsabilidad delictuosa es aquella que se debe al derecho común y que la responsabilidad contractual es un caso de excepción. A ese respecto se ha pronunciado Julien Bonnecase al establecer que *"lo que el Código Civil llama responsabilidad delictuosa, representa, experimental y racionalmente, la responsabilidad normal, si se toma en consideración el fin del Derecho, y de la función de las reglas jurídicas...la responsabilidad contractual es una responsabilidad excepcional, susceptible siempre de ser substituida o completada por la responsabilidad delictuosa y, en todo caso, limitada siempre al dominio de los contratos"*.

Es preciso establecer que la responsabilidad surge de una violación a la obligación legal o contractual, que depende del tipo de responsabilidad a que se dé origen.

3.3.- TEORIAS ACERCA DE LA RESPONSABILIDAD.

3.3.1.- Del riesgo.

Esta teoría, conocida también como del riesgo creado, y defendida por Saleilles y Josserand en el año de 1897, adoptó como principio que la culpa

no es requisito de la responsabilidad civil, y que por lo tanto, una persona desde el momento en que, por su actividad propia, hace correr a los demás el riesgo de un daño, cuando ese riesgo se concreta, es responsable del daño.

La teoría del riesgo, fue concebida como una forma legal de proteger a los obreros víctimas de los accidentes de trabajo, descargándoles la carga de la prueba de la culpa de su autor.

La teoría del riesgo es doble: “niega la necesidad de la culpa (parte negativa) y; propone un nuevo criterio para reemplazar al de la culpa (parte propositiva). . . Si las relaciones jurídicas aparecen como algunas relaciones no ya entre personas, sino entre patrimonios, la noción de culpa, que supone el examen de la conducta de una persona, carece ya de sentido: un patrimonio no incurre en una culpa”.

La teoría del riesgo, no admitida por el derecho positivo francés, descansa sobre un equilibrio material , a partir de una idea de equidad impersonal, que choca con la noción de culpa, que ha permitido moralizar al derecho de la responsabilidad civil.

3.3.2.- De la culpa.

En el antiguo derecho francés, surgió la teoría tripartita de la culpa, denominada también teoría de la prestación de las culpas, la cual estableció tres grados de la culpa: Culpa grave, culpa leve y culpa levísima.

La culpa grave o culpa lata, se refiere a aquella conducta negligente e imperdonable o a una incalificable ineptitud, realizada por una persona; esta culpa, por su gravedad, se asimila al dolo. Para que exista culpa grave, el autor de la conducta debió haber obrado de manera consciente, con un propósito deliberado , sin reparar en las probables consecuencias de su acto. Este grado de culpa se da en aquellos contratos que se celebran en interés exclusivo del acreedor. Ejemplo de ello es el depósito.

La culpa leve, se da en aquellos actos que realiza una persona, y que promete una diligencia media para efectuarlos. Este grado de culpa opera en aquellos contratos que se celebran en interés común del acreedor y del deudor. Por ejemplo, en el contrato de compraventa.

Existían dos maneras de calcular la culpa leve: “in concreto, cuando se tomaba en consideración para apreciarla, el carácter y costumbres de quien

la había cometido; in abstracto, cuando se calculaba la culpa en atención a lo que debió haber sido su autor, y no a la que era en realidad”.

La culpa levísima, se refiere a aquella conducta que pudiere evitarse por una persona vigilante y muy cuidadosa. Este grado de culpa se da en aquellos contratos que se celebran en interés exclusivo del deudor. A manera de ejemplo, el comodato.

La división tripartita de las culpas, se aplicaba de la forma siguiente: "el deudor únicamente respondía de la culpa grave cuando el contrato se había celebrado sólo en interés del acreedor; respondía también de la culpa leve si tanto él como el acreedor estaban interesados al mismo tiempo en el negocio; por último, si el contrato únicamente había sido celebrado en su interés y no en el del acreedor, respondía hasta de la culpa levísima”.

En los diversos Códigos Civiles de los Estados integrantes de la Federación Mexicana, la teoría tripartita de la culpa, no se encuentra plasmada, lógicamente, por haber sido producto del antiguo Derecho francés.

3.3.3.- Del abuso de los derechos.

La teoría del abuso de los derechos, “tiene como problema central el considerar que el ejercicio sin control del derecho, representa una amenaza para la justicia que es el fin esencial del sistema jurídico”.

Para Domat, *“el ejercicio de un derecho compromete la responsabilidad cuando es malicioso o no se halla justificado por ningún interés”*.

La teoría del abuso de los derechos, construida por Josserand y Saleilles a principios del siglo XX, adopta una doble variante: “un estado meramente psicológico y, una situación material. En el primer sentido, el abuso de los derechos se refiere al hecho de una persona de ejercitar, con el sólo fin de perjudicar a otra, y por tanto, sin ningún interés para sí misma, un derecho de que es titular. En su segundo sentido, el abuso de los derechos designa el acto por el cual una persona ocasiona un perjuicio a otra excediéndose de los límites materiales de un derecho que indiscutiblemente le pertenece y que sólo en apariencia reviste un carácter absoluto”.

Existirá abuso de derechos, cuando se cumplan con lo siguiente:

- Se ejercite un derecho,
- Exista ausencia de toda utilidad, para quien ejercita el derecho,
- Se dé la intención nociva,

- Se ocasione un perjuicio a otra persona.

Para el autor Josserand, *“un derecho se ejerce abusivamente cuando lo es contra el interés social para el que ha sido dictado”*.

La teoría del abuso de los derechos, originó una reacción intelectual, que descartó a la misma; así, Planiol estableció que “el derecho termina donde el abuso comienza, , y no puede haber uso abusivo de un derecho cualquiera, por la razón irrefutable de que un solo y mismo acto no puede ser, a la vez, conforme al derecho y contrario al derecho”.

Esta teoría, se encuentra regulada en el artículo 1912 del Código Civil para el Distrito Federal, que a la letra dice: “Cuando al ejercitar un derecho se cause daño a otro, hay obligación de indemnizarlo si se demuestra que el derecho sólo se ejercitó a fin de causar el daño, sin utilidad para el titular del derecho”.

3.4.- LA TEORÍA DE LA IMPREVISIÓN.

Esta teoría, adoptada por los juristas medievales, a partir de la cláusula *rebus sic stantibus* (que significa mientras las cosas así permanezcan), se vio influida por la ideología de Santo Tomás de Aquino , que excusaba al no

hombre de no cumplir con sus obligaciones, si cambiaban las circunstancias de las personas o de los negocios.

Sin embargo, en el siglo XIX, la cláusula rebus sic stantibus no tuvo partidarios, razón por la que no fue recogida por legislación europea alguna.

En el siglo XX, la teoría de la imprevisión cobró notable importancia, a consecuencia de la primera guerra mundial, y a los constantes problemas y desajustes económicos por los que han atravesado los países, lo que influyó en su regulación en los códigos civiles de Italia (1942), Bolivia (1975), Perú (1984) y Paraguay (1987); países que han tenido problemas fuertes de inflación.

La imprevisión se presenta, "no como un vicio del consentimiento, sino obligatoria, con posterioridad al contrato, por virtud del desequilibrio sobrevenido entre las voluntad de las partes, en el momento en que se comprometieron, y las perturbaciones experimentadas por el medio social".

Para el caso de nuestro país, el artículo 2455 del Código Civil para el Distrito Federal y para toda la república en materia federal, ha establecido:

ART. 2455.-El arrendatario no tendrá derecho a la rebaja de la renta por esterilidad de la tierra arrendada o pérdida de frutos proveniente de casos fortuitos ordinarios; pero sí en caso de pérdida de más de la mitad de los frutos, por casos fortuitos extraordinarios.

Entiéndese por casos fortuitos extraordinarios: el incendio, guerra, peste, inundación insólita, langosta, terremoto u otro acontecimiento igualmente desacostumbrado y que los contratantes no hayan podido razonablemente prever. En estos casos el precio del arrendamiento se rebajará proporcionalmente al monto de las pérdidas sufridas. Las disposiciones de este artículo no son renunciables.

La aplicación de la cláusula rebus sic stantibus implica, una facultad para los tribunales de modificar las obligaciones contractuales, cuando por las circunstancias existentes éstas se alteren, y siempre y cuando: “a) sean imprevisibles; b) afecten substancialmente las obligaciones del deudor, en manera que se produzca una situación de injusticia o iniquidad en la equivalencia de las prestaciones por excesiva onerosidad, y c) que se trate de alteraciones de la situación general del país o de la región y no de circunstancias particulares o personales del deudor. La intervención del

Juez tendría por objeto restablecer el equilibrio de las prestaciones, con un criterio de prudencia y ponderación, atendiendo a las circunstancias”.

Frente al principio de los contratos, de *pacta sunt servanda* (los pactos deben ser cumplidos), surgió la teoría de la imprevisión, como una figura jurídica de protección a los obligados, que se ven afectados por la modificación o alteración de las circunstancias en las que contratan, y que representa un estado de desequilibrio entre lo esperado y lo acontecido. Así, con la cláusula *rebus sic stantibus* (mientras las cosas así permanezcan), se pretende obtener un estado de equidad, que atenúe los eventos no previsibles por los contratantes, y que logre cumplir con el objeto para el que se contrata.

La teoría de la imprevisión, considero que debe aplicarse a situaciones realmente extraordinarias o especiales, en las que surjan acontecimientos inesperados que alteren las circunstancias y que efectúen directamente la relación contractual; de lo contrario, la teoría de la imprevisión sería un acto injusto e ilegal, que crearía incertidumbre jurídica, muy peligroso para la seguridad de un país.

CAPÍTULO CUARTO.- LOS DAÑOS Y PERJUICIOS

4.1. - DEFINICIÓN.

El artículo 2108 del Código Civil para el Distrito Federal y para toda la República en Materia Federal, define a los daños como: "la pérdida o menoscabo sufrido en el patrimonio por la falta de cumplimiento de una obligación". De la misma forma, el artículo 2109 define al perjuicio como: "la privación de cualquier ganancia lícita que debiera haberse obtenido con el cumplimiento de la obligación".

Sin embargo, existen otras definiciones. Así, "daño es todo menoscabo material o moral causado contraviniendo una norma jurídica, que sufre una persona y del cual haya de responder otra".

Otra definición de daño es, "la efectiva disminución del patrimonio y consiste en la diferencia existente entre el valor actual del patrimonio del acreedor y el que tendría de haberse cumplido la obligación exactamente".

El daño jurídico se define, como la “lesión de la voluntad de un sujeto jurídico, efectuada mediante un comportamiento contrario a aquello previsto por la norma jurídica”.

Para el autor Ernesto Gutiérrez y González, “por daño debe entenderse la pérdida o menoscabo sufrido en el patrimonio de una persona, por conductas lícitas o ilícitas de otra persona, o personas bajo su custodia, o por cosas que posee ésta y que la Ley considera para responsabilizar a su autor, y que por perjuicio se entiende la privación de cualquier ganancia lícita que debiera de haberse obtenido, de no haberse generado la conducta ilícita o ilícita de otra persona, o personas bajo su custodia, o cosas que posee, y que la Ley considera para responsabilizarla”.

De las definiciones anteriores, se puede establecer que, el daño se refiere a aquella afectación que sufre una persona, en su patrimonio o en su integridad moral, debido a una conducta desplegada por otra persona, de incumplimiento a una obligación previamente pactada o contraria a la Ley o a las buenas costumbres.

Por su parte el perjuicio, puede entenderse como aquel beneficio lícito frustrado, por una conducta de incumplimiento a una obligación previamente pactada o contraria a la Ley o a las buenas costumbres.

4.1.1.- El daño y perjuicio mercantil.

El daño de naturaleza mercantil, puede definirse como aquel detrimento que sufre un sujeto de derecho en su patrimonio, en el ejercicio de una actividad comercial, y como consecuencia del incumplimiento de una obligación, pactada. Por su parte el perjuicio mercantil debe entenderse como aquella privación que sufre un sujeto de derecho cuya actividad es el comercio, de obtener un lucro lícito existente en el comercio, y cuya frustración es consecuencia del incumplimiento de una obligación pactada.

De las anteriores definiciones se advierte que los daños y perjuicios en materia mercantil, poseen una naturaleza de lucro, o bien, de la obtención de una ganancia especulativa, que a diferencia del daño y perjuicio civil, que pretende obtener un beneficio patrimonial derivado del comercio, y no como una forma de simple reparación.

Si bien es cierto que los daños tienden a reparar el incumplimiento de la obligación, también lo es que en materia mercantil los daños y perjuicios deberán reparar también el detrimento comercial y la expectativa de beneficios, a partir de la especulación comercial. Por ello es que existe diferencia entre los daños y perjuicios civiles y los daños y perjuicios mercantiles, ello en atención al objeto que pretenden resarcir.

4.2.- CLASIFICACIÓN.

Existen diversas clasificaciones de los daños y perjuicios, debiéndose destacar las siguientes:

A.- Daño concreto o real y daño matemático.- El primero se refiere a la alteración efectiva de un bien o alteración material del mismo; el daño matemático “significa la pérdida de un valor patrimonial, expresada en dinero, que el perjudicado ha sufrido”.

B.- Daño contractual y daño extracontractual.- El primero se refiere a aquel incumplimiento de una obligación pactada en un contrato o contraída, con motivo de la celebración de un contrato; el daño extracontractual, por exclusión, se refiere al incumplimiento de una obligación, totalmente

independiente a cualquier relación contractual, es decir, que no deriva de contrato alguno.

C.- Daños in contrahendo.- Esta clase de daños se refieren, a las negociaciones previas a la celebración de un contrato, y que establece que “la parte que conociendo o debiendo conocer la existencia de una causa de invalidez del contrato no se le comunicó a la otra parte, está obligada a resarcir el daño que la segunda haya sufrido por haber confiado sin culpa suya en la validez del contrato”.

D.- Daños patrimoniales y daños no patrimoniales.- Los patrimoniales, son aquellos que producen un menoscabo, pero que puede valorarse en dinero; en consecuencia, los daños no patrimoniales, son aquellos que no son valorables en dinero, por afectar intereses de carácter no económico.

E.- Daños moratorios y compensatorios.- “El objeto de los primeros es reparar las consecuencias perjudiciales de un retardo en el incumplimiento de las obligaciones. Los daños y perjuicios compensatorios se refieren a las consecuencias perjudiciales de un incumplimiento definitivo de la obligación”.

F.- Daños ordinarios y excepcionales.- Los primeros se refieren, a aquellos que pudieron haber sido previstos por el deudor; los daños excepcionales, son aquellos que, el deudor no pudo haberlos previsto.

4.3.- CONDICIONES DE EXIGIBILIDAD.

Cuando se originen daños y perjuicios, por incumplimiento o retraso en la ejecución de una obligación, para su procedencia, deberán reunirse tres elementos condicionantes, de manera general: 1º.-Que efectivamente se haya causado un daño al acreedor; 2º.-Que el incumplimiento sea atribuido al deudor y; 3º.-Que el daño haya sido consecuencia inmediata y directa del incumplimiento.

Ahora bien, el incumplimiento puede revestir tres situaciones:

A.- Que la negativa a dar cumplimiento sea voluntaria.- Se da cuando, no obstante de no existir impedimento alguno para dar cumplimiento a la obligación, el deudor se abstiene de ello.

B.- Que el deudor no pueda cumplir con su obligación, debido a la existencia de un caso fortuito.- En este caso, se libera al deudor de la causación de daños y perjuicios.

C.- Que por culpa del deudor no se dé oportuno cumplimiento a la obligación.- Que ocurre cuando, por una conducta negligente del deudor, se da cumplimiento a la obligación, pero de manera extemporánea.

Ahora bien, los daños contractuales, revisten las siguientes características:

A.- Se requiere de la existencia de un contrato válido entre el autor del daño y la víctima.- Solamente puede hablarse de daños y perjuicios contractuales, cuando exista un contrato previo, que además debe haber sido concluido por el autor del daño y la víctima, en atención a que, precisamente de la celebración de un contrato, surgen las obligaciones para las partes, los plazos para su cumplimiento y, las posibles sanciones para el caso de incumplimiento y en consecuencia, el contrato da origen a la posible causación de daños y perjuicios; pero además, el contrato debe haberse perfeccionado, no sólo quedar en la simple promesa, pues la certeza depende, precisamente, de haberse concluido por las partes.

B.- Se requiere de la existencia de un daño, que además sea consecuencia del incumplimiento del contrato.- Como se ha establecido, el daño es requisito primordial para la existencia de la responsabilidad civil, sin embargo, para el caso de los daños y perjuicios contractuales, éste debe ser

producto o consecuencia del incumplimiento de una obligación derivada de un contrato, que además debe ser directa e inmediata.

Así, el artículo 2110 del Código Civil para el Distrito Federal y para toda la República en Materia Federal, establece que: Los daños y perjuicios deben ser consecuencia inmediata y directa de la falta de cumplimiento de la obligación, ya sea que se hayan causado o que necesariamente deban causarse.

4.4.- CULPA Y DOLO.

Como en su oportunidad se estableció, la culpa es requisito y fundamento de la responsabilidad civil; para el caso de los daños y perjuicios, la culpa es condición sine qua non para su producción.

Definida la culpa, clásicamente como un hecho ilícito imputable a su autor, reviste las siguientes modalidades:

A.- La culpa profesional.- Que es aquella que se produce con motivo del ejercicio de una profesión, y que casi siempre, responde a un origen

contractual, y que la producción de un perjuicio resulta del incumplimiento de la obligación asumida por el profesionista a través de un contrato.

B.- La culpa por abstención.- Este tipo de culpa, reviste dos conceptos: la abstención en la acción y, la abstención pura y simple. En el primer caso, la abstención se va a relacionar con una actividad, por ejemplo, para el caso de un conductor que se abstiene de poner las señales cuando su vehículo se descompone en la carretera, cuando está obligado ello; por su parte la abstención pura y simple, ocurre cuando no se relaciona con alguna actividad y se refiere a una conducta de no hacer, de no haber obrado una persona, dejando que ocurra un acontecimiento.

C.- La culpa en la conservación de una cosa.- Este tipo de culpa reviste una doble obligación, la obligación de conservación y la obligación de restitución. En el primer caso, la persona está obligada a devolver la cosa que le fue entregada en buen estado, y que implica una obligación de prudencia y diligencia. Por su parte, la obligación de restitución, contiene la obligación de devolver la cosa en buen estado, pero además, de entregar la cosa en el estado en que se encuentre en la fecha señalada para tal efecto.

El dolo, ha sido definido por el Código Civil para el Distrito Federal y para toda la República en Materia Federal, de la siguiente manera: Artículo 1815.

Se entiende por dolo en los contratos cualquiera sugestión o artificio que se emplee para inducir a error o mantener en él a alguno de los contratantes; y por mala fe, la disimulación del error de uno de los contratantes, una vez conocido.

El dolo, ocurre cuando el autor del daño obra con la intención de causar ese daño. “El dolo como elemento de la responsabilidad civil, surge en la etapa de ejecución de la obligación contraída voluntariamente o derivada directamente del ordenamiento jurídico. . . el dolo no requiere de una conducta insidiosa ni tiende a producir error alguno, basta que el agente, de una manera intencional cause sin derecho un daño a otro, ya en su persona, ya en sus bienes.”

En el caso de los daños y perjuicios, quien los produce de manera dolosa, es responsable de estos, y resulta imposible liberarlo de dicha responsabilidad, tomando en consideración además, que el dolo es más grave que la culpa.

4.5.- DETERMINACION.

La determinación de la indemnización por concepto de resarcimiento de daños y perjuicios, puede darse a partir de dos formas: A través del órgano jurisdiccional que resuelve la controversia planteada, determinando sobre el incumplimiento y; a partir de una cláusula penal, pactada con anterioridad por las partes.

Cuando el órgano jurisdiccional determina la indemnización, no debe apartarse de los siguientes principios:

A.- La indemnización debe ser, igual al daño realmente sufrido, o al perjuicio ocasionado. La indemnización debe constituir, solamente una reparación; no debe crearse un beneficio en favor del acreedor.

B.- Los daños y perjuicios, solamente comprenderán, lo que sea consecuencia inmediata y directa del incumplimiento.

C.- Para el caso de obligaciones contractuales, solamente deben indemnizarse los daños y perjuicios previstos, al momento de la celebración del contrato.

D.- Para el caso de la determinación del daño patrimonial, éste deberá estar en función de las repercusiones que el evento dañoso haya generado en el patrimonio del perjudicado.

La doctrina alemana, estableció el llamado principio de la reparación íntegra, que fue plasmado en el Código Civil alemán, en su artículo 249, de la forma siguiente: "Quién está obligado a indemnizar los daños y perjuicios causados debe restablecer las cosas al estado que se encontrarían de no haber sobrevenido las circunstancias que obligan a la indemnización".

Ahora bien, existen reglas especiales en cuanto a los daños y perjuicios generados a partir de obligaciones derivadas de sumas de dinero. La primera, establece que "el acreedor de una suma de dinero que reclama una indemnización en razón del retraso en el pago, no necesita probar que este retraso le ha causado un perjuicio; tiene derecho a los intereses moratorios 'sin que esté obligado a justificar pérdida alguna". La segunda, establece que la ejecución de los daños y perjuicios siempre será, a partir de una cantidad de dinero.

Es preciso establecer que, la naturaleza de la reparación es la de reintegrar al afectado, en la situación en que se encontraba, previamente a la

causación del daño. Sin embargo, en la práctica resultan, de imposible reparación los daños que se causan, razón por la que, se procede a la indemnización a través de una cantidad equitativa de dinero; tomando además en consideración, que el resarcimiento de daños y perjuicios persigue, como objetivo, la satisfacción de necesidades predominantemente, de carácter material.

El Código Civil para el Distrito Federal y para toda la República en Materia Federal, ha establecido los siguientes principios para la reparación proveniente de responsabilidad civil:

A.- Artículo 1915. La reparación del daño debe consistir a elección del ofendido en el restablecimiento de la situación anterior, cuando ello sea posible, o en el pago de daños y perjuicios. Cuando el daño se cause a las personas y produzca la muerte, incapacidad total permanente, total temporal o parcial temporal, el grado de la reparación se determinará atendiendo a lo dispuesto por la Ley Federal del Trabajo. Para calcular la indemnización que corresponda se tomará como base el cuádruplo del salario mínimo diario más alto que esté en vigor en la región y se extenderá al número de días que para cada una de las incapacidades mencionadas señala la Ley Federal del Trabajo. En caso de muerte la indemnización corresponderá a los herederos de la víctima. Los créditos por indemnización cuando la víctima

fuere un asalariado son intransferibles y se cubrirán preferentemente en una sola exhibición, salvo convenio entre las partes. Las anteriores disposiciones se observarán en el caso del artículo 2647 de este Código.

B.- Artículo 1916. Independientemente de los daños y perjuicios, el Juez puede acordar, en favor de la víctima de un hecho ilícito o de su familia, si aquélla muere, una indemnización equitativa, a título de reparación moral, que pagará el responsable del hecho. Esa indemnización no podrá exceder de la tercera parte de lo que importe la responsabilidad civil. Lo dispuesto en este artículo no se aplicará al Estado en el caso previsto en el artículo 1928.

C.- Artículo 2104. El que estuviere obligado a prestar un hecho y dejare de prestarlo o no conforme a lo convenido, será responsable de los daños y perjuicios en los términos siguientes: I. Si la obligación fuere a plazo, comenzará la responsabilidad desde el vencimiento de éste; II. Si la obligación no dependiere de plazo cierto, se observará lo dispuesto en la parte final del artículo 2080. El que contraviene una obligación de no hacer pagará daños y perjuicios por el solo hecho de la contravención.

D.- Artículo 2107. La responsabilidad que de que se trata en este título, además de importar la devolución de la cosa o su precio, o la de entrambos,

en su caso, importará la reparación de los daños y la indemnización de los perjuicios.

E.- Artículo 2112. Si la cosa se ha perdido o ha sufrido un detrimento tan grave que, a juicio de peritos, no queda emplearse en el uso a que naturalmente está destinada, el dueño debe ser indemnizado de todo el valor legítimo de ella.

F.- Artículo 2113. Si el deterioro es menos grave, sólo el importe de éste se abandonará al dueño al restituirse la cosa.

G.- Artículo 2114. El precio de la cosa será el que tendría al tiempo de ser devuelta al dueño, excepto en los casos en que la Ley o el pacto señalen otra época.

H.- Artículo 2115. Al estimar el deterioro de una cosa se atenderá no solamente a la disminución que él causó en el precio de ella, sino a los gastos que necesariamente exija la reparación.

I.- Artículo 2116. Al fijar el valor y el deterioro de una cosa, no se atenderá al precio estimativo o de afección, a no ser que se pruebe que el responsable

destruyó o deterioró la cosa con el objeto de lastimar la afección del dueño; el aumento que por estas causas se haga no podrá exceder de una tercera parte del valor común de la cosa.

J.- Artículo 2117. La responsabilidad civil puede ser regulada por convenio de las partes, salvo aquellos casos en que la Ley disponga expresamente otra cosa.

Con motivo de los procesos inflacionarios, en las economías capitalistas, se presentan problemas económicos de trascendencia jurídica y social, de depreciación de la moneda, que de manera directa influyen sobre las formas de resarcimiento de los daños y perjuicios a partir de una cantidad determinada de dinero. En ese contexto, han surgido diferentes teorías que tratan de resolver el problema de la depreciación de la moneda, siendo las más significativas, la teoría nominalista, la teoría valorista y la teoría de la indexación.

La teoría nominalista, establece que deberán tomarse en cuenta los pactos existentes entre los contratantes, y por tal razón, la cantidad de dinero que se otorgue por concepto de indemnización, deberá ser en términos

nominales, es decir, sin tomar en consideración la posible depreciación de la moneda, que tenga en un tiempo determinado.

La teoría valorista, por su lado, establece que la indemnización por resarcimiento de daños y perjuicios, a través de una suma de dinero determinada, deberá ser igual a una cantidad real, que considere la amortización de la depreciación de la moneda, es decir, que permita incluir al factor inflacionario, para evitar la pérdida del valor adquisitivo de la moneda. Debido a esta teoría, se ha creado el principio que establece que las deudas, más que ser de dinero, deben ser deudas de valor, que permiten la conservación del poder adquisitivo de la moneda, en cualquier tiempo.

La teoría de la indexación, que surge con motivo de la aparición de los procesos inflacionarios, ha establecido que una obligación monetaria, debe estar en función, directa e inmediata, a un índice de carácter económico, ya sea el salario o un índice de precios.

Resulta conveniente establecer, que frente a los procesos inflacionarios, que todo país capitalista ha sufrido, con mayor o menor intensidad, el poder adquisitivo de la moneda se desploma con gran facilidad, lo que implica una pérdida notable para todo acreedor; ahora bien, la teoría valorista, que tuvo

aplicación durante épocas de cierta estabilidad económica, dentro del contexto internacional, actualmente resulta ineficaz e injusta, frente a los problemas económicos existentes, porque genera un premio para el deudor, al demorar en el cumplimiento de su obligación, debido a que obtiene un beneficio por el sólo transcurso del tiempo. Por su parte, la teoría valorista tiene una esencia de justicia, en donde debe atenderse a un concepto de valor de las cosas, sin embargo, se puede caer en el aspecto subjetivo, que lleva consigo, hablar del valor de las cosas. La teoría de la indexación, surgida a partir de la aparición de los procesos inflacionarios, resulta más realista, porque somete el valor de la moneda a un índice inflacionario o salarial; sin embargo, la repercusión económica que tendría, supondría la elevación de la inflación, en un tiempo y lugar determinado.

4.6.- LA CLÁUSULA PENAL.

La cláusula penal, cuya aplicación se da en una relación contractual, necesariamente, tiene el efecto de obligar al posible responsable, al pago o cumplimiento de una pena, sin que pueda alterarse la misma en condiciones normales, no obstante que la magnitud del daño no sea proporcional a la pena.

Suele definirse, a la cláusula penal, como “la liquidación convencional de los daños y perjuicios que se hace en forma global, puesto que con anterioridad se ignora cual será el daño real que se cause”.

La inserción de las cláusulas penales en los contratos, tienen como objetivo, dar claridad y certidumbre al monto que por concepto de indemnización deba pagarse por resarcimiento de daños y perjuicios, a partir de la determinación previa de los mismos y, evitan un peritaje para la determinación de los mismos.

4.7.- EL ANÁLISIS ECONÓMICO DE LOS DAÑOS Y PERJUICIOS.

4.7.1.- El Teorema de Coase.

El autor Ronald H. Coase, estableció que, “en el supuesto de que las transacciones tengan un costo igual a cero, entonces la cesión inicial de un derecho de propiedad no determinará el uso último de la propiedad”.

Para llegar a la conclusión anterior, Coase partió del siguiente ejemplo: Supóngase que a un granjero, le es dañada su cosecha por las chispas que un ferrocarril produjo con motivo de su paso por la propiedad del granjero; para el granjero, el valor de su cosecha es igual a 100 unidades de valor,

basadas en la diferencia entre la renta de la tierra de labor que es igual a 330 unidades de valor y a los costos del capital que son iguales a 230 unidades de valor, pero además, el costo de instalar retenedores de ferrocarril para evitar la producción de chispas, es igual a 110 unidades de valor; por lo que el costo de las transacciones entre los ferrocarrileros y los granjeros es igual a cero. Resulta entonces que, el costo real para el granjero de su cosecha, no es de 230 unidades de valor, sino que se encuentra entre 330 y 340 unidades de valor, que incluye el precio que el granjero puede obtener si consiente que el ferrocarril utilice su propiedad, corriendo el riesgo el granjero, de que el ferrocarril pueda producir chispas.

Es decir, que el costo de 110 unidades de valor que representaría para los ferrocarrileros implementar retenedores para evitar la producción de chispas por el paso del ferrocarril, el granjero lo debe incluir en el valor real de su cosecha, en virtud de que renuncia a la seguridad de no poner en peligro su cosecha y, asume el riesgo de ser dañada siendo que ese riesgo será igual a 110 unidades de valor.

Ahora bien, el supuesto del teorema de Coase es el siguiente: La asignación inicial de un derecho, aún y cuando las transacciones tengan un costo igual a cero, para que la eficiencia no sea afectada, deberá afectarse la riqueza

relativa de las partes, en dos sentidos; primero, si las partes no gastan su dinero en la misma forma, un cambio de la riqueza entre ellos alterará la demanda, pero ligeramente, debido a los bienes y servicios que compran y, si el valor de su derecho representa una fracción importante de la riqueza de cada parte, cuando ese derecho termine, dependerá su valor del cómo se realizó la asignación inicial de ese derecho.

4.7.2.- Las curvas de indiferencia.

El supuesto básico de las curvas de indiferencia, consiste en que, toda persona tiene un comportamiento racional, que se traduce en que cada consumidor tiene un conjunto de preferencias determinadas y que, elige aquella opción que satisface el máximo sus preferencias, de acuerdo a su capacidad económica.

La utilidad de las curvas de indiferencia, consiste en que sirven para realizar un análisis de las reacciones que se dan, a nivel de la demanda, por cada movimiento en los precios relativos, o bien, en las oportunidades. Además, las curvas de indiferencia permiten describir situaciones de complementariedad y de sustitución; pero también, se puede definir un cambio en las oportunidades.

Cabe destacar que, “una curva de indiferencia muestra el conjunto de cestas de consumo entre las que es indiferente el consumidor; es decir, todas las cestas de consumo de una curva de indiferencia le reportan el mismo nivel de utilidad”.

Las características de las curvas de indiferencia son las siguientes:

1° No se intersectan entre sí, en virtud de que cada curva corresponde a un nivel de utilidad diferente.

2° Entre más alta sea una curva de indiferencia, entonces, mayor será el nivel de utilidad o satisfacción para el consumidor, porque gracias a ello, se obtendrán más satisfactores.

3° La pendiente en las curvas de indiferencia, es negativa.

4° Las curvas de indiferencia, son cada vez más planas, en virtud de que reflejan una relación marginal de sustitución decreciente, cuando se desplaza de izquierda a derecha.

Las curvas de indiferencia, como se ha señalado, muestran los cambios en las oportunidades. De esta forma, al ser el perjuicio la pérdida o renuncia de una oportunidad de obtener una ganancia lícita, debe analizarse a partir de las curvas de indiferencia, en los siguientes términos: Supóngase que una persona tiene la posibilidad de vender un automóvil a tres personas, de las cuales, la primera le ofrece pagar por concepto de precio la cantidad de \$90,000.00 en tres pagos de \$30,000.00 cada uno, de manera trimestral; la segunda le ofrece pagar por concepto de precio la cantidad de \$90,000.00 en diez pagos mensuales de \$9,000.00 cada uno; la tercera le ofrece pagar por concepto de precio la cantidad de \$90,000.00 en veinte pagos quincenales de \$4,500.00 cada uno. En este caso, el vendedor, obtendría el mismo precio por venderlo a cualquiera de las tres personas, sin embargo, la oportunidad de los pagos sería diferente, en virtud de que no contaría con la misma liquidez en caso de preferir al primer comprador y no al segundo, pero finalmente, las tres oportunidades de venta, se localizan sobre una misma línea de precio, y representan para el vendedor, el mismo nivel de utilidad, cuya diferencia solamente sería en relación a la forma de pago.

En el ejemplo anterior, se demuestra que se le puede dar el mismo tratamiento a los perjuicios, porque el vendedor o comprador se enfrenta a diferentes oportunidades, de las cuales deberá elegir alguna, y para el caso

de que exista un incumplimiento imputable a alguna de las partes, entonces el perjuicio será igual a esa oportunidad u oportunidades a la que renunció, y que representan el mismo nivel de utilidad para el elector.

Ahora bien, en el ámbito del derecho mercantil, dada su naturaleza económica y, en virtud de que se realizan transacciones comerciales, los comerciantes se enfrentan a un amplio número de oportunidades a elegir, para obtener el mejor beneficio, por ello, ante el incumplimiento de algún obligado, los perjuicios que por ello pudieren ocasionarse, representarán una gran gama de oportunidades perdidas o a las que renunció el comerciante, traducidas en ganancias lícitas frustradas.

4.7.3.- El costo alternativo.

Este costo, denominado también costo de oportunidad, se refiere a aquella oportunidad a la que debe renunciarse, con tal de obtener un beneficio. Suele definirse “el costo de oportunidad de un bien o un servicio es la cantidad de otros bienes o servicios a los que debe renunciar para obtenerlos”.

Toda vez que depende de la elección que se haga del costo de oportunidad, se podrá valorar si éste es correcto o no. Así, dentro de un esquema de

producción, el costo de oportunidad se manifiesta, como aquella renuncia de producir un bien determinado, para poder producir una mayor cantidad de un segundo bien.

Para el caso de los perjuicios, el costo alternativo o de oportunidad, representa un lógico instrumento de análisis económico de los mismos, por los siguientes razonamientos:

1º El perjuicio es la pérdida o la frustración de obtener una ganancia lícita, debido a un incumplimiento imputable al demandado; el costo alternativo es la renuncia que se debe realizar a una o más oportunidades, con el fin de elegir solamente una, para obtener un beneficio. En ambos casos, no se concreta una oportunidad de obtención de beneficio, debido a la elección que tuvo la persona, de buena fe de que se iba a cumplir con la misma.

2º La elección que realiza una persona, a partir de escoger una oportunidad y rechazar las demás, su valor va a estar determinado por aquellas oportunidades que rechaza, y no por el beneficio que pueda obtener por la elección misma, debido a que esa oportunidad rechazada implica la renuncia a un beneficio potencial, que al haberla elegido, obtendría. Así, el costo de oportunidad implica aquel valor o precio que una persona asume, por elegir una oportunidad y renunciar a otra.

3° El perjuicio es un costo de oportunidad, porque es aquella privación que se le hace a una persona, de haber obtenido un beneficio lícito, para el caso de que hubiera optado por otra oportunidad, diferente a la que le es incumplida; es decir, que con el incumplimiento que realiza el demandado, le priva al perjudicado de la posibilidad de obtener un beneficio.

4° El perjuicio es igual al costo de oportunidad que ha establecido la economía, y por lo tanto, su reparación debe ser en función de la oportunidad a que se renuncia o de la que es privado el perjudicado, con motivo del incumplimiento del demandado.

El costo alternativo puede ejemplificarse de la forma siguiente: Supóngase que una persona tiene la posibilidad de vender un automóvil a tres personas, de las cuales, la primera le ofrece pagar por concepto de precio la cantidad de \$90,000.00 en dos pagos de \$45,000.00 cada uno, de manera mensual; la segunda le ofrece pagar por concepto de precio la cantidad de \$95,000.00 en diez pagos mensuales de \$9,500.00 cada uno; la tercera le ofrece pagar por concepto de precio la cantidad de \$95,000.00 en quince pagos mensuales de \$6,333.33 cada uno. En este caso, el vendedor opta por la primera oportunidad, de \$90,000.00, en virtud de que la forma de pago es más rápida que en las oportunidades de venta primera y segunda, no

obstante que el precio se incrementa en \$5,000.00; ahora bien, supóngase que el comprador solamente realiza un pago mensual de \$45,000.00 y se niega a pagar el segundo pago mensual por la misma cantidad, por lo cual incumple con su obligación previamente pactada, razón por la que, al vendedor se le ha causado un daño y un perjuicio, de \$45,000.00 por concepto de daño, toda vez que ha ocurrido un detrimento patrimonial por dicha cantidad, que corresponde al precio total que se pactó, y de \$5,000.00 por concepto de perjuicios, y para ello se toma en consideración que el vendedor renunció a un sobreprecio por dicha cantidad, que hubiere obtenido de haber optado por las oportunidades segunda o tercera, en lugar de la primera, y que constituye la privación de una ganancia lícita, por el incumplimiento del demandado.

En el ejemplo anterior, se demuestra porqué el perjuicio es un costo alternativo, traducido en una frustración de ganancia a consecuencia de un incumplimiento, y que precisamente, su reparación debe ser de acuerdo a la oportunidad u oportunidades a las que se renuncia por haber elegido la opción que le es incumplida.

Dentro del ámbito del derecho mercantil, las transacciones que realizan los comerciantes, generan una gran número de oportunidades, no sólo de

comprar o vender, sino también de inversión, lo que permite que el costo de oportunidad sea dinámico y complejo, que se traduce en constantes y permanentes renunciaciones a opciones de transacción o inversión; sin embargo, en el campo del comercio las oportunidades que se generan son ciertas y factibles, debido al carácter dinámico de la actividad comercial, lo que hace que las posibilidades de incumplimiento también se incrementen.

4.7.4.- La variable tiempo.

Una variable, dentro del campo de la economía, es todo aquello que influye sobre la toma de una decisión.

Para el caso del tiempo, esta variable tiene una gran importancia, tomando en cuenta que la economía es una disciplina de alta dinámica, en donde todos los factores responden a una condición de tiempo; así, las tasas de interés siempre toman como marco de referencia al tiempo, el costo de oportunidad toma como referencia al tiempo, debido a que la renuncia que se hace a una oportunidad, tendrá un detrimento para el elector, calculado a partir de la variable tiempo; asimismo, en la emisión de circulante (oferta monetaria), la velocidad con que el Estado va a poner en circulación billetes y monedas, responde a la variable tiempo.

La variable tiempo, debido a los cada vez más frecuentes procesos de inflación, ha tomado gran importancia, pues es sabido, que la inflación responde a un crecimiento de los precios, en un tiempo y espacio determinado, y la velocidad con que aumenten los precios, determinará el nivel de inflación.

Ahora bien, la variable tiempo, tiene relevancia en el tratamiento de los daños y perjuicios, en virtud de que, el daño es el menoscabo sufrido en el patrimonio, en un tiempo determinado, y su reparación, va a estar de acuerdo al tiempo en que se tarde en cumplirse con esa obligación, pudiendo generarse, por tal motivo, intereses moratorios, por el sólo transcurso del tiempo; para el caso de los perjuicios, la variable tiempo va a determinar, que esa ganancia frustrada, dejó percibir un beneficio para el perjudicado, el cual deberá calcularse a partir de que en un tiempo determinado, se vio frustrada su posible ganancia.

Por el simple transcurso del tiempo, en caso de incumplimiento de una obligación previamente determinada, se generan perjuicios denominados moratorios, así, la variable tiempo va a determinar su monto.

En el ámbito de la economía liberal, el tiempo es una medida de obtención de ganancias o beneficios; es decir, que todo aquello que puede medirse a través de la variable tiempo, representa un valor sustituido en dinero. Para el caso del derecho, no todo representa un valor medible en dinero; sin embargo, los daños y perjuicios civiles, pueden medirse a partir de la variable tiempo, ya sea como un menoscabo o una ganancia lícita frustrada, que tienen un contenido del tiempo, y que dada su naturaleza patrimonial, pueden repararse a través de una cantidad determinada de dinero.

En el ámbito del derecho mercantil, cuya naturaleza es de carácter económico, la variable tiempo tiene importancia, no en la proporción de la economía o del derecho en general, debido a que, se realizan operaciones comerciales, con un fin de lucro y especulación, lo cual presupone, la obtención de ganancias, que a su vez implican, producir o adquirir de mercancías a un precio bajo y, enajenarlas a un precio medio o alto, proceso que lleva consigo, la circulación de mercancías, en un lapso determinado; así, la variable tiempo, dentro del derecho mercantil, es sinónimo de valor, de fácil sustitución o medición por dinero.

Con mayor razón, los daños y perjuicios en materia mercantil, responden a la variable tiempo, en virtud de que, el daño que no se repara

oportunamente, producirá intereses moratorios, por el sólo transcurso del tiempo, medibles en dinero; por su parte, los perjuicios que implican una ganancia lícita frustrada, tienen una estrecha relación con la variable tiempo, tomando en consideración que esa frustración también le priva al perjudicado, de la posibilidad de obtener un beneficio, por el sólo transcurso del tiempo. Es decir, que en el ámbito del derecho mercantil, el simple hecho de que transcurra el tiempo, genera una posibilidad de obtener un beneficio, medible en dinero, ante la oportunidad de invertir en los diferentes mercados financieros.

4.8.- LOS PROCESOS DE INFLACIÓN.

4.8.1.- Conceptos.

A.- El concepto de inflación.- Existen diversas acepciones de la inflación, que dependen de la escuela del pensamiento económico de que se trate; sin embargo, todas concluyen en un mismo punto: Un crecimiento de los precios en un lapso determinado. Pero para ser más precisos, se enuncian algunos conceptos de ésta:

1º.-La inflación es “un aumento sostenido del nivel general de precios, normalmente medido por el índice de precios al consumidor”.

2º.-La inflación es un período de aumento general de los precios de bienes de consumo y de los factores productivos.

B.- La estanflación.- Por la estanflación debemos entender como una forma o modalidad de la inflación, con características propias, que además de un crecimiento general de los precios, tiene otros efectos sobre la actividad económica de un país determinado. Así tenemos que, “la estanflación es un período de continua inflación combinada con una recesión o estancamiento de la actividad productiva”.

C.- La hiperinflación.- Al igual que la estanflación, la hiperinflación es una forma de la inflación, pero que asume la modalidad de exagerada o exorbitante. Así, se puede definir como “aquel período en que las tasas de inflación superan el 1,000% anual”.

Como se puede advertir, la hiperinflación es una forma superlativa de la inflación, que se manifiesta en tasas de aumento de los precios, de manera desproporcionada. Sin embargo, la hiperinflación no es solamente un supuesto económico teórico, sino que ésta ha ocurrido en diversos países, de los cuales tenemos a Alemania, a Argentina y Bolivia.

El caso de Alemania es muy significativo por la hiperinflación suscitada en ese país. Así tenemos, que para el mes de octubre del año de 1923, hubo una inflación del 29,720 %, pero sólo para dicho mes, lo cual produjo efectos impresionantes en la sociedad alemana.

El caso de Argentina aunque es más moderado, no por ello no tuvo sus efectos económicos en la sociedad. La hiperinflación se manifestó en el mes de julio de 1985 cuando la tasa de inflación anualizada alcanzó un nivel del 2,500 %, lo que motivo al Gobierno de ese país a implantar el llamado Plan Austral, respondía a un sistema de ajuste de corte ortodoxo.

El caso de Bolivia también es significativo por la hiperinflación que alcanzó en el primer semestre del año de 1985 del 23,000 %, lo cual mostró la fragilidad de las economías latinoamericanas a los procesos inflacionarios inminentes en toda economía capitalista.

D.- La deflación.- Este fenómeno económico es contrario al de la inflación. La deflación implica, una disminución o baja promedio en el nivel general de los precios, en un tiempo y lugar determinado.

Los casos de deflación son pocos y la gran mayoría de ellos ocurrieron en el siglo pasado y a principios del presente; sin embargo, se registra el caso de los Estados Unidos de América que su economía sufrió un descenso promedio de los precios para el año de 1954, en donde se trata de una economía capitalista desarrollada, que por regla general la producción rebasa a la demanda.

E.- Economías sin inflación.- Cabe advertir que los procesos inflacionarios son propios e inherentes al sistema capitalista, en virtud de que se originan en los ajustes de los mercados vía precios mediante las leyes de oferta y demanda. Sin embargo, en las economías centralmente planificadas, no existen los procesos inflacionarios por la no existencia de la libertad de mercado, sin embargo, contrario a ello, surge un proceso de desabasto y de mercado negro con consecuencias, tal vez, más nocivas que la inflación.

4.8.2.- Teorías.

A.- La Teoría de David Ricardo.- Este autor establece que los precios de las mercancías son regulados por los costos de producción de los mismos, y no por las proporciones entre la oferta y la demanda, razón por la cual el

aumento de los precios implica un aumento en la misma magnitud de los factores de la producción.

B.- La Teoría de Marshall acerca de la fluctuación de los precios.- Para este autor, los precios fluctúan debido a la existencia del elemento especulación, que se traduce en la conducta del consumidor mediante el consumo irracional que realizan las personas, cuando los precios tienen probabilidades de subir y que precipita a contraer deudas, lo cual contribuye a aumentar aún más los precios, lo cual produce una inflación en los negocios.

C.- La Teoría cuantitativa.- Esta Teoría ha establecido la siguiente máxima: “Un cambio exógeno de la oferta de dinero provoca un cambio proporcional en el nivel absoluto de los precios”. Sin embargo resulta necesario explicar dicha teoría. La teoría cuantitativa establece la siguiente ecuación, denominada de Cambridge:

$$\overline{M}^s = KPY \text{ donde, } K = \text{patrón de transacciones de la economía.}$$

Y= producto nacional real al nivel de empleo.

P= nivel absoluto de los precios.

Ahora bien, dado que el patrón de transacciones de una economía es constante y dado que el producto nacional real es de ocupación máxima o de pleno empleo, un cambio en la oferta de dinero (M_s) afectará en la misma magnitud al nivel absoluto de los precios. Esto significa que, al emitir circulante el Gobierno de manera exógena, es decir, a través de su banco central (Banco de México para nuestro país), incrementará el nivel general de los precios, con la consecuencia lógica de un proceso de inflación. Razón por la que, la inflación está en función de la oferta monetaria (M_s).

D.- La inflación por demanda.- Esta teoría establece que la inflación se da o responde a una demanda global de bienes y servicios, pero que éste excede al ingreso nacional que se encuentra en un nivel de pleno empleo.

La inflación por demanda puede explicarse de la forma siguiente: Cuando la demanda excede de la oferta habrá un aumento en los precios de sus productos, razón por la cual los productores de bienes y servicios tratarán de expandir también su producción, para lo cual necesitarán contratar más factores de la producción, pero como la economía se encuentra en pleno empleo, es decir, en su capacidad máxima, en consecuencia la demanda de trabajadores tendrá como efecto elevar el precio de la mano de obra y por

tanto, el nivel general de salarios de toda la economía, lo cual sólo hará más crítico el proceso inflacionario.

E.- La inflación por costos.- Se establece que, la inflación tiene como causa a los costos de producción, y se comporta de la forma siguiente: “A mayores salarios monetarios exigidos por presión de los sindicatos en una economía altamente sindicalizada (o una reducción en la oferta de trabajo debida a un mayor deseo por el ocio) o a incrementos en precios de los bienes comercializados internacionalmente (tales como el petróleo crudo en la década pasada), corresponderá un incremento en los niveles generales de precios (inflación). La inflación por costos causa que la producción y el producto real se reduzcan, lo cual significa altos precios y alto desempleo”.

F.- La inflación como efecto de una devaluación.- La devaluación que implica una depreciación o la pérdida de poder adquisitivo de una moneda con respecto a otra, tiene un efecto inflacionario sobre los precios domésticos o internos de un país. Esto significa que, dada una devaluación en un país determinado, con una devaluación de la moneda circulante en el mismo, ocurrirá que, por un lado, las importaciones resulten más caras y si se destinan al proceso productivo esto elevará los costos de las mercancías que en él se produzcan; pero por otro lado, con una devaluación se tendrá

que pagar un precio mayor por una mercancía o bien que provenga del exterior a ese país, lo cual implica, un crecimiento del nivel general de los precios vía bienes intermedios o vía bienes finales o de consumo inmediato.

G.- Teoría ortodoxa.- Esta teoría establece como causas de la inflación:

1ª La existencia de un exceso de la demanda sobre la oferta, lo que genera un crecimiento acelerado de los precios.

2ª La existencia de un exceso de circulante sobre la oferta, lo que genera que el valor nominal de los precios se incremente.

H.- La Teoría de la inercia o Teoría inercial.- Para esta teoría, la inflación tiene su origen en la combinación de los siguientes elementos: a) La inflación del pasado; b) La etapa del ciclo económico, en donde la inflación se intensifica en la fase del auge y se disminuye en la fase de recesión; c) A la existencia de factores externos que causan mayor inflación, como por ejemplo, el crecimiento de los precios de importación.

Esta teoría establece que surge una inercia inflacionaria, como consecuencia de la indexación de las economías, que significa que los salarios se incrementan con un aumento de los precios y, viceversa, lo cual

lleva a la creación de expectativas futuras de constante inflación, con la consecuente espiral inflacionaria que cae en un círculo vicioso.

Para los teóricos de la inercia, la principal causa de la inflación se encuentra en el gasto de los gobiernos, que de manera excesiva crece.

I.- La Teoría de las expectativas racionales.- Para esta teoría, la causa principal de la inflación está en los gobiernos, debido a que se espera una inflación alta debido a las deficiencias de la política monetaria y fiscal de estos (expectativa de inflación); razón por la cual los empresarios fijan precios con la expectativa de una tasa de inflación siempre al alza, y lo mismo ocurre con los sindicatos que negocian los aumentos salariales.

Para los teóricos de las expectativas racionales, los déficits del Gobierno causan la expectativa de la inflación, en virtud de que toman en cuenta que dichos déficits necesitan del financiamiento y para los gobiernos la forma más fácil para lograr ello, es mediante la emisión de billetes y monedas.

J.- La Teoría monetaria.- Esta teoría establece que: Las variaciones de la cantidad de dinero en una economía, son responsables principales de la inflación; como se muestra en la siguiente ecuación:

$$\text{Nivel de precios} = \frac{\text{Oferta nominal de dinero}}{\text{Demanda real de dinero}}$$

De donde se advierte que, el nivel de precios de una economía sube, siempre que aumenta la cantidad nominal de dinero en relación con la demanda de saldos reales.

K.- Teoría del déficit presupuestal.- Para esta teoría, el déficit presupuestal ocurre cuando el Gobierno gasta más de lo que recauda en impuestos, y por consiguiente, tiene que pagar de alguna forma su gasto, y ello es mediante la creación de dinero inflacionario que repercute directamente en el incremento del nivel de precios.

L.- La curva de Phillips.- Esta curva que fue desarrollada por A. W. Phillips en la década de los cincuenta en el reino Unido, muestra la existencia de una relación inversa entre la tasa de inflación y la tasa de desempleo, estableciendo que, cuanto mayor es la tasa de inflación, menor es la tasa de desempleo.

4.8.3.- Efectos.

Existen diversos y diferentes efectos producidos por la existencia de un período de inflación; sin embargo, a continuación se presentan los más representativos.

A.- Cambios en la distribución del ingreso.- La inflación tiene un efecto negativo sobre aquellas personas que obtienen como único ingreso el derivado de una pensión fija, así como sobre aquellas personas que son asalariadas por instituciones que no pueden ajustar sus pagos al rápido aumento del costo de la vida.

El efecto consiste en que, al existir un ingreso en forma fija, un aumento del nivel general de los precios provoca una disminución en la misma magnitud en el poder adquisitivo del salario o de la pensión, lo que significa que, las personas cada vez consumirán en menor proporción, lo que llevará al deterioro de su nivel de bienestar.

B.- Un cambio en la postura del acreedor y deudor.- Con la existencia de la inflación, se da un efecto en el acreedor de una obligación de crédito, en virtud de que el acreedor se va a perjudicar debido a que el valor real de sus créditos desciende, mientras que el deudor se beneficia en atención a que sus deudas también disminuyen en su valor real.

C.- La incertidumbre y la especulación.- Otro efecto de la inflación consiste en que, cuando ésta es elevada, surge y se incrementa la incertidumbre que rodea a los niveles de precios futuros y las tasas de inflación; lo que lleva a establecer que una mayor inflación tiene costos mayores debido a que también es más incierta. A su vez, la incertidumbre es negativa en una economía, debido a que es un obstáculo que dificulta la planeación.

Al existir la incertidumbre debido a un proceso inflacionario, se genera un escenario de especulación, debido a que surge como una opción más lucrativa el dedicar los recursos productivos a usos especulativos.

D.- Sobre la balanza internacional de pagos.- Al existir inflación al interior de una economía, suele acompañarse con la existencia de una alta demanda de bienes importados; al mismo tiempo, los bienes producidos al interior de la misma economía tenderán a encarecerse, lo cual disminuirá la exportación de los mismos, lo que llevará, en ambos casos, a acentuar los problemas de la balanza de pagos.

E.- La estanflación.- Con el proceso inflacionario se corre el riesgo de que la economía se sitúe en un estadio estacionario de inflación que es la estanflación; éste fenómeno económico, surge cuando las empresas cobran

precios más altos y el Gobierno no aumenta al mismo tiempo el circulante o reduce los impuestos, lo cual lleva a un colapso de la economía, porque con el incremento de los precios disminuye la cantidad real de dinero, lo cual eleva las tasas de interés y se disminuye la cantidad demandada de bienes.

F.- Sobre el costo del dinero.- Como consecuencia de un incremento en la inflación se origina una tendencia alcista en las tasas de interés, lo cual eleva el costo alternativo de mantener dinero en efectivo; es decir, que mantener el dinero en un instrumento que genere un interés por ello, por prestarlo, implica en primer término, una forma de protegerse contra la inflación en virtud de que no pierde valor o poder adquisitivo ese dinero y, en segundo término, implica la obtención de un beneficio o premio por ello (una tasa de interés real).

Ahora bien, el costo alternativo de mantener el dinero en la forma de efectivo implica, que por ese sólo hecho, se deja de percibir un beneficio o premio en atención a que no se invierte o presta, por lo cual no se genera un interés como pago, además de que con la inflación ese dinero en la forma de efectivo pierde poder adquisitivo, porque después de un lapso determinado no se puede comprar lo mismo que en un tiempo inicial. Y es precisamente que en un período de alta inflación, ese costo de mantener dinero en la

forma de efectivo en lugar de invertirlo o de prestarlo, representa un alto costo alternativo o de oportunidad.

G.- El impuesto de la inflación.- Un efecto de la inflación es el que se refiere al costo que impone a los poseedores de dinero, cuyos saldos reales pierden valor cuando sube el nivel de precios. Lo anterior significa que, con la inflación el dinero que mantienen las personas pierden su poder adquisitivo que en un momento dado tuvieron, lo que hace que al mismo tiempo, pierda su valor potencial o efectivo, lo que representa el costo que impone la inflación en forma negativa en el patrimonio de las personas.

H.- Sobre el consumo y el ahorro.- La inflación al incidir en forma negativa sobre el ingreso de las personas, sobre todo en las de menores ingresos, también influye en forma negativa sobre el consumo y el ahorro. Lo anterior lo analizamos a continuación: Si partimos de la siguiente ecuación:

$$S=Y - C \text{ donde; } S=\text{ahorro, } Y=\text{ingreso, } C=\text{consumo.}$$

Tendremos que, el ahorro será igual a la diferencia entre el ingreso que recibe una persona menos al consumo que realiza. En términos matemáticos será lo siguiente:

$$1000 = 3500 - 2500$$

Pero este ahorro lo obtiene esa persona con ausencia de inflación; pero ahora supongamos que surge un proceso de inflación con una tasa mensual del 10%, lo que hará que se consuma lo mismo, pero el costo de ello será mayor, por lo cual el ahorro tendrá a disminuir en la misma proporción de la inflación. Lo anterior bajo el supuesto de que el ingreso de las personas no sufra un incremento, lo cual ocurre generalmente en las personas de menores recursos (salario mínimo). En forma matemática se expresará como sigue:

$$750 = 3500 - 2750$$

Como se observa, el ahorro disminuyó en 250 unidades, que es un efecto de la inflación. Pero por otro lado, la inflación también influye sobre el consumo de las personas, lo cual se explica a continuación: Si partimos de que una persona todo lo que percibe lo gasta, tendremos que el ahorro será igual cero; pero con un proceso de inflación su ingreso de las personas perderá capacidad de compra, razón por la cual consumirá en menor medida, lo cual es un efecto de la inflación, una disminución del consumo.

En términos matemáticos se expresa de la forma siguiente, bajo el supuesto de que el ingreso ha perdido poder adquisitivo; es decir, que la expresión

siguiente se enuncia en términos reales (sin incluir a la inflación):

$$C=Y - S , \text{ donde } 1200=1200 - 0$$

Pero ahora, con una inflación del 15%, el ingreso disminuirá en la misma magnitud, razón por la cual el consumo lo hará de la misma forma. La siguiente ecuación así nos lo demuestra:

$$114=1140 - 0$$

Lo que nos permite concluir que la inflación acusó un efecto negativo en el consumo; es decir, éste disminuyó.

I.- Sobre la concentración del ingreso.- La existencia de un período de inflación, lleva consigo un período de mala distribución o inequitativa distribución del ingreso, lo cual permite una concentración del ingreso en pocas manos, esto es, en las personas de altos ingresos. Lo anterior lo podemos explicar de la forma siguiente: Tenemos que, la inflación tiene un efecto de pérdida de poder adquisitivo; cuando es mínimo el ahorro o éste no existe, la inflación tiene un efecto negativo sobre el ingreso de las personas, lo cual se traduce en un deterioro de la capacidad de compra del ingreso. Ahora bien, quienes perciben bajos ingresos o mínimos (salario mínimo), el ahorro es nulo, por lo cual el ingreso en términos reales

disminuye lo cual hace que esa pérdida de su ingreso se concentre en otras personas, con lo cual la distribución nacional del ingreso se polariza. Ahora bien, las personas que su ingreso lo destinan una parte al consumo y otra al ahorro, siendo mayor el ahorro que el consumo, su ingreso se protege contra la inflación y más aún, su ingreso se incrementa porque su ahorro lo invierten y por ello reciben un precio (tasa de interés real). Por lo cual, la pérdida del poder adquisitivo de unas personas, se concentra o se traslada hacia el incremento del ingreso de las personas de altos o exorbitantes ingresos.

Por lo cual podemos concluir que la inflación concentra el ingreso en unas pocas manos, además de que disminuye aún más el nivel de vida de las personas con mínimos ingresos, precipitándolos hacia la extrema pobreza.

J.- Efectos de la inflación sobre los impuestos.- Los efectos de los procesos inflacionarios en los impuestos son los siguientes:

1º.- En primer lugar, aumenta la proporción del impuesto en virtud de que se aumenta la renta nominal. Sin embargo, la renta real no sufre cambio alguno y no obstante ello, el impuesto se paga sobre la cantidad aumentada de renta nominal, razón por la que el nuevo monto del impuesto resultará o

tendrá mayor incidencia sobre el contribuyente, pues es una ficción pensar que su renta real se incrementó, debido a la inflación.

2º.-Al igual que en el punto anterior, los impuestos sobre capital aumentan, sin tomar en cuenta que parte de las ganancias de capital no son reales, sino que se deben a la inflación, con lo cual el origen del aumento de los nuevos impuestos están en un proceso ficticio.

3º.-Cuando el Gobierno grava la renta procedente de intereses nominales, reduce el tipo o la tasa de interés real y de esa forma el prestador pierde como consecuencia de la inflación, mientras que el Estado incrementa sus ingresos.

4.8.4.- INDICES.

A.- Índice Nacional de Precios al consumidor. (INPC).- El INPC representa a una muestra estadística que nos presenta la tendencia del incremento de los precios, sin que esto sea necesariamente que se apegue a la realidad. Este índice se clasifica en ocho grupos de consumo: a) alimentos, bebidas y tabaco; b) ropa y calzado; c) vivienda; d) muebles y accesorios; e) salud y cuidado personal; f) transporte; g) educación y esparcimiento y; h) otros

servicios. El INPC se basa en una muestra de 140.000 cotizaciones que realiza el Banco de México en 35 ciudades del país, sobre los precios de aproximadamente 1,200 artículos y servicios específicos, y su objetivo fundamental es presentar la tendencia del incremento de los precios de un consumidor típico del país.

B.- Índice de precios de la canasta básica.- En este índice se presenta el incremento de los productos que son básicos para la supervivencia de una familia. Este índice se basa en una canasta de consumo mucho menor que la del INPC.

C).- Índice Nacional de Precios al Productor. (INPP).- En este índice el Banco de México analiza el comportamiento de los insumos para los productores de bienes y servicios que recopila durante cada mes 6,000 cotizaciones directas a nivel nacional sobre los precios a productores. Los promedios de dichas cotizaciones dan lugar a los índices de 592 artículos genéricos que forman la canasta de éste índice.

D.- Índice de salarios, sueldos y prestaciones medias en la industria manufacturera.- Este índice que publica el Banco de México, nos da información sobre el incremento de sueldos y salarios en la industria

manufacturera. Los indicadores que integran el Sistema de Información Laboral sobre el Sector Manufacturero se calculan con base en la información que publica la Nueva Encuesta Mensual del Instituto Nacional de Estadística, Geografía e Informática (INEGI) sobre el personal ocupado, sus percepciones y el total de horas-hombre trabajadas en la industria manufacturera. Las 230 clases industriales que componen el sector están representadas por una muestra de 125 clases, que son en general las más importantes.

E.- El deflactor del Producto Interno Bruto. (PIB).- Este índice es también conocido como el índice de precios implícito del Producto Interno Bruto, en virtud de que al medir el PIB la producción total de bienes y servicios en un país por un período determinado, esta medida macroeconómica no está exenta de sufrir los efectos de la inflación. Por lo anterior es por lo que se estima un índice que nos permite conocer el incremento de precios de todos los bienes y servicios productivos por el país en el año.

Para determinar este índice se considera el valor total producido; es decir, a diferencia del INPC o del INPP, en donde se parte de ponderaciones definitivas o definidas, en el deflactor del PIB la ponderación va a depender del volumen de producción en el año de cada bien o servicio. A diferencia de

los índices señalados con anterioridad, el deflactor del PIB es una medida de mayor alcance, en atención a que abarca la totalidad de bienes y servicios producidos por el país, de esta forma, en el largo plazo, la utilización de éste índice permite conocer el incremento de precios del país.

F.- La tendencia de las Tasas de Interés.- Las tasas de interés, sobre todo de los instrumentos de mayor preferencia en los mercados de dinero, nos permiten observar el comportamiento de la inflación, sobre todo cuando ésta es alta; lo anterior en virtud de que la lógica de los mercados de dinero es que las tasas de interés sean o tengan un margen por encima de la inflación, para lograr la captación del público inversionista.

G.- La paridad cambiaria.- Otro instrumento que nos sirve para medir el crecimiento del nivel de los precios es el tipo de cambio. En nuestro país, se puede medir la inflación a través de los cambios que sufre nuestra moneda con respecto al dólar americano, en forma permanente. Esto es, que al tener una forma de devaluación nuestra moneda en forma sistemática a través del desliz diario no representa otra cosa más que una diferencia de inflación de nuestro país con respecto a los Estados Unidos de América, lo cual nos lleva a determinar la inflación existente en nuestro país. Así podríamos calcular, por ejemplo, que si el desliz del peso fue del 3%

mensual, nuestra inflación sería del 3% más la inflación de los Estados Unidos de América, que supongamos haya sido del 0.5 % mensual, lo cual nos daría una inflación durante un mes del 3.5%.

CAPÍTULO QUINTO.- CRITERIOS PARA CALCULAR LOS DAÑOS Y PERJUICIOS EN MATERIA MERCANTIL

5.1.- LA NATURALEZA ECONÓMICA DE LOS DAÑOS Y PERJUICIOS MERCANTILES.

Los perjuicios en el ámbito del derecho mercantil, poseen una esencia económica, en virtud de que se persigue, con su resarcimiento, satisfacer necesidades materiales. Además, las transacciones comerciales que se realizan, dentro de una economía capitalista, responden a condiciones de mercado, es decir, de oferta y demanda.

La demanda de un bien o un servicio, se refiere a aquella cantidad que los consumidores están dispuestos a adquirir, y a pagar su precio, en un período determinado. Así, los determinantes de la demanda son: el precio del bien o servicio que se desea adquirir, así como los precios de los demás bienes sustitutos y, los gustos del consumidor.

La oferta de un bien o un servicio, se refiere a aquella cantidad que los productores o vendedores están dispuestos a vender, en un lapso

determinado. De la misma forma, sus determinantes son: los precios y los gustos de los consumidores.

En el ámbito del derecho mercantil, el acto jurídico que más se realiza, es la compraventa, por ello, es que la aplicación de las leyes del mercado (oferta y demanda), tiene aplicación constante y permanente. De igual forma, dentro del campo de los perjuicios mercantiles, las leyes del mercado tienen aplicación, aunado a los costos de oportunidad.

Los comerciantes se enfrentan, cotidianamente, a una gama de oportunidades, de compra, de venta o de inversión, las cuales, responden a condiciones de mercado, tan es así, que bajo las formas de licitación se ofrecen al público determinados bienes o servicios, cuyo comportamiento responde a la Ley de la oferta, cuando se trata de enajenarlos, o bien, a la Ley de la demanda, cuando se pretenden adquirirlos.

Con la existencia de una ganancia lícita frustrada (perjuicio), al perjudicado se le niega el acceso a percibir un beneficio dentro de un mercado de opciones, en donde la tendencia a la eficiencia permite escoger la mejor oportunidad. Por ello, por naturaleza o esencia, los perjuicios en el ámbito del derecho mercantil, están ligados a las condiciones de mercado, y responden a una razón económica.

En el ámbito de la inversión, también existe, para los comerciantes, una extensa gama de opciones para incrementar sus activos; los mercados de inversión, actualmente globalizados, representan alternativas reales, en el área de dinero o de capitales, lo que hace complejo el ámbito de los perjuicios mercantiles.

Los mercados de inversión, crean una serie de oportunidades para el inversionista, lo cual implica, que se crean también variados supuestos de frustración de ganancias lícitas o perjuicios, cuyo resarcimiento deberá atender las opciones reales de dichos mercados.

5.2.- SU MARCO LEGAL EN MÉXICO.

5.2.1.- En el Código de Comercio de 1890.

En este instrumento legal, se regulan los posibles daños y perjuicios que se pueden ocasionar, con motivo de la realización de actos de comercio; así, el artículo 376 establece el derecho de exigir el pago de daños y perjuicios, a aquel contratante que cumpla con sus obligaciones, y que ejercite además, una acción de rescisión o cumplimiento de contrato de compraventa

mercantil, precepto legal que se transcribe: Artículo 376. En las compraventas mercantiles, una vez perfeccionado el contrato, el contratante que cumpliera tendrá derecho a exigir del que no cumpliera la rescisión o cumplimiento del contrato y la indemnización, además de los daños y perjuicios.

Sin embargo, en el artículo de referencia, se establece de manera equivocada el concepto de daños y perjuicios, con el concepto de indemnización, por lo que éste último, es una consecuencia de la procedencia de los daños y perjuicios, cuyo efecto de la indemnización es de carácter resarcitorio, que el legislador de manera confusa plasmó.

Ahora bien, el artículo 376 del Código de Comercio regula la figura de la responsabilidad contractual, para el caso de rescisión o acción de cumplimiento, pero al respecto cabe mencionar que cuando se ejercitan dichas acciones, y se declara su procedencia, no es posible la causación de daños, sino solamente de perjuicios, en virtud de que el efecto de la rescisión, tratándose de compraventas, es la restitución recíproca de las prestaciones otorgadas entre las partes, lo que lleva a establecer que se repara el posible menoscabo patrimonial con la restitución, lo que no acontece para el caso de la causación de perjuicios, los cuales si se pueden

producir con motivo de la acción rescisoria, toda vez que se trata de un acto de frustración de ganancias lícitas que pudieron obtener las partes, si no hubieren celebrado la compraventa rescindida, por el hecho de que pudieron optar por una mejor opción. Para el caso de la acción de cumplimiento, de igual forma, al declararse su procedencia se constriñe a la parte que incumplió a cumplir con sus obligaciones contraídas con motivo de la compraventa, y de esa forma, se repara el posible daño sufrido por el accionante, que a contrario de los perjuicios, estos sí se pueden causar con motivo del incumplimiento, y que durarán por todo el tiempo en que se incumpla con la obligación contraída, toda vez que se ha frustrado la posibilidad de obtención de ganancias lícitas. Por lo anterior, es de considerarse que la figura de los daños, se encuentra plasmada de manera errónea en el artículo 376 del Código de Comercio.

Otro precepto legal que establece la figura de los daños y perjuicios, es el artículo 385, el cual me permito transcribir: Artículo 385. Las ventas mercantiles no se rescindirán por causa de lesión; pero al perjudicado, además de la acción criminal que le competa, le asistirá la de daños y perjuicios contra el contratante que hubiese procedido con dolo o malicia en el contrato o en su cumplimiento.

En el artículo de referencia se establece que por causa de lesión no se rescindirán las ventas mercantiles; al respecto cabe mencionar, que por lesión deberá entenderse la desproporción entre las contraprestaciones pactadas entre dos o más partes, sin embargo, en el artículo en comento, la lesión no será causa de rescisión, pero si es causa de acción de responsabilidad, no solamente mercantil, sino también de acción penal. En el mismo artículo, se establece la procedencia de daños y perjuicios en contra del contratante que hubiese procedido con dolo o mala fe al celebrar el contrato o al cumplirlo, sin embargo, es claro que el tratamiento que se le da a la lesión es de causal de nulidad, como vicio en el consentimiento, cuyos efectos son los mismos que de la acción de rescisión, es decir, la restitución recíproca de las prestaciones dadas con motivo del contrato, lo cual es criticable del artículo 385, que se olvida de la homogeneidad de los efectos de la rescisión y de la nulidad.

De igual forma, el artículo 385 establece de manera incorrecta la procedencia de la acción criminal para el perjudicado por la conducta dolosa o maliciosa del contratante al celebrar el acto jurídico o al cumplirlo, en virtud de que corresponde a la legislación penal regular y tipificar la conducta dolosa y maliciosa, y no al Código de Comercio; asimismo, regula incorrectamente la acción de daños y perjuicios como si se tratara de una

figura aislada, olvidándose que es una acción subsidiaria y consecuencia de un acto o hecho ilícito o de un acto de incumplimiento contractual, además de que establece la procedencia de la acción de responsabilidad mercantil, para el caso de que uno de los contratantes haya procedido de manera dolosa o de mala fe en la celebración del contrato, lo cual sería objeto de nulidad del acto jurídico, que previamente debe de ser declarada, para la procedencia de daños y perjuicios, o bien, que procedería la acción de daños y perjuicios para el caso de incumplimiento de contrato, y no cuando ocurra dolo o malicia en el cumplimiento del contrato, lo cual jurídicamente es imposible.

En el Código de Comercio, el artículo 1330 relativo al capítulo de las sentencias, establece: Artículo 1330. Cuando hubiera condena de frutos, intereses, daños o perjuicios, se fijará su importe en cantidad líquida o se establecerán por lo menos las bases con arreglo a las cuales deba hacerse la liquidación, cuando no sean el objeto principal del juicio.

En el precepto legal invocado, se establece de manera enunciativa, que para el caso de condena de daños o perjuicios, deberán establecerse las bases con arreglo a las cuales deba hacerse la liquidación de daños y perjuicios, sin embargo no existen reglas claras y precisas que permitan al

Órgano Jurisdiccional decretar las circunstancias sobre las cuales deberán liquidarse los daños y perjuicios, lo cual además rompe con el principio general de prueba que se refiere a que las partes deberán probar los hechos o extremos de sus acciones ejercitadas, es decir, la existencia de daños y perjuicios y su monto.

Para dar vigencia y aplicación al precepto legal de referencia, el legislador debió haber establecido las bases o criterios sobre los cuales deberá liquidarse los daños y perjuicios a que fueren condenadas las partes.

5.2.2.- En la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito de 1932.

En esta Ley, se establece la figura de los intereses moratorios como forma de indemnización para el caso de incumplimiento en el pago de las obligaciones, de manera oportuna, que regula el principio de la autonomía de la voluntad de las partes para el caso de la pactación del interés convencional, o bien, y que establece el tipo de interés legal a razón del seis por ciento anual; como se ha establecido en el artículo 174 de la Ley de referencia, el cual se transcribe:

Artículo 174. Son aplicables al pagaré, en lo conducente, los artículos 77, párrafo final ; 79, 80, 81, 85, 86, 88, 90, 190, 109 al 116; 126 al 132; 139,

140, 142, 143, párrafos segundo, tercero y cuarto; 144, párrafos segundo y tercero; 148, 149, 150, fracciones II y III; 151 al 162, y 164 al 169.

Para los efectos del artículo 152, el importe del pagaré comprenderá los réditos caídos; el descuento del pagaré no vencido se calculará al tipo de interés pactado en éste, o en su defecto al tipo legal, y los intereses moratorios se computarán al tipo estipulado para ellos; a falta de esa estipulación, al tipo de rédito fijado en el documento, y en defecto de ambos, al tipo legal.

El suscriptor del pagaré se considera como aceptante para todos los efectos de las disposiciones enumeradas antes, salvo el caso de los artículos 168 y 169, en que se equiparará al girador.

Por su parte el artículo 193, regula la acción de daños y perjuicios para el tenedor o beneficiario que presente en tiempo un cheque y no le sea pagado; sin embargo, se establece que la indemnización por concepto de daños y perjuicios será superior al veinte por ciento del valor del cheque, lo cual resulta ilógico dado que los daños y perjuicios resultan diferentes para todos los casos que se presenten, que requieren además probar su existencia y cuantificar su monto para que proceda su condena. Se

transcribe a continuación el precepto legal invocado: Artículo 193. El librador de un cheque presentado en tiempo y no pagado, por causa imputable al propio librador, resarcirá al tenor los daños y perjuicios que con ello le ocasione. En ningún caso la indemnización será menor del veinte por ciento del valor del cheque.

5.3.- LOS CRITERIOS DE LA SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN MEXICANA.

La Suprema Corte de Justicia de la Nación, ha sostenido durante diferentes épocas, criterios uniformes en relación a los daños y perjuicios, a partir del mismo tratamiento a los daños y perjuicios en materia civil que en la materia mercantil, y que a continuación se transcriben, en virtud de su trascendencia.

Quinta Epoca

Instancia: Sala Auxiliar

Fuente: Semanario Judicial de la Federación

Tomo: CXX

Página: 193

DAÑOS Y PERJUICIOS (MATERIA MERCANTIL). Aun cuando las pruebas aportadas por el quejoso no arrojaran con toda exactitud la cantidad que demandó por concepto de perjuicios, ello no es fundamento para no establecer la condena respectiva si ha sido plenamente demostrada la existencia de tales perjuicios, pues sería injusto que por el solo hecho de que las pruebas acreditasen una suma diversa de la reclamada, se librara a la parte demandada de la obligación de repararlos. Manresa y Reus, al comentar disposición análoga de la Legislación Española, sostienen que cuando se haya pedido condena de frutos, intereses, daños o perjuicios, se fijará su importe y que cuando la prueba no arroja el monto, podrán las autoridades para mejor proveer, practicar cualquier diligencia y que cuando la prueba no fuere bastante, se fijarán por lo menos las bases con arreglo a las cuales deba hacerse la liquidación, y que cuando no fuere posible ni lo uno ni lo otro, se hará la condena, reservando a las partes su derecho para que, en otro juicio, se fije su importancia.

Quinta Epoca

Instancia: Primera Sala

Fuente: Semanario Judicial de la Federación

Tomo: LXXXV

Página: 744

DAÑOS CAUSADOS POR HECHOS ANTIJURIDICOS NO DELICTUOSOS. Si existieron los hechos antijurídicos, aunque ciertamente no con los matices que la Ley requiere, ésta circunstancia solo afectara la imposición de la sanción corporal, pero de ninguna manera para establecer la improcedencia de la reclamación del daño proveniente de esos hechos materialmente existentes, y que dan base jurídica para que la parte ofendida ejercite, ante quien corresponda, sus intereses jurídicos de reparación, y si

en la especie se le desconocieron o negaron, se le causa perjuicio, por lo que cabe conceder el amparo, para el efecto de que la responsable dicte nueva sentencia, en la que exprese categóricamente que quedan expeditos los derechos de dicha parte ofendida, para que los ejercite en la jurisdicción civil correspondiente.

Quinta Epoca

Instancia: Tercera Sala

Fuente: Semanario Judicial de la Federación

Tomo: LXIX

Página: 2826

DAÑOS Y PERJUICIOS, ELEMENTOS DE LA ACCION DE. Los elementos de la acción de daños y perjuicios son, de acuerdo con lo dispuesto por los artículos 2104 y del 2107 al 2110, del Código Civil vigente en el Distrito y Territorios Federales; la existencia de una obligación, la falta de cumplimiento de la misma, por el demandado, la relación de causalidad entre esa falta de cumplimiento y los hechos que constituyen el daño y el perjuicio, el menoscabo que el patrimonio del actor ha sufrido con los hechos dañosos y la privación de una ganancia lícita que debiera hacerse obtenido con el cumplimiento de la obligación.

Quinta Epoca

Instancia: Tercera Sala

Fuente: Semanario Judicial de la Federación

Tomo: LVI

Página: 269

DAÑOS Y PERJUICIOS, NATURALEZA DE LOS. Después de definir lo que es daño y lo que es perjuicio, la Ley civil exige que uno y otro se causen inmediata y directamente por el incumplimiento de la obligación; de manera que si el actor en juicio demanda la instalación de unos muebles y en su defecto el valor de los mismos y el importe de lo que constara la instalación, fijando de esa manera el precio del daño resentido, resulta natural que el perjuicio consiste en el interés legal de ese precio, desde la fecha en que el daño que representa, se causo y cuando mas, el importe de lo que pudo producir la cosa en el tiempo moralmente necesario para efectuar la reparación y hacer posible el uso del inmueble en donde deben instalarse los muebles; pero nunca el importe de lo que por rentas pudo producir, desde la desocupación hasta la instalación de los accesorios o el pago de su valor, porque entre la causa alegada, que es el desperfecto del inmueble, y la perdida, considerada como perjuicio que es la privación del fruto por la no ocupación del mismo, existe una circunstancia intermedia, cual es la no reparación del desperfecto, la no sustitución de lo faltante por parte del dueño, a pesar de haber recibido la posesión material del inmueble y de haberse colocado así en condición de atender a su reacondicionamiento, sin perjuicio de reclamar el importe del daño cuya existencia se ha probado judicialmente, ya que no se explica racionalmente que se reciba la cosa para mantenerla improductiva y no aprovechada, y demandar al inquilino el pago no solo del daño y del interés sobre el dinero que importe su reparación, sino también el de la renta que debió producir, por todo el tiempo en que la casa estuvo desocupada, por la renuncia del dueño para que llenase su fin natural.

Quinta Epoca

Instancia: Tercera Sala

Fuente: Semanario Judicial de la Federación

Tomo: XLVII

Página: 128

DAÑOS Y PERJUICIOS, PROCEDENCIA DEL PAGO DE LOS. Si bien es cierto que el artículo 1180 del Código de Procedimientos Civiles de 1884, previene que cuando procede el interdicto de retener la posesión, debe condenarse al demandado al pago de daños y perjuicios, también lo es que dicha disposición supone que el actor demanda y prueba durante el juicio, la existencia de tales perjuicios, pues de no ser así, resultaría antijurídica la condenación por responsabilidad civil.

Quinta Epoca

Instancia: Tercera Sala

Fuente: Semanario Judicial de la Federación

Tomo: XXXI

Página: 1682

CONTRATOS DAÑOS Y PERJUICIOS POR FALTA DE CUMPLIMIENTO DE LOS. Si bien es cierto que los artículos 1419, 1421 y 1459 del código civil de Guanajuato, estatuyen que los contratos legalmente celebrados, deberán ser puntualmente cumplidos y que si el obligado en un contrato deja de cumplir su obligación el otro interesado podrá exigirle judicialmente el cumplimiento de lo convenido o la rescisión del contrato y en uno y otro casos el pago de los perjuicios y, finalmente que el contratante que falte al cumplimiento del contrato sea en la substancia sea en el modo, es responsable de los daños y perjuicios que se ocasionen al otro interesado, no debe perderse de vista que cuando uno de los contratantes demanda al otro la obligación que tiene de otorgar la escritura publica, en la que tiene que constar el contrato par que sea valido, no trate de exigir los daños y

perjuicios, por falta de cumplimiento de la obligación u obligaciones que puedan resultar del contrato definitivo, porque para esto falta al contrato el requisito de la solemnidad externa indispensable para su existencia y sin ella no puede exigirse el cumplimiento del pacto.

Quinta Epoca

Instancia: Segunda Sala

Fuente: Semanario Judicial de la Federación

Tomo: XLVII

Página: 764

PERJUICIO, QUE DEBE ENTENDERSE POR. La Suprema Corte, en diversas ejecutorias ha sostenido que al establecer el artículo 3o. de la Ley de Amparo, que el juicio constitucional sólo puede promoverse y seguirse por la parte a quien perjudica el acto o la Ley que se reclama, no significa que sea un requisito indispensable la existencia de un perjuicio, en el patrimonio de quien solicita la protección de la justicia federal, porque conforme al artículo 107 constitucional, la controversia a que se refiere el artículo 103, se seguirá a instancia de parte agraviada, y por tal debe entenderse todo aquel que haya sufrido un agravio, esto es, una ofensa, daño o perjuicio en sus derechos o intereses, tomando la palabra perjuicio, no en los términos de la Ley Civil, como la privación de cualquier ganancia lícita que pudiera obtenerse, sino como sinónimo de ofensa hecha a los derechos o intereses de una persona.

Quinta Epoca

Instancia: Tercera Sala

Fuente: Semanario Judicial de la Federación

Tomo: XLVII

Página: 4990

DAÑOS Y PERJUICIOS POR INCUMPLIMIENTO DE CONTRATO. El Código Civil del Distrito, en su carácter de supletorio del mercantil, dispone en su artículo 1451, que si la prestación consistiera en el pago de cierta cantidad de dinero, los daños y perjuicios que resulten de la falta de cumplimiento del contrato, no podrán exceder del interés legal, salvo convenio expreso en contrario, por lo que si de autos consta que uno de los contratantes se obligó a pagar determinada cantidad, son los interesados legales de la misma, el monto de los daños y perjuicios que debe pagar, si se demuestra que le es imputable el incumplimiento del contrato.

Quinta Epoca

Instancia: Sala Auxiliar

Fuente: Semanario Judicial de la Federación

Tomo: CXVI

Página: 329

DAÑOS Y PERJUICIOS. La comprobación de la existencia de daños y perjuicios es distinta a la cuantificación de los mismos; pues si es posible determinar esta última en ejecución de sentencia, no así la existencia genérica de los daños y perjuicios, que es materia de prueba durante la secuela del juicio.

Séptima Epoca

Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito

Fuente: Semanario Judicial de la Federación

Tomo: 217-228 Sexta Parte

Página: 188

DAÑOS Y PERJUICIOS. DEBE ACREDITARSE SU EXISTENCIA COMO CONSECUENCIA INMEDIATA Y DIRECTA DEL INCUMPLIMIENTO DE LA OBLIGACION. (LEGISLACION DEL ESTADO DE VERACRUZ). Para la procedencia de la condena a daños y perjuicios, sea ésta genérica o no, debe probarse la existencia de los mismos, ya que es un elemento esencial de la acción reclamada, y el dictamen pericial ofrecido para tal efecto es insuficiente, por basarse en conjeturas acerca de lo que "pudo" haber ganado un vehículo por viajes en determinados años, y no basta acreditar el quantum posible de los daños y perjuicios, sino también debe probarse que son consecuencia inmediata y directa de la falta de entrega, pues es insuficiente demostrar la probable utilidad si no se evidencia asimismo que, entregado oportunamente ese vehículo, se hubiese dejado de percibir la cantidad señalada pericialmente como rentabilidad.

Séptima Epoca

Instancia: Tercera Sala

Fuente: Semanario Judicial de la Federación

Tomo: 193-198 Cuarta Parte

Página: 138

DAÑOS Y PERJUICIOS, PRUEBA DE LOS. No es suficiente la prueba del incumplimiento de la obligación para que proceda la condena al pago de los perjuicios, pues debe demostrarse la existencia de éstos, y para acreditar este extremo, es indispensable que la parte actora pruebe que pudo haber obtenido las ganancias que reclama y éstas no ingresaron en su patrimonio en virtud del incumplimiento de la parte demandada.

Séptima Epoca

Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito
Fuente: Semanario Judicial de la Federación
Tomo: 217-228 Sexta Parte
Página: 188

DAÑOS Y PERJUICIOS. DEBE ACREDITARSE SU EXISTENCIA COMO CONSECUENCIA INMEDIATA Y DIRECTA DEL INCUMPLIMIENTO DE LA OBLIGACION. (LEGISLACION DEL ESTADO DE VERACRUZ). Para la procedencia de la condena a daños y perjuicios, sea ésta genérica o no, debe probarse la existencia de los mismos, ya que es un elemento esencial de la acción reclamada, y el dictamen pericial ofrecido para tal efecto es insuficiente, por basarse en conjeturas acerca de lo que "pudo" haber ganado un vehículo por viajes en determinados años, y no basta acreditar el quantum posible de los daños y perjuicios, sino también debe probarse que son consecuencia inmediata y directa de la falta de entrega, pues es insuficiente demostrar la probable utilidad si no se evidencia asimismo que, entregado oportunamente ese vehículo, se hubiese dejado de percibir la cantidad señalada pericialmente como rentabilidad.

Séptima Epoca

Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito
Fuente: Semanario Judicial de la Federación
Tomo: 199-204 Sexta Parte
Página: 51

COMPRAVENTA MERCANTIL, DAÑOS Y PERJUICIOS DERIVADOS DEL INCUMPLIMIENTO DEL CONTRATO DE. No obstante que el comprador no haya recibido la totalidad de las mercaderías convenidas, si no reclama el cumplimiento del contrato por la entrega de esos efectos ni tampoco se

precisó el lugar y fecha en que se efectuara, su acción sobre pago de daños y perjuicios que de ahí hace derivar, como éstos deben ser consecuencia inmediata y directa del incumplimiento de la obligación, sólo pudo ser viable después de 30 días siguientes a la interpelación a la vendedora por la entrega del faltante de los bienes que adquirió. (Artículos 2080 y 2082 en relación con el 2110 del Código Civil, aplicado supletoriamente).

Séptima Epoca

Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito

Fuente: Semanario Judicial de la Federación

Tomo: 78 Sexta Parte

Página: 23

COMPRAVENTA MERCANTIL. ACCION AUTONOMA DE PAGO DE DAÑOS Y PERJUICIOS EN LA. Cuando en la compraventa mercantil una de las partes no cumple con sus obligaciones, la afectada puede reclamar en forma autónoma el resarcimiento de los daños y perjuicios que haya sufrido, independientemente de que ejercite o no la acción de cumplimiento forzado del contrato, o bien su rescisión; en primer término, porque la causa de la acción a que se refiere esta ejecutoria descansa directamente en el incumplimiento contractual y, en segundo término, porque en el procedimiento mercantil opera ampliamente el principio dispositivo, conforme al cual: nadie puede ejercitar una acción contra su voluntad, salvo los casos previstos limitativamente por el artículo 32 del Código de Procedimientos Civiles del Distrito Federal de aplicación supletoria al Código de Comercio en términos de su artículo 1051. Por tanto, no puede desprenderse del artículo 376 del último Código citado, la naturaleza accesoria del pago de daños y perjuicios a las acciones de cumplimiento forzado del contrato, o a la rescisión del mismo.

Séptima Epoca

Instancia: Tercera Sala

Fuente: Semanario Judicial de la Federación

Tomo: 151-156 Cuarta Parte

Página: 111

**DAÑOS Y PERJUICIOS, FALTA DE COMPROBACION DEL PRECIO
CIERTO Y DETERMINADO DE LOS.**

Cuando en el juicio natural se ejercita una acción específica de daños y perjuicios, es decir, con señalamiento preciso del monto de lo reclamado, si en autos no queda debidamente comprobado el precio cierto y determinado de los daños y perjuicios, debe absolverse a los demandados, porque no siendo posible la condena por la falta de comprobación, no es dable remediar tal omisión, por no estar permitido legalmente un doble término de prueba. Esto es así, porque el señalamiento aludido obviamente incorpora dicho monto a la materia de las pretensiones deducidas, cuyos elementos debe precisamente demostrar la parte actora durante el juicio y no con posterioridad, porque esto implicaría, con violación de los principios procesales de preclusión y de trato igual a las partes, conceder al actor un doble período de prueba. Esto no sucede cuando la demanda de daños y perjuicios es genérica, esto es, cuando en ella no se precisa el monto de lo reclamado; caso en el cual, naturalmente, dicho monto no forma parte de la litis y, por tanto, no arroja sobre el actor, en cuanto a dicho monto, la carga de la prueba, según se estima en tesis de jurisprudencia número 139 de esta Tercera Sala, publicada en el último Apéndice al Semanario Judicial de la Federación, que dice: "DAÑOS Y PERJUICIOS. CONDENA GENERICA.- Los artículos 85, 515 y 516 del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito y Territorios Federales, y los Códigos Procesales de los Estados de la República que tienen iguales

disposiciones, permiten concluir que si el actor en un juicio que tiene por objeto principal el pago de daños y perjuicios, probó su existencia y su derecho a ser indemnizado, pero no rindió pruebas que permitan precisar su importe, ni establecer las bases con arreglo a las cuales deba hacerse la liquidación, la condena al pago genérico de los mismos es procedente, reservándose la determinación de su cuantía para el procedimiento de ejecución de sentencia". Pero, si no se demandaron en forma genérica, sino precisando su monto, los daños y perjuicios, no es, por tanto, aplicable la indicada tesis jurisprudencial.

Séptima Epoca

Instancia: Tercera Sala

Fuente: Semanario Judicial de la Federación

Tomo: 193-198 Cuarta Parte

Página: 138

DAÑOS Y PERJUICIOS, PRUEBA DE LOS. No es suficiente la prueba del incumplimiento de la obligación para que proceda la condena al pago de los perjuicios, pues debe demostrarse la existencia de éstos, y para acreditar este extremo, es indispensable que la parte actora pruebe que pudo haber obtenido las ganancias que reclama y éstas no ingresaron en su patrimonio en virtud del incumplimiento de la parte demandada.

Octava Epoca

Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito

Fuente: Semanario Judicial de la Federación

Tomo: III Segunda Parte-1

Página: 244

DAÑOS Y PERJUICIOS. EN LA SENTENCIA DEBEN PROPORCIONARSE LAS BASES PARA SU LIQUIDACION. Es en el juicio de nulidad donde deben aportarse las pruebas respecto a los daños y perjuicios que se irrogan como consecuencia de aquélla, a fin de que en la sentencia se fijen las bases de su liquidación por ser el único caso en que se deja a la ejecución, pues de no ser así, o sea de no haberse acreditado la existencia real de dichos accesorios en relación con la cuestión principal debatida, resulta ilegal la condena a su pago cuando su cuantificación se hace en el período de ejecución porque ello significaría un segundo período probatorio de las acciones ejercitadas y de las excepciones opuestas, lo que no está prescrito en el artículo 1348 del Código de Comercio.

Octava Epoca

Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito

Fuente: Semanario Judicial de la Federación

Tomo: VI Segunda Parte-2

Página: 504

DAÑOS Y PERJUICIOS, PRUEBA DE LOS. Para que proceda la condena de daños y perjuicios por haberse negado el inquilino a desocupar un bien inmueble, no basta acreditar la cantidad posible a que éstos asciendan, sino también debe probarse que proceden de la comisión de un hecho ilícito diverso a la ausencia de desocupación del inmueble. Por lo tanto es insuficiente demostrar la probable rentabilidad comercial del inmueble para pretender que sí fue probada la existencia de daños y perjuicios, ni tampoco es suficiente demostrar la existencia de algún presunto inquilino, porque el simple hecho de probar que un inmueble deba rentarse en determinada cuantía y que existe presunto nuevo arrendatario, no puede originar el pago de daños y perjuicios, pues éstos sólo pueden derivar de un acto ilícito, y la

continuación en el uso del inmueble por el actual arrendatario no es ilícito, aun cuando exista sentencia que termine o rescinda el contrato de arrendamiento que esté pendiente de ejecutarse, por lo cual el arrendatario vencido en juicio tendrá la obligación de cubrir el monto de la renta convenida hasta que se ejecute la sentencia que ordenó el lanzamiento como efecto de la rescisión o terminación del contrato.

Octava Epoca

Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito

Fuente: Semanario Judicial de la Federación

Tomo: VII-Febrero

Página: 165

DAÑOS Y PERJUICIOS, PARA LA PROCEDENCIA DE LA ACCION DE, ES NECESARIO PROBAR LA EXISTENCIA DE LOS MISMOS. (LEGISLACION DEL ESTADO DE JALISCO). Para que prospere la acción tendente al cobro de los daños y perjuicios a que se refiere el artículo 2023 del Código Civil de Jalisco, no basta con exigirlo, sino que aparte de que deben ser consecuencia inmediata y directa de la falta de cumplimiento de una obligación (artículo 2029 del sustantivo en consulta), también es necesario demostrar la existencia de los mismos, aunque la mencionada acción tenga el carácter de accesorio.

Octava Epoca

Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito

Fuente: Semanario Judicial de la Federación

Tomo: XI-Enero

Página: 243

DAÑOS Y PERJUICIOS, IMPROCEDENCIA DE LA ACCION DE. AUN CUANDO SE EJERCITE COMO ACCESORIA, SI NO SE PRECISA EN QUE CONSISTIERON LOS MISMOS. Cuando se demanda accesoriamente el pago de daños y perjuicios, como consecuencia del incumplimiento de entregar bienes descritos en certificados de depósito, si no se precisan por la actora las consecuencias directas e inmediatas del incumplimiento por la demandada de la obligación base de la acción intentada, esto es, en qué consistieron los daños y perjuicios derivados de la falta de entrega, conceptuados los primeros como la pérdida o menoscabo sufrido en el patrimonio por la falta de cumplimiento de la obligación, y los segundos, como la privación de cualquier ganancia lícita que debiera haberse obtenido con la satisfacción de la obligación, de tal manera que la demandada estuviera en posibilidad de controvertir su existencia y cuantía, no existe base legal para decretar la procedencia de la prestación accesoria en comento, aun cuando lo fuere la principal.

Octava Epoca

Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito

Fuente: Semanario Judicial de la Federación

Tomo: XI-Mayo

Página: 317

DAÑOS Y PERJUICIOS. EL DERECHO A ELLOS DEBE DEMOSTRARSE EN FORMA AUTONOMA AL INCUMPLIMIENTO DE LA OBLIGACION EN QUE SE FUNDEN, EN TANTO ESTA ULTIMA NO IMPLICA QUE NECESARIA E INDEFECTIBLEMENTE SE CAUSEN. Si bien conforme a lo dispuesto por el artículo 2110, del Código Civil, tales renglones deben ser el resultado del incumplimiento de una obligación, no puede sostenerse que ante tal supuesto el afectado forzosa y necesariamente sufra pérdida o

menoscabo en su patrimonio o se vea privado de cualquier ganancia lícita de acuerdo con los artículos 2108 y 2109, del propio ordenamiento, pues casos habrá en que aun ante el deber incumplido ninguna afectación de aquellas índoles traiga consigo. De lo anterior se sigue que no basta con demostrar el extremo aludido para sostener que se materializaron los daños y perjuicios, que por lo mismo deben probarse en forma independiente, ya que sostener lo contrario conduciría a decretar una condena en forma automática aun en aquellos casos en que no se resintió ninguna de las afectaciones a que se hizo mérito. Tal es el sentido de la jurisprudencia que puede verse en el Apéndice al Semanario Judicial de la Federación 1917-1985, Cuarta Parte, página 357, y dice: "DAÑOS Y PERJUICIOS. CONDENA GENERICA. Los artículos 85, 515 y 516 del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal, y los Códigos Procesales de los Estados de la República que tienen iguales disposiciones, permiten concluir que si el actor en un juicio que tiene por objeto principal el pago de daños y perjuicios, probó su existencia y su derecho a ser indemnizado, pero no rindió pruebas que permitan precisar su importe, ni establecer las bases con arreglo a las cuales debe hacerse la liquidación, la condena al pago genérico de los mismos es procedente, reservándose la determinación de su cuantía para el procedimiento de ejecución de sentencia.". Desde el momento en que el criterio exige las pruebas del derecho a ser indemnizado, éste no puede ser otro que la presencia de la pérdida, menoscabo o privación que ya quedaron mencionados y por lo tanto, si no quedan acreditadas, no habrá lugar a la condena por daños y perjuicios, aunque prevalezca la relacionada con que la obligación debe cumplirse.

Octava Epoca

Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito

Fuente: Semanario Judicial de la Federación

Tomo: XI-Mayo

Página: 318

DAÑOS Y PERJUICIOS, NO DEBE CONDENARSE A SU PAGO, SI LA PARTE REO ACREDITO EN EL REIVINDICATORIO LA POSESION DEL INMUEBLE CON CARACTER DE PROPIETARIA. Si la posesión del bien inmueble detentada por la quejosa, fue a consecuencia de la entrega que se le hizo del mismo en cumplimiento de una ejecutoria pronunciada en diverso juicio reivindicatorio, en el que se le reconoció su derecho de dominio; y, además, la referida posesión la disfrutó con el carácter indicado desde la fecha de entrega sin reserva alguna, resulta claro, entonces, que no tenía, en términos de los artículos 2023, 2025, 2026, 2027, 2028, 2029 del Código Civil del Estado de Jalisco, ninguna obligación frente a quiénes posteriormente la demandaron, y, por cuya posesión hubiere dado lugar a la existencia de daños y perjuicios, mismos que, según se infiere de los preceptos antes invocados, deben ser consecuencia inmediata y directa del incumplimiento de una obligación. Consecuentemente, la condena al pago que la Sala ad quem fijó en el caso, resulta vulneratoria de garantías constitucionales.

Octava Epoca

Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito

Fuente: Semanario Judicial de la Federación

Tomo: XI-Enero

Página: 243

DAÑOS Y PERJUICIOS, IMPROCEDENCIA DE LA ACCION DE. AUN CUANDO SE EJERCITE COMO ACCESORIA, SI NO SE PRECISA EN QUE CONSISTIERON LOS MISMOS. Cuando se demanda

accesoriamente el pago de daños y perjuicios, como consecuencia del incumplimiento de entregar bienes descritos en certificados de depósito, si no se precisan por la actora las consecuencias directas e inmediatas del incumplimiento por la demandada de la obligación base de la acción intentada, esto es, en qué consistieron los daños y perjuicios derivados de la falta de entrega, conceptuados los primeros como la pérdida o menoscabo sufrido en el patrimonio por la falta de cumplimiento de la obligación, y los segundos, como la privación de cualquier ganancia lícita que debiera haberse obtenido con la satisfacción de la obligación, de tal manera que la demandada estuviera en posibilidad de controvertir su existencia y cuantía, no existe base legal para decretar la procedencia de la prestación accesoria en comento, aun cuando lo fuere la principal.

Octava Epoca

Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito

Fuente: Semanario Judicial de la Federación

Tomo: IV Segunda Parte-2

Página: 703

DAÑOS Y PERJUICIOS. DEBEN SER CONSECUENCIA INMEDIATA Y DIRECTA DEL INCUMPLIMIENTO DE LA OBLIGACION DE PAGO. El actor no sólo debe demostrar en el juicio la naturaleza de los daños y perjuicios que le cause la falta de pago a cargo del demandado, sino también que los mismos sean consecuencia inmediata y directa de ese incumplimiento.

Octava Epoca

Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito

Fuente: Semanario Judicial de la Federación

Tomo: XII-Agosto

Página: 402

DAÑOS Y PERJUICIOS. PRUEBA IDONEA PARA ACREDITARLOS. No es suficiente que en una sentencia judicial, se condene al saneamiento, para que automáticamente opere el pago de daños y perjuicios, sino que es necesario que la parte afectada demuestre por los medios de prueba establecidos por la Ley, que efectivamente sufrió los daños y perjuicios cuyo valor reclama, ya que esta última prestación no es consecuencia natural que la Ley derive, como sanción para el responsable de saneamiento en caso de evicción, sino que se trata de una hipótesis normativa que debe ser probada en el juicio, dado que no se trata únicamente de acreditar que el enajenante procedió de mala fe, sino que se requiere demostrar los daños y perjuicios mediante prueba idónea, como sería la pericial, a efecto de acreditar el aumento de plusvalía que se reclama por concepto de daños y perjuicios.

Octava Epoca

Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito

Fuente: Semanario Judicial de la Federación

Tomo: XI-Enero

Página: 243

DAÑOS Y PERJUICIOS, IMPROCEDENCIA DE LA ACCION DE. AUN CUANDO SE EJERCITE COMO ACCESORIA, SI NO SE PRECISA EN QUE CONSISTIERON LOS MISMOS. Cuando se demanda accesoriamente el pago de daños y perjuicios, como consecuencia del incumplimiento de entregar bienes descritos en certificados de depósito, si no se precisan por la actora las consecuencias directas e inmediatas del

incumplimiento por la demandada de la obligación base de la acción intentada, esto es, en qué consistieron los daños y perjuicios derivados de la falta de entrega, conceptuados los primeros como la pérdida o menoscabo sufrido en el patrimonio por la falta de cumplimiento de la obligación, y los segundos, como la privación de cualquier ganancia lícita que debiera haberse obtenido con la satisfacción de la obligación, de tal manera que la demandada estuviera en posibilidad de controvertir su existencia y cuantía, no existe base legal para decretar la procedencia de la prestación accesoria en comento, aun cuando lo fuere la principal.

Novena Epoca

Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito

Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta

Tomo: IV, Octubre de 1996

Tesis: VI.3o.35 C

Página: 515

DAÑOS Y PERJUICIOS. EL ACTOR DEBE SEÑALAR EN SU DEMANDA EN QUE CONSISTIERON Y CUALES SON. La extinta Tercera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, en la jurisprudencia número 197, visible a foja 135, del último Apéndice al Semanario Judicial de la Federación, sostuvo el criterio de que si el actor probó la existencia de los daños y perjuicios y su derecho a ser indemnizado, pero no rindió pruebas que permitan precisar su importe, ni establecer las bases con arreglo a las cuales deba hacerse la liquidación, la condena al pago genérico de los mismos es procedente, reservándose la determinación de su cuantía para el procedimiento de ejecución de sentencia. Dicho criterio parte de la premisa de que el actor haya precisado la existencia de los daños y perjuicios en el curso de demanda, aun cuando no haya señalado el monto de aquéllos. Esto significa que el demandante forzosamente debe señalar en su curso inicial en qué consistieron y cuáles son los daños y perjuicios que se le ocasionaron, señalamiento que es indispensable a efecto de que su contrario pueda defenderse adecuadamente.

CONCLUSIONES

La propiedad privada es elemento indispensable en un sistema capitalista, en donde el derecho es el instrumento que la protege.

A pesar de los diferentes modelos económicos que han imperado en las relaciones económicas del ser humano, el Estado y el derecho se mantienen como instrumentos indispensables de equilibrio y ajuste social.

Tanto la economía como el derecho, como disciplinas sociales, regulan las relaciones entre los gobernados e inciden en ambas, aspectos de afinidad y distinción.

Se han considerado como principios generales del derecho, a la justicia, la equidad, la igualdad y la moral.

La ciencia del derecho desde sus orígenes se ha transformado, y generó diversas corrientes ideológicas que la han enriquecido.

El liberalismo, que toma a la libertad como su valor máximo, encuentra en el principio del laissez-faire, laissez-passer el fundamento principal de la libertad económica.

El análisis económico del derecho, es una disciplina diferente al derecho y a la economía, y se ocupa de interpretar al derecho a partir de teorías, modelos y variables económicas.

El análisis económico del derecho encuentra en el ámbito del derecho mercantil a su mayor campo de observación, debido a que éste regula actos de índole comercial que comparten una naturaleza económica.

Por su parte, los daños y perjuicios han sido analizados desde una perspectiva del derecho civil, pero no se han interpretado a partir del derecho mercantil.

La naturaleza del derecho mercantil es de carácter predominantemente económica, en virtud de que rige actos de comercio cuyo contenido es la obtención de una ganancia o un lucro.

En nuestras Leyes mercantiles, se han plasmado los daños y perjuicios, únicamente de manera enunciativa, pero no se han conceptualizado, ni menos aún se han interpretado.

El daño, desde la perspectiva mercantil, debe definirse como el detrimento que sufre un sujeto de derecho en su patrimonio, en el ejercicio de una actividad comercial, y como consecuencia del incumplimiento de una obligación pactada. Por su parte el perjuicio, bajo la misma perspectiva, debe definirse como aquella privación que sufre un sujeto de derecho cuya actividad es el comercio, de obtener un lucro lícito existente en el comercio, y cuya frustración es consecuencia del incumplimiento de una obligación pactada.

Las reglas del derecho civil para calcular los daños y perjuicios, resultan actualmente insuficientes para determinarlos en materia mercantil.

Para el caso del análisis económico de los perjuicios, el llamado “costo alternativo o de oportunidad”, representa el instrumento más adecuado para su determinación.

Los daños y perjuicios en materia mercantil poseen una naturaleza de carácter económico.

La determinación de los daños y perjuicios en épocas inflacionarias, debe incluir el fenómeno económico de alzas de precios, para ser congruentes con su naturaleza.

Las actuales condiciones de normatividad e interpretación jurisdiccional, no permiten la determinación adecuada de los daños y perjuicios, que a diario se producen en el ámbito del derecho mercantil, y por ello es necesario actualizar las Leyes mercantiles y criterios de la autoridad, en función del análisis económico de los daños y perjuicios.

BIBLIOGRAFÍA

1.- ANAYA D., Gerardo:

Neoliberalismo.

México, Universidad Iberoamericana, 1995

2.-ANDRE, Robert:

Traite elementaire de la reparation du dommage moral en droit belge et compare.

Bélgica, Editorial Bruxelles, 2ª ed.

3.-BARBERO, Omar V:

Daños y Perjuicios derivados del divorcio.

Buenos Aires, Ed. Astrea, P. 283

4.-BARRERA Graf, Jorge:

Instituciones de Derecho Mercantil.

México, Editorial Porrúa, S.A., 1991

5.- BECKER, Gary:

Teoría económica,

México, Fondo de Cultura Económica, 1987

6.-BLANCO Constans, Francisco:

Estudios Elementales de Derecho Mercantil.

Madrid, Editorial REUS, Tomo I, 1936

7.-BONNECASE, Julien:

Elementos de Derecho Civil.

México, Editorial Cárdenas Editor y Distribuidor, Tomo II, 1985

8.-BORRELLMACIA, Antonio:
Responsabilidades derivadas de culpa extracontractual civil.
Barcelona, Editorial Bosch, 1958

9.-BRITO Moncada, Javier R.:
Derecho internacional económico.
México, Trillas, 1982

10.-CALDWELL L., Gaylon:
Teoría y práctica del gobierno actual de los Estados Unidos.
México, Ed. Diana, 1972

11.-CERVANTES Ahumada, Raúl:
Derecho Mercantil.
México, Editorial Herrero, S.A.,1984

12.-CERVANTES Ahumada, Raúl:
Títulos y Operaciones de Crédito.
México, Editorial Herrero, S.A.,1984

13.-COLEGIO NACIONAL DE CIENCIAS POLITICAS Y
ADMINISTRACION PUBLICA A.C.:
Liberalismo Social.
México, Producciones Editoriales Nueva Visión, 1992

14.-COMUNICACIONES EXTRANJERAS:
Libro del cincuentenario del Código Civil.
México, UNAM, 1980

15.-CUPIS, Adriano de:
El daño: Teoría general de la responsabilidad civil.
Barcelona, Editorial Bosch, P. 852

16.- CHACHOLIADES, Miltiades:
Economía Internacional.
México, Mc Graw Hill, 1981

17.- DE GARAY, Luis:
What is Law.
Los Angeles, Ed. Cerbe, 1975

18.-DIN, Mario:
La denuncia de danno temuto del diritto sostanziale e processuale.
Milano, Italia; Ed. A. Giuffre, P.202

19.-DWORKIN, Ronald:
El imperio de la Justicia.
Barcelona, Ed. GEDISA S.A., 1992

20.-GARCIA Maynez, Eduardo:
Ensayos filosófico-jurídico 1934-1979.
México, UNAM, 1984

21.-GARCIA Maynez, Eduardo:
Introducción al estudio del derecho.
México, Ed. Porrúa S.A., 1958

22.-GARRIGUES, Joaquín:
Curso de Derecho Mercantil.
México, Editorial Porrúa, S.A., 1987

23.- GILL, Richard:
La economía y el interés público,
México, CECSA, 1983

24.-GIUSANA, Enrico:
IL Concetto di dano giuridico.
Milano, Italia, Casa Editrice Ambrosiana, 1944

25.-GUTIERREZ Y GONZALEZ, Ernesto:
Derecho de las Obligaciones.
Puebla, México; Ed. Cajica, S.A., 1986

26.- HARRIS, Laurence:
Teoría Monetaria,
México, Fondo de Cultura Económica, 1981

27.- HICKS, John:
Riqueza y bienestar,
México, Fondo de Cultura Económica, 1986

28.-HEYMAN, Timothy:
Inversión contra Inflación:
México, Editorial Milenio S.A. de C.V., 1988

29.-INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURIDICAS:
Diccionario Jurídico Mexicano.
México, Ed. Porrúa S.A., 1991

30.- KALECKI, Michal:
Teoría de la dinámica económica,
México, Fondo de Cultura Económica, 1984

31.- KEYNES, John Maynard:
Teoría general de la ocupación, el interés y el dinero,
México, Fondo de Cultura Económica, 1987

32.-MANTILLA Molina, Roberto L.:
Derecho Mercantil.
México, Editorial Porrúa, S.A.,1992

33.- MAZEAUD, Henri y Leon:
Lecciones de Derecho Civil.
Parte Segunda, Volumen II.
Buenos Aires, Ediciones Jurídicas Europa-América, 1960

34.- MAZEAUD, Henri:
Traite Theorique et Practique de la responsabilite civile, delictuelle et contractuelle.
París, Editorial Montchrestien, 5ª ed.

35.- MOSSET Iturraspe, Jorge:
Responsabilidad por daños.
Buenos Aires, Editorial EDIAR.

36.- MOSSET Iturraspe, Jorge:
Estudios sobre responsabilidad por daños.
Sante Fé, Editorial Rubinzal y Culzoni.

37.-MOSSET Iturraspe, Jorge:
Daños.
Buenos Aires, Ed. De Palma, P.215

38.-MUÑOZ, Luis:
Derecho Mercantil Mexicano.
México, Editorial Cárdenas Editor y Distribuidor, Tomo I, 1973

39.- PADILLA, Aragón E:
Ciclos económicos y política de estabilización,
México, Siglo veintiuno editores, 1992

40.-PARRA, Lucan, Ma. Angeles:
Daños por productos y protección del consumidor.
Barcelona, Ed. Bosch, P.677

41.- PLANIOL y Ripert:
Tratado Elemental de Derecho Civil.
México, Cárdenas Editor y Distribuidor, Tomo II,1991

42.-PODER JUDICIAL DE LA FEDERACION:
La Suprema Corte de Justicia a principios del siglo XX 1901-1914.
México, Offset Setenta, S.A. de C.V., 1993

43.- POKROVSKI, V.S.:
Historia de las ideas políticas.
México, Ed. Grijalbo, S. A. 1966

44.- POSNER, Richard A.:
Economic Analisis of Law,
E.U.A., Little Brown and Company.

45.-RANGEL, Couto Hugo:
El derecho económico.
México, Ed. Porrúa S.A., 1980

46.-RIGGS A., R. and Tom Velk:
Beyond NAFTA: An economic, political and sociological perspective.
Canadá, The Fraser Institute, 1993

47.-RIPERT, Georges:
El Régimen Democrático y el Derecho Civil Moderno.
México, Editorial Cájica, S.A.,1986

- 48.- ROEMER, Andrés:
Introducción al Análisis Económico del Derecho.
México, Fondo de Cultura Económica, 1994
- 49.- SANTOS, BRIZ Jaime:
La Responsabilidad Civil.
Madrid, Editorial Montecorro S.A., 1981
- 50.- SMITH, Adam:
Investigación sobre la naturaleza y causas de la riqueza de las naciones.
México, Fondo de Cultura Económica, 1987
- 51.-STAMMLER, Rudolf:
Modernas Teorías del Derecho y del Estado.
México, Ediciones Librería Botas, 1955
- 52.-STANLEY, Fischer y otros:
Economía.
México, Mc Graw Hill, 1990
- 53.-UNITED STATES INFORMATION AGENCY:
American Economy.
Washington D.C., Ed. Jeanne S. Holden, 1992
- 54.-VILLARREAL, René:
La contrarrevolución monetarista.
México, Fondo de Cultura Económica, 1986
- 55.-VIÑUELAS Solé, Julián:
Diccionario Enciclopédico Folio.
Barcelona, Ediciones Folio, S.A., 1998

LEGISLACIÓN

1.-CODIGO CIVIL PARA EL DISTRITO FEDERAL:

México, Ed. Porrúa S.A., 2005

2.- CODIGO DE COMERCIO.

México, Editorial Porrúa S.A., 2005

3.-CONSTITUCION POLITICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS:

México, Ed. Porrúa S.A., 2005

4.- LEY DE CONCURSOS MERCANTILES:

México, Editorial Porrúa, S.A., 2005.

5.- LEY FEDERAL DE COMPETENCIA ECONÓMICA.

México, Editorial Porrúa S.A., 2005

6.- LEY GENERAL DE TITULOS Y OPERACIONES DE CREDITO.

México, Editorial Porrúa S.A., 2005

7.- LEY GENERAL DE SOCIEDADES COOPERATIVAS.

México, Editorial Porrúa S.A., 2005

8.- LEY GENERAL DE SOCIEDADES MERCANTILES.

México, Editorial Porrúa S.A., 2005

HEMEROGRAFÍA

1.- AMERICAN BAR ASSOCIATION:

American Bar Association Journal.

Chicago, Volumen 62, Mayo 1976

2.- BAKER, P.V.

The Law Quarterly Review.

London, Volumen 98, Abril 1982

3.- BOHLEN, Francis:

Cases on the Law of Torts.

Indianapolis, The Bobbs-Merrill Company Publisher, 1941

4.-INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURIDICAS:

Revista de Derecho Privado.

México, UNAM, Año 2 núm. 6, 1991

JURISPRUDENCIA

1.-SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN.

Disco óptico-ius.

México, 2006