

872709



UNIVERSIDAD
DON VASCO, A.C.

UNIVERSIDAD DON VASCO, A.C.
INCORPORACIÓN No. 8727-09 A LA
UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA DE MÉXICO



ESCUELA DE DERECHO

**"ANÁLISIS DE LAS GARANTÍAS DE AUDIENCIA Y DE
ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA, EN RELACIÓN CON EL DOMICILIO
CONVENCIONAL EN MATERIA MERCANTIL"**

T E S I S

QUE PARA OBTENER EL TÍTULO DE:

LICENCIADO EN DERECHO

PRESENTA:

KARINA OROS MONTAÑEZ

ASESOR DE TESIS: LIC. FELIPE MARTÍN GALVÁN MURGUÍA

URUAPAN, MICHOACÁN; 6 DE SEPTIEMBRE DEL 2005.

m351436



Universidad Nacional
Autónoma de México



UNAM – Dirección General de Bibliotecas
Tesis Digitales
Restricciones de uso

DERECHOS RESERVADOS ©
PROHIBIDA SU REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL

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

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



UNIVERSIDAD
DON VASCO, A.C.



URUAPAN
MICHOACAN

IMPRESIÓN DE TESIS INDIVIDUAL

LIC. MERCEDES HERNÁNDEZ DE GRAUE
DIRECTORA GENERAL DE INCORPORACIÓN Y
REVALIDACIÓN DE ESTUDIOS, UNAM
P R E S E N T E:

 OROS MONTAÑEZ KARINA
APELLIDO PATERNO MATRNO NOMBRE(S)

NÚMERO DE EXPEDIENTE: 40152455-4

ALUMNO DE LA CARRERA DE: LICENCIADO EN DERECHO

CUMPLE CON LA REVISIÓN DE LA TESIS TITULADA:

**“ANÁLISIS DE LAS GARANTÍAS DE AUDIENCIA Y DE
ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA, EN RELACIÓN CON EL
DOMICILIO CONVENCIONAL EN MATERIA MERCANTIL”**

POR LO QUE SE AUTORIZA LA IMPRESIÓN DE LA MISMA.

URUAPAN, MICH., SEPTIEMBRE 06 DEL 2005.

KARINA GROS MONTAÑEZ

Vº Bº

LIC. FELIPE MARTÍN GALVÁN MURGUÍA
ASESOR

LIC. FEDERICO JUÁREZ TEJERO
DIRECTOR TÉCNICO

AGRADECIMIENTOS

AL TODOPODEROSO, primeramente quiero agradecer a DIOS por su amor infinito al darme paciencia y entendimiento, a lo largo de la carrera.

A mi madre (Yolanda) y a mi hermana (Claudia), por darme su amor y apoyo incondicional todos estos años, alentarme a la superación, y darme un ejemplo de lucha y perseverancia; gracias Claudia por estar siempre conmigo en los tiempos buenos y en los malos como una hermana, amiga incondicional, confidente y por enseñarme a caminar en esta vida y no caer ante ninguna circunstancia por dura que parezca, y por mostrarme que siempre habrá tropiezos pero hay que reponerse y seguir con la frente muy en alto.

A mi tío Arturo; por representar la figura paterna apoyándome incondicionalmente y por ser un hombre de lucha y constancia.

A mis sobrinos; Cesar, Berenice, Martín, y Diana; porque son la luz que siempre ha iluminado mi camino, haciéndolo siempre un poco más ligero, enseñándome que no hay que olvidar jamás como reír y ver lo lindo de la vida.

A ti, por aparecer en mi vida cuando más necesitaba de un amigo que me mostrara un panorama real de la vida, ayudarme a mi formación como profesionalista y reprenderme todas las veces que fue necesario.

A mi asesor Licenciado Felipe Martín Galván Murguía, por darme todas las herramientas para desarrollar el presente trabajo y darme su apoyo incondicional y amistad.

A mis profesores (as) que estuvieron conmigo durante la carrera brindándome sus conocimientos y su amistad, siendo un pilar necesario en mi formación.

"Nunca seas tan soberbio porque cualquiera te puede hacer sentir mal, se siempre humilde, nunca creas que eres el hombre más grande porque puedes encontrar a otros que estén por encima de ti, pero tampoco creas que eres el más pequeño, que siempre encontraras a otros que necesiten tu ayuda, ten bien puestos los pies sobre la tierra, que un hombre rico no es el que acumula riquezas, es el que conserva a su familia y a sus amistades, que tiene el corazón lleno de amor, tranquilidad y benevolencia, y además es capaz de compartirlo con quienes lo rodean"

ÍNDICE

INTRODUCCIÓN	10
---------------------	-----------

CAPÍTULO 1

ANTECEDENTES DEL DERECHO MERCANTIL

1.1. Antes de cristo	22
1.2. En el derecho romano	23
1.3. En la edad media	25
1.4. En la edad moderna España e Hispanoamerica	27
1.5. México independiente	28
1.6. Nuestro código actual	29

CAPÍTULO 2

LOS ACTOS DE COMERCIO Y LOS CONTRATOS MERCANTILES

2.1. Los actos de comercio	31
2.2. Nociones preeliminarias del contrato mercantil	33
2.3. Concepto de contrato mercantil	35
2.4. Reglas particulares	38

2.5. Principios generales	40
2.6. Disposiciones legales	45
2.7. Elementos del contrato	46
2.7.1. Elementos de existencia	46
2.7.2. Elementos de validez	47
2.7.3. Elemento de eficacia	52

CAPÍTULO 3

EL CONSENTIMIENTO DE LAS PARTES

3.1. Consideraciones preliminares	54
3.2. Definición de consentimiento	55
3.3. Formas del consentimiento	58
3.3.1. Ausencia de formas legales	58
3.3.2. Consentimiento en la oferta y en la demanda	59
3.3.3. Contratos de adhesión	60
3.3.4. El escrito	61
3.3.5. La contratación entre presentes y entre ausentes	61
3.4. Importancia del consentimiento	62

CAPÍTULO 4

EL DOMICILIO DE LAS PARTES

4.1. Nociones preliminares _____	65
4.2. Definición de domicilio _____	67
4.3. Efectos del domicilio _____	68
4.4. Clases de domicilio _____	70
4.4.1. Domicilio real _____	71
4.4.3. Domicilio legal _____	71
4.4.4. Domicilio convencional _____	73

CAPÍTULO 5

EL EMPLAZAMIENTO

5.1. Consideraciones preliminares _____	76
5.2. El emplazamiento y sus elementos _____	78
5.3. Las formalidades del emplazamiento _____	82
5.4. Los efectos del emplazamiento _____	85
5.5. Nulidad del emplazamiento _____	86

CAPÍTULO 6

GARANTÍAS CONSTITUCIONALES DE SEGURIDAD JURÍDICA; DE AUDIENCIA Y DE ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA

6.1 Consideraciones preliminares de las garantías _____	89
6.2. Garantías de seguridad jurídica _____	93
6.3. Garantía de audiencia _____	96
6.3. Garantía de administración de justicia _____	100

CAPITULO 7

ANÁLISIS E INTERPRETACIÓN _____	107
CONCLUSIONES _____	120
PROPUESTA _____	122
BIBLIOGRAFÍA _____	124

INTRODUCCIÓN

Planteamiento del problema: ¿Que trascendencia tiene el domicilio convencional pactado por las partes, dentro del procedimiento mercantil, para los efectos del emplazamiento?

Primeramente, es preciso identificar el problema; es bien sabido que en un contrato mercantil, las partes pueden establecer un domicilio convencional para el cumplimiento de las obligaciones, así como para recibir las notificaciones que resulten del mismo; tal como sucede en el caso del llamamiento a juicio, pero si al momento de que el actuario se constituya en el domicilio para llevar a cabo el emplazamiento, se ve impedido para realizarlo, porque se da cuenta de que el domicilio señalado no corresponde al del deudor demandado; razón por la cual se configura lo previsto en el artículo 1070, quinto párrafo del Código de Comercio, que a la letra dice: "En el caso de que el documento base de la acción se haya pactado domicilio convencional para recibir las notificaciones, si se acude a realizar la notificación personal en dicho domicilio y éste no corresponde al de la demandada, se procederá a la notificación por edictos sin necesidad de recabar el informe a que se refieren los párrafos anteriores"; por lo que de acuerdo a esta disposición se procederá a realizar la notificación por medio de edictos, toda vez que de acuerdo al mencionado párrafo el actor no tiene ninguna obligación de recabar los oficios informativos sobre el domicilio del demandado, a que se refiere

el segundo párrafo, del mismo numeral, como la tuvo hasta antes de las últimas reformas hechas al Código de Comercio; por lo tanto, en caso de que no se pueda llevar a cabo el llamamiento a juicio de manera personal en el domicilio convencional señalado por las partes, se procederá a realizarlo por medio de publicaciones hechas en un periódico de circulación amplia y de cobertura nacional y en un Periódico local del Estado o del Distrito Federal en que el deudor deba ser demandado.

Ahora bien, al parecer, el hecho de que el emplazamiento se lleve a cabo por medio de edictos, como lo previene el artículo mencionado, no violenta la garantía de audiencia; toda vez que, si se está dando cumplimiento al llamamiento a juicio y que si bien es cierto que no se hizo de forma personal, fue como consecuencia de que las partes hayan pactado voluntariamente un domicilio convencional, con la finalidad de que en el mismo se le notificara cualquier situación respecto a la relación existente entre las partes, así como para el cumplimiento de las obligaciones a su cargo; por lo que al constituirse el notificador en el domicilio se percata de que ya no corresponde al del demandado, se procede al llamamiento a juicio por medio de edictos, tal como lo señala el quinto párrafo del precepto citado. Dentro del presente trabajo, se tratará de establecer si mediante esta disposición se violenta o no la garantía de audiencia, a que se refiere nuestra Carta Magna, en su numeral 14, segundo párrafo.

La garantía de audiencia contemplada dentro del artículo 14 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en su segundo párrafo, es considerada como de las más importantes dentro de cualquier régimen jurídico, pues implica la principal defensa a favor de todo gobernado en contra de los actos del poder público, que *pretenda privarlo* de sus derechos e intereses; como requisito indispensable para que se considere un acto de autoridad privativo de algún bien material o inmaterial del gobernado, es necesario que esa privación sea el fin último, definitivo y natural del propio acto, y no medios o conductos que solamente configuren simples actos de molestia; es decir, que la finalidad sea la privación de algún bien preciado por el gobernado y no fines distintos. Dentro de las formalidades más trascendentales de todo procedimiento, se encuentra la de otorgar la oportunidad de defensa, cuya finalidad se traduce en que la persona que se vea amenazada por un acto privativo de alguno de sus derechos más preciados, expone sus pretensiones opositoras al mismo. Por lo tanto, esta garantía se refiere y protege el derecho de todo gobernado de ser oído y vencido en Juicio; mismo que al parecer en el caso que nos ocupa se está respetando, toda vez que el deudor fue buscado en el domicilio convencional a efecto de emplazarlo, pero al no ser encontrado, se procedió a notificarlo por medio de edictos; ello, con la finalidad de dar cumplimiento al artículo 17 Constitucional, segundo párrafo, que se refiere a la garantía de impartición de justicia, que reclama el acreedor demandante, de las autoridades competentes, de manera pronta, completa, imparcial y expedita; la cual es igualmente trascendental, toda

vez que en este supuesto los derechos patrimoniales e intereses del actor comerciante se encuentran en riesgo e incertidumbre.

Lo que se deduce, de ambas garantías es que se encuentran en igualdad respecto a la importancia; toda vez que ambas partes (actor y demandado) pueden ver afectados sus derechos patrimoniales si se llegara a transgredir alguna de las citadas garantías, que a cada una de esas partes procesales les corresponde; ya que si bien es cierto que al deudor le interesa ser llamado a juicio para defender sus intereses y tener la oportunidad de ser escuchado y vencido dentro del juicio, también es igualmente cierto, que al acreedor le interesa el cumplimiento de la obligación a cargo del deudor, dentro de un plazo mínimo.

Hablando teóricamente, el emplazamiento previsto en el artículo 1070, quinto párrafo, del Código de Comercio, da seguridad al gobernado, tanto al actor como al demandado ¿Pero que es lo que sucede realmente en la práctica?; hay algo importante que el Código de Comercio no prevé, que deja al actor en una completa incertidumbre e inseguridad jurídica; porque a pesar de que él proporcionó el domicilio convencional, para el legal emplazamiento, al no ser posible, sufragó los gastos de las publicaciones, hechas a fin de que el demandado fuera enterado de la notificación que lo llamaba a juicio; no tiene plena seguridad de los alcances y validez de las mismas; debido a que las publicaciones hechas en un periódico local de determinado Estado, solamente tienen efectos dentro del mismo, por lo que si el actor desea que se hagan extensivos a

cualquiera de los Estados de la República deberá hacer las publicaciones en el Diario Oficial de la Federación y no solamente en el local, caso similar, cuando las publicaciones son hechas en el Diario Oficial de la Federación, debido a que éstas solamente surtirán efectos en cualquier Estado de la República, pero en ninguno de los casos anteriores podrán tener validez en un País Extranjero.

Es por ello, que el actor no tiene la plena seguridad jurídica de que se le vaya a respetar su garantía de impartición de justicia pronta y expedita, la que no es menos importante que la de audiencia que tiene el demandado; toda vez que, como consecuencia de lo anterior el demandado podrá acudir al Juicio de Amparo, argumentando en sus conceptos de violación que la garantía de audiencia contenida en el artículo 14 constitucional, fue violentada en su agravio, al no ser escuchado, ni vencido en juicio, toda vez él radica en un país extranjero; por lo que sin duda alguna, el Juez de Distrito resolverá a su favor, siempre que éste le acredite que efectivamente radica en otro país, ya que no existe disposición alguna que expresamente señale que los efectos de las publicaciones hechas en el Diario Oficial de la Federación, con la finalidad de notificar al demandado, tienen efectos extensivos en un país extranjero.

Resulta necesaria una reforma al artículo 1070 del Código de Comercio, en el sentido de que se hagan extensivos los efectos y la validez de las notificaciones hechas por publicaciones en el Diario Oficial de la Federación a personas que residen en el extranjero; con lo que se daría seguridad jurídica a ambas partes,

además se cumpliría con los principios del derecho mercantil que es la prontitud de los procesos y facilitar las transacciones mercantiles; ello, por la importancia que tiene en el comercio que los acreedores recuperen los créditos a su favor a la brevedad posible, para que puedan invertir en otra operación comercial rentable.

Finalmente, al hacer un emplazamiento bajo tales circunstancias, se garantiza el respeto de ambas garantías, toda vez que a ambas partes se les está dando un trato igualitario, de tal forma que en los procesos se estará tomando en cuenta la importancia de la garantía de audiencia del gobernado demandado; toda vez que sí se le está llamando a juicio para ser escuchado en el proceso que se sigue en su contra, así como la garantía de actor sobre la administración de justicia.

Justificación de la elección: Cabe señalar que el realizar esta investigación es de suma importancia, en primer caso porque se observa que las notificaciones por edictos publicadas en los periódicos de los Estados y en el Diario Oficial de la Federación no tienen efectos jurídicos en el extranjero, despertándose el interés por encontrar las posibles soluciones para que la incertidumbre en que se encuentran los gobernados respecto de tal situación, desaparezca y se cumpla con la garantías de impartición de justicia y la de audiencia; en un segundo plano, se considera trascendental su estudio toda vez que como ya se mencionó, los gobernados deben tener la certeza de que sus garantías no serán vulneradas; que estarán en un plano de igualdad el actor como el demandado dentro del

procedimiento mercantil; y, en el último de los casos, es significativo el estudio, pues representa un primer logro a nivel profesional, no solamente el cumplir con un requisito de la Universidad, toda vez que significa ahondar en el estudio de un problema y de forma profesional encontrar las posibles soluciones, de acuerdo a la formación y criterios adquiridos a lo largo de la carrera.

Objetivo general; es determinar si se violenta o no la garantía de audiencia, a que se refiere nuestra Carta Magna, en su numeral 14, segundo párrafo y proponer que el emplazamiento hecho por medio de publicaciones en el Diario Oficial de la Federación tenga efectos y validez, no solamente dentro del Territorio Nacional, sino que estos se hagan extensivos a los países en el extranjero.

Objetivos específicos; establecer la trascendencia que tiene la designación de un domicilio convencional en el derecho mercantil; determinar la importancia que tiene la voluntad de las partes dentro del Derecho Mercantil; analizar las garantías de audiencia y la de administración de justicia, en relación con el emplazamiento por edictos.

Hipótesis: "¿El emplazamiento que se realiza por medio de edictos, vulnera garantías constitucionales del procedimiento mercantil?". De lo anterior se pueden obtener dos variables que son; *Variable independiente*: El emplazamiento que se realiza por medio de edictos; *Variable dependiente*: Vulnera garantías constitucionales en el procedimiento mercantil.

Por lo que respecta a los antecedentes del tema se debe referir que dentro de las tesis realizadas por las generaciones anteriores, no se encontró alguna que pueda constituir propiamente un antecedente de la presente, sin embargo se puede mencionar la Tesis Aislada: VI. 2º.C.355 C, con número de registro: 183,064, tomo: XVII, Octubre de 2003, "Emplazamiento por edictos. No puede declararse inconstitucional, por ese solo hecho, si en la demanda de amparo no se señalan como acto reclamado la disposición legal que así lo ordena y las autoridades que intervinieron en el proceso legislativo (Legislación del Estado de Puebla)".

En el presente trabajo se consideró que la metodología más apropiada para llegar al objetivo planteado es la investigación documental, empleando el método hipotético-deductivo de acuerdo al proceso formal; de acuerdo al grado de abstracción es una investigación aplicada, investigación de acción, de acuerdo a la orientación será una investigación orientada a conclusiones, descriptiva, de acuerdo a las fuentes será bibliográfica y empírica.

Dentro del Capítulo 1, se hace una muy breve reseña histórica sobre el Derecho Mercantil, en diversas etapas, antes de Cristo, haciendo alusión a las leyes especiales sobre la materia mercantil que dictó el Rey Hammurabi. En el Derecho Romano, resaltando la flexibilidad del Derecho Civil para adaptarse a las necesidades de las necesidades mercantiles. En la Edad Media, al resurgir la actividad comercial es donde toma su mayor importancia la actividad mercantil,

surgiendo a la par las corporaciones de mercaderes. En la Edad Moderna, los consulados continúan teniendo vigencia, atribuyéndoseles funciones legislativas, judiciales, administrativas, financieras y militares. En México Independiente, solamente durante los primeros años, continúan teniendo vigencia los consulados. Y finalmente, en la actualidad la actividad mercantil se encuentra reglamentada por el Código de Comercio promulgado en 1889, el cual comienza a tener vigencia a partir del 1º de enero de 1890.

El capítulo 2, se refiere a los actos de comercio y los contratos mercantiles, señalándose que los actos de comercio se encuentran plasmados dentro de la propia legislación mercantil, que se pueden encontrar contratos propia o necesariamente mercantiles, además, al igual que los contratos civiles, estos también requieren de elementos de existencia, de validez y de eficacia.

Dentro del capítulo 3, se comenta de manera profunda sobre el consentimiento de las partes en el contrato, ello, por la importancia que dicho elemento tiene, toda vez que de no existir el acuerdo de voluntades entre los contratantes, no podrá nacer a la vida jurídica el contrato mismo.

Capítulo 4, se examina el domicilio de las personas, como parte de los atributos tanto de las personas físicas como de las jurídicas, siendo éste la morada o residencia en que las personas residen con el objeto de que siempre se les haga presentes, aún y cuando se encuentren ausentes por periodos cortos.

Capítulo 5, habla del emplazamiento, siendo éste una de las formalidades mas importantes dentro de todo procedimiento, por medio del cual se le hace saber a la demandada, que existe una demanda en su contra, quien es el actor o demandante, y de que cuenta con determinado tiempo para que se presente ante la autoridad competente a manifestar lo que a sus intereses convenga si desea hacerlo, bajo el apercibimiento que si no lo hace se le declarará rebelde y perdido el derecho que dejó de ejercer

Capítulo 6, se hacen diversas consideraciones sobre las garantías constitucionales, aclarando que con ellas no se otorgan derechos, sino que se tutelan o protegen los derechos que todo gobernado tiene, resaltando especialmente los derechos que amparan la garantía de audiencia y la de tutela jurisdiccional.

En el Capítulo 7, se cuestionan los alcances que tiene tanto el domicilio convencional, como el emplazamiento por edictos y las situaciones que quedan desprotegidas; lo que resulta natural dentro del derecho, toda vez que las leyes surgen una vez que se dan los problemas y no antes; de ahí, que la situación que se analiza en este apartado aún no se encuentre prevista legalmente. De igual forma también se examina sobre el espíritu de las Garantías de Audiencia y de Tutela Jurisdiccional.

CAPÍTULO 1

ANTECEDENTES DEL DERECHO MERCANTIL

Antes de entrar al estudio del tema medular de la presente, es necesario transportarnos al pasado, es decir, debemos estudiar al derecho mercantil desde sus inicios, ello con la finalidad de establecer cual ha sido, es y será la importancia de esta rama del derecho privado en la sociedad, no solamente para quienes hacen del comercio su modus-vivendi, sino que también para todos aquellos particulares que en algún momento de su vida celebran actos de comercio, debiendo apegarse a las normas de derecho mercantil, pues solamente de esta forma las partes tendrán certidumbre respecto al cumplimiento de las obligaciones a su favor, porque en este sistema normativo encuentran sustento jurídico para entre muchas otras operaciones comerciales, las relativas a garantizar los créditos especialmente para el caso de incumplimiento de las obligaciones pactadas sea un contrato o en algún títulos de crédito, pues como ya se dijo encontrará en estas normas la forma de obligar a su deudor al cumplimiento de la obligación pactada.

De manera cotidiana observamos que se celebran actos de comercio, que se encuentran estrechamente vinculados con el pasado, ya que generan relaciones de la misma naturaleza y estas operaciones se apoyan en las mismas instituciones jurídicas de siempre, es decir, no son originales son instituciones

que se vienen dando desde épocas antiguas, pero con el paso del tiempo se han adaptado a las necesidades de la modernidad.

Ahora bien un dato importante que hay que tomar en consideración es que, el origen del comercio y del derecho comercial no coinciden, lo cual no quiere decir que el comercio antes de la creación del derecho mercantil, no haya sido reglamentado; si bien es cierto que no existía un cuerpo de leyes mercantiles, también es cierto que una actividad tan trascendental no pudo ser ignorada en el mundo jurídico, sino que por el contrario se establecieron infinidad de normas y costumbres que regulaban habitualmente los actos de comercio, siempre con la finalidad de que los comerciantes tuvieran la certeza jurídica necesaria al momento de realizar cualquier actividad comercial, de que el incumplimiento de las obligaciones contraídas estarían sancionadas por estos principios mercantiles, por lo que de esta manera se aseguraban de que la operación que estaban celebrando se resolvería con la mayor rapidez; ello por la importancia que tiene desde entonces para los mercaderes el recuperar sus activos de cualquier naturaleza y en su caso el lucro o interés pactado.

Es por ello que se hace referencia a diversos acontecimientos que marcaron la importancia y alcances, que desde aquel tiempo ya representaba la actividad comercial o de los mercaderes, toda vez que las leyes y procedimientos eran especiales y diversas de las leyes civiles de ese entonces; por que las

normas mercantiles tutelaban de manera efectiva, los intereses de los comerciantes, garantizándoles la rapidez y seguridad en sus operaciones.

Esta profesión fue innegablemente privilegiada por el derecho, siendo sus normas flexibles atendiendo a que el comercio era considerado como una actividad versátil, por lo que había que establecer nuevas instituciones jurídicas, que juzgaran los conflictos que se suscitaban como consecuencia de dicha evolución. Atendiendo a diversas épocas de la Historia, tenemos que:

1.1. ANTES DE CRISTO

En Babilonia, de acuerdo a Vásquez Del mercado (1998), el Rey Hammurabi dictó normas especiales relativas a préstamos agrícolas y comerciales, de tal manera que en el Código de Hammurabi se establecen artículos exclusivos para las instituciones de Derecho Mercantil. Por lo que al consagrarse diversos artículos específicos para este tipo de instituciones, es notable la importancia que desde entonces representaban las mismas.

La importancia que diversos autores señalan al mencionar algunas de las antiguas civilizaciones entre ellas la egipcia, babilónica, fenicia, griega y otras más, se refiere a que evidentemente en cada una de ellas se fueron trazando las instituciones mercantiles que ahora conocemos en la actualidad, aunque claro

está, que la mayoría han tenido que ser adaptadas a las necesidades de la modernidad, pues de lo contrario resultarían obsoletas y por ende, inaplicables.

En este apartado no se pretende entrar al estudio de cada una de las civilizaciones que se mencionaron, ya que no es el objetivo de la presente, únicamente se trata de resaltar, que en ellas el derecho mercantil comienza a germinarse, ello con la finalidad de conocer como fue el derecho mercantil en sus inicios.

1.2. EN EL DERECHO ROMANO

Según Pina Vara (1992), el imperio romano es sin duda alguna de las civilizaciones mas importantes, por los antecedentes que se conocen sobre su derecho; aunque Roma no conoció al Derecho Mercantil como rama diferente o aislada del derecho privado (*ius civile*), ello como consecuencia de que en esos tiempos la actividad del pretor era tan amplia que le era posible adaptar el *Ius Civile* a las necesidades del tráfico comercial.

En la antigua Roma jamás se hablo ni conoció un derecho mercantil, toda vez que el derecho romano era tan flexible, que los *pretores*, los cuales se encargaban de llevar la jurisdicción de los pleitos entre los ciudadanos de romanos, *adaptaban las leyes del derecho civil a cualquier situación mercantil, y*

que si bien es cierto que no existió una normatividad especial para dicha actividad lo es que desde entonces se reconocía que la misma tenía matices tan especiales que era necesario adaptar las leyes civiles existentes a las exigentes necesidades de la misma.

Vásquez del Mercado (1998) afirma que el *ius gentium*, eran un derecho apartado de los formalismos del derecho civil, y que por medio de éste se regulaban las relaciones comerciales y económicas entre los pueblos mediterráneos; pero que resultaría exagerado considerar que las reglas concernientes al comercio, que éste contenía hayan constituido realmente un derecho unificado y homogéneo, que lo cierto es que los Romanos no hicieron distinción entre el Derecho Civil y el Derecho Mercantil.

Entonces tenemos que ambos autores finalmente coinciden en resaltar que los romanos no tuvieron un derecho mercantil distinto del derecho civil, ya que el *Ius Gentium* no constituyo en realidad un verdadero cuerpo de leyes, simplemente fueron reglas comunes, que eran aplicadas en las relaciones comerciales con otros pueblos.

Para los romanos asegurar el cumplimiento de las obligaciones mercantiles fue sumamente primordial, por lo que a pesar de que no tuvieron un derecho mercantil especial, crearon instituciones específicas, bien reglamentadas, que reflejan la preocupación que tuvieron, por satisfacer las necesidades de la

actividad comercial en tal época; algunas de estas instituciones son; la *Actio institoria*; por medio de la cual era posible exigir el cumplimiento de la obligación contraída por el administrador de un negocio, al propio dueño; o bien la *Actio exercitoria*; a través de la cual se podía exigir al dueño de un buque el cumplimiento de las obligaciones contraídas por el capitán.

1.3. EN LA EDAD MEDIA

Asegura Vásquez del Mercado (1998), posterior a la caída del imperio romano y con ello la casi desaparición de la actividad comercial, por las perturbaciones de los bárbaros, viene el renacimiento del comercio en algunas ciudades europeas primordialmente en las italianas.

A pesar de que la actividad mercantil estuvo a punto de desaparecer, al verse limitada por la inseguridad social de ese entonces; al resurgir es con una gran fuerza e importancia tanto política como jurídicamente, lo cual se debió a que comenzaron a formarse agrupaciones de comerciantes con el objeto principal de la defensa y protección de sus intereses principalmente. "El nacimiento del derecho mercantil -escribe Uria- está ligado íntimamente a la actividad de los gremios o corporaciones de mercaderes que se organizan en las ciudades comerciales medievales para la mejor defensa de los intereses comunes de la clase. Las corporaciones perfectamente organizadas, no sólo estaban regidas por

sus estatutos escritos, ya que en su mayor parte recogía prácticas mercantiles, sino que además *instituyeron tribunales de mercaderes* (Jurisdicción Consular), que resolvían las cuestiones surgidas entre los asociados, administrando justicia según usos y costumbres del comercio" (De Pina, 1992: 8).

Afirmando que como consecuencia inmediata de tal florecimiento, se le da a la actividad comercial una reglamentación exclusiva, pues al surgir los gremios de comerciantes; establecieron sus propios tribunales dotados de competencia para conocer y resolver los conflictos que se originaran con motivo del ejercicio de la actividad comercial, los cuales *no se apegaban a las formalidades solemnes del procedimiento*, ni a las normas del derecho común; sino que resolvían aplicando los usos y costumbres de los comerciantes, siendo esta la forma en que surge un derecho consuetudinario, por lo que dada la utilidad de las normas consuetudinarias y la efectividad de las resoluciones de los cónsules que las aplicaban, estas fueron recopiladas, formando con ellas un cuerpo de leyes mercantiles.

En ésta época se da un fenómeno importante que muestra un panorama claro y preciso acerca de la importancia que se les dio a las operaciones de comercio, el cual se conoció con el nombre de "*Ferías*"; en las cuales se originaron grandiosos centros de comercio, que se encontraban reglamentados por *Un Derecho Especial*, que distingue por ser considerado como la base del derecho comercial contemporáneo; toda vez que se caracterizó por la rapidez en

sus operaciones y por robustecer al crédito; pues en caso de que el deudor resultará insolvente era sancionado severamente o en su caso, los bienes del deudor eran aplicados al crédito insoluto. Dada su utilidad, este fenómeno se fue haciendo extensivo a todas las operaciones comerciales así como a los contratos comerciales.

1.4. EN LA EDAD MODERNA ESPAÑA E HISPANOAMÉRICA

En España al fortalecerse el poder real, "Las agrupaciones profesionales de comerciantes, las llamadas Universidades de mercaderes, hubieron de obtener la sanción regia para que sus ordenanzas siguieran siendo válidas las decisiones de sus tribunales..." (Mantilla, 1992: 11), afirmando que, al confirmarse el valor jurídico que hasta entonces habían tenido las agrupaciones profesionales de comerciantes, por el año de 1494 se les conceden facultades jurisdiccionales.

Vásquez del Mercado (1998) afirma que en Nueva España como era de esperarse se da un fenómeno similar, pues "El consulado de México tenía funciones legislativas, judiciales, administrativas, financieras y militares.", las funciones del Consulado de México, Universidad de Mercaderes en Nueva España, fueron sin lugar a duda amplias e importantes, toda vez que tuvieron a su cargo la actividad mercantil en cualquier aspecto, ya que tenían competencia para resolver los conflictos comerciales, para la protección de la actividad

comercial, para la recaudación de impuestos, elaboración de leyes, así como también la conformación de un cuerpo militar de mercaderes.

1.5. MÉXICO INDEPENDIENTE

Roberto L. Mantilla (1992) refiere que, en un principio los consulados siguieron vigentes, pero finalmente se da un giro total a la forma en que se había venido reglamentando el comercio, pues *se eliminan los consulados*, "Por decreto del 16 de octubre de 1824, se suprimieron los Consulados y se dispuso que los juicios mercantiles se fallaran por el juez común, asistido de dos colegas comerciantes" razón por la cual deja de ser tan especial la materia mercantil y por ende los Juicios Mercantiles.

Que por decreto del 15 de noviembre de 1841, fueron creados los Tribunales Especiales en materia mercantil, los cuales al parecer fueron derogados del *Código de Lares*, por la ley del 22 de noviembre de 1855. Señala que el Derecho Mercantil Mexicano en un principio fue un derecho local, toda vez que, los Gobiernos de los Estados se encontraban facultados para legislar en materia comercial y que ya en el año de 1833, por medio de la reforma constitucional, del 14 de diciembre, se le delegan al congreso Federal facultades soberanas para legislar el comercio.

1.6. NUESTRO CÓDIGO ACTUAL

En el año de 1889 se promulga un nuevo Código de comercio, el cual comienza a tener vigencia a partir del 1º de enero de 1890 y hasta la fecha, se encuentra inspirado en los códigos Español de 1885 y en el Italiano de 1882 y a pesar de que ha sido objeto de diversas derogaciones, por la creación de leyes específicas a casos en concreto; por ejemplo la Ley de Títulos y Operaciones de Crédito, no se ha logrado abrogar en su totalidad.

Como ya quedo señalado con anterioridad, el Derecho del Comercio, se encuentra dentro del ámbito federal, por lo que serán competentes para conocer de las controversias mercantiles los Tribunales Federales o los Tribunales locales, según lo decida el particular, pero para que esto último proceda será necesario, que solamente se afecten derechos de particulares.

En el presente capítulo, no se abunda en señalar propiamente la evolución histórica del Derecho mercantil en todas y cada una de las etapas, sino que se trata de identificar cuales son los aspectos más importantes en relación al Derecho Comercial a lo largo de la historia.

Se observa que el derecho que nos ocupa ha sufrido severas transformaciones, con el supuesto objeto de adecuarlo a las necesidades de la

actualidad, por lo que como resultado tenemos ahora un derecho contaminado de los formalismos y solemnidades del derecho civil, incluso algunos autores han señalado que éste es un derecho excepcional frente al civil, siendo por tanto una apreciación un tanto equivocada, debido a que éste se conforma por una serie de instituciones que no se contemplan en el civil; y lo innegable es que se trata de *un derecho especial*, que desde épocas anteriores, fue regulado de manera especial, toda vez que se trataba satisfacer las necesidades de los comerciantes como son la seguridad y rapidez en sus operaciones comerciales.

Al referirse a derecho comercial, se alude a una rama del derecho privado, evidentemente distinta al derecho civil, que además tiene carácter federal, siendo facultad del Congreso dictar leyes para toda la Republica en materia de comercio, pues el derecho mercantil adquiere en México el carácter federal a partir de que fue reformada la fracción X del Art. 72 de la Constitución Política de 1857. Como consecuencia la materia de estudio y reflexión será propiamente federal, porque los estados no están facultados para emitir leyes en materia mercantil.

Se concluye el presente señalando que las normas reguladoras de la materia mercantil, desde tiempos antiguos han sido especiales, las cuales han sido acordes a las necesidades de los comerciantes.

CAPÍTULO 2

LOS ACTOS DE COMERCIO Y LOS CONTRATOS MERCANTILES

Dentro del presente capítulo se hará referencia a los actos de comercio, como determinantes de la mercantilidad y además a los contratos mercantiles, tratando de establecer sus reglas particulares o principios rectores, señalando en forma clara y sencilla los elementos que los conforman.

2.1. LOS ACTOS DE COMERCIO

El acto de comercio se refiere a la actividad comercial, misma que se encuentra clasificada dentro de la materia mercantil, al igual que los sujetos del comercio y las cosas comerciales, pero cabe señalar que no solamente dentro de dicha materia encontramos actos de comercio, ya que es bien sabido que de igual manera comprende a los sujetos, entendiéndose por estos los comerciantes o empresarios; además de las cosas calificadas como comerciales.

"Por mas de siglo y medio, los comercialistas se han esforzado, inútilmente, por encontrar un concepto unitario del acto de comercio; un concepto que comprendiera la totalidad de los actos calificados de mercantiles y expresara su naturaleza esencial." (Cervantes, 1984: 516).

Los tratadistas de distintas épocas han tratado de encontrar un concepto uniforme de acto de comercio, pero se han encontrado con el obstáculo de que existen infinidad de actos de comercio y que cada uno posee características distintas, objetos diversos y que no solamente los comerciantes los pueden llevar a cabo, es por ello que no es sencillo elaborar tal concepto que unifique a los diversos y muy variados actos.

Los fines que cada acto de comercio persigue son distintos; por tanto la mercantilidad no se encuentra en la onerosidad, ni en la circulación de las mercancías o si tiene carácter especulativo, por tanto los actos reputados comerciales, no siempre tendrán iguales características o elementos y su mercantilidad única y exclusivamente dependerá de la disposición legal que de ellos se haga, es decir, son actos de comercio o estrictamente mercantiles los que por disposición legal así se han considerado.

Aunque no solamente tratadistas como el Maestro Pallares buscaron el elemento distintivo de los actos de comercio, existen otros como Alfredo Rocco, quien consideró que esa característica se encontraba en la intermediación en el cambio, lo cual evidentemente no caracteriza a la totalidad de las múltiples actividades mercantiles.

"El acto de comercio ha servido para delimitar la materia mercantil y al mismo tiempo, se considera como fuente de las obligaciones, cuya naturaleza no

puede ser más que mercantil, porque mercantil es el acto del que dimanar estas obligaciones y el acto no es sino un contrato mercantil." (Vásquez, 1998: 149).

Se puede decir que existen *actos que son esencialmente civiles* y que nunca y bajo ninguna circunstancia podrán ser regulados por el derecho mercantil; algunos otros *actos serán de mercantilidad condicionada*, debido a que no son esencialmente civiles ni mercantiles, pues su mercantilidad dependerá de las circunstancias en que se lleven a cabo, por lo que tal carácter podrá emanar de alguno de los elementos que integran tal acto, como su objeto, el sujeto que lo realice o bien del fin que persigan; además *actos absolutamente mercantiles*, los cuales siempre serán reglamentados por el derecho mercantil, pues se encuentran previstos y regulados por el derecho mercantil.

2.2. NOCIONES PRELIMINARES DEL CONTRATO MERCANTIL

Antes de entrar el estudio de los contratos mercantiles, se hace necesario comenzar hablando del derecho, mismo que puede ser de dos tipos *real*, referente a aquel que tiene el titular frente a los terceros respecto de una cosa, quedando obligados los terceros a no estorbar al propio titular; por otro lado encontramos el *derecho personal* que es el que nos interesa; se refiere a aquellos casos en los que existen dos sujetos, figurando uno como sujeto activo y otro como sujeto pasivo, es decir, es el vínculo jurídico que constriñe a un sujeto

deudor a cumplir cierta prestación a favor de otro conocido como acreedor, pero el derecho de las obligaciones se refiere tanto al ámbito civil como al mercantil, observándose como consecuencia de la supletoriedad que tiene la ley civil en el derecho mercantil, que diversos contratos que son puramente de carácter mercantil se encuentran regulados por las leyes civiles.

La Obligación Mercantil; se entiende como el vínculo jurídico que impone al deudor la necesidad de otorgar la prestación mercantil pactada, la cual podrá ser activa o pasiva, en favor del acreedor. En este apartado de los contratos mercantiles nos referimos a las obligaciones mercantiles, porque los contratos mercantiles son la fuente más importante de estas.

Es importante señalar que en algunas ocasiones se celebran contratos mercantiles, los cuales no se reconocen como tales, pues el acto no se encuentra calificado como tal dentro del ordenamiento Mercantil, "Hay ciertos contratos tradicionalmente regulados sólo por la legislación civil, y quizás por esta razón son considerados siempre como civiles, no obstante que, por alguno o varios de los elementos que concurren, son verdaderamente mercantiles... así el arrendamiento de un inmueble, cuando el arrendador y el arrendatario sean empresarios mercantiles..." (Díaz, 1998: 5).

En conclusión la mercantilidad de los contratos se puede encontrar en la disposición que la propia legislación mercantil haga del mismo, siendo contratos

propriadamente mercantiles, y además también tomando en cuenta los elementos que lo conforman, es decir serán mercantiles, si una de las partes contratantes es comerciante, cuando el fin del contrato sea la obtención de un lucro o por el objeto, conformando los mismos contratos necesariamente mercantiles.

2.3. CONCEPTO DE CONTRATO MERCANTIL

Los contratos mercantiles constituyen la fuente más importante de las obligaciones mercantiles, por lo que ahora corresponde conceptualizar lo que son los contratos mercantiles.

Atendiendo a la legislación mercantil, vemos que en el apartado especial que habla de los contratos mercantiles, no se especifica una definición ni concepto de contrato mercantil, por lo que solamente se reputaran como tales los que se encuentran plasmados en él Código de Comercio vigente. Es decir, en la propia ley es donde encontraremos la mercantilidad que distingue a los actos de comercio y por ende la de los contratos mercantiles.

Para poder especificar un posible concepto de lo que es un contrato mercantil, cabe mencionar su dificultad, por lo tanto lo que se señale acerca de tal concepto será cuestión de apreciación y criterio propio de quien lo establezca, pues mucho se ha comentado sobre dicho tema y como es natural los diversos

autores no son uniformes en su conceptualización, toda vez que, atendiendo al simple concepto de contrato se dice que es al acuerdo de dos o mas voluntades para crear o transferir derechos u obligaciones, mismo que resulta la especie del genero convenio que se refiere a la creación, modificación, transferencia y extinción de obligaciones; pero el problema se halla en que el código de comercio se refiere a ellos indistintamente, sin hacer referencia a lo que debe entenderse por cada uno de ellos, incluso la Legislación Civil Federal en su numeral 1792 señala que los contratos; son convenios para crear, modificar, transmitir o extinguir obligaciones, lo que no enmarca el concepto puro de contrato.

Es por eso que algunos autores prefieren quedarse con el simple concepto que se da en materia civil, argumentando que entre el derecho de los contratos mercantiles y la legislación civil sobre los contratos, no existe ninguna diferencia, *"el derecho de los contratos de comercio debe considerarse como complementaria de la parte correspondiente del derecho civil..."*. (Cervantes, 1984: 523), pero si bien es cierto que ambas materias se encuentran relacionadas, también lo es que, no se puede afirmar que son totalmente iguales o que uno es complementario del otro, efectivamente contienen características muy similares, pero hay que recordar que no son iguales, además de que no es posible que esta parte del derecho sea complementaria del derecho civil, dado que la materia mercantil tiene características propias, entre las que destaca la flexibilidad de sus normas, por lo que resulta absurdo que una materia sea complementaria de la otra, si en esencia no son iguales, no se puede negar que en múltiples ocasiones sus conceptos

básicos pueden ser usados indistintamente, lo cual no significa que las situaciones que ambas materias regulan deban ser iguales.

Ahora bien, es preciso determinar un concepto de *CONTRATO MERCANTIL*, ya que es uno de los elementales en el presente, el cual se especifica procurando la mayor objetividad y adecuación posible a la materia mercantil; atendiendo a una de las características distintivas de esta área, que trata de adecuar las normas y conceptos al derecho mercantil, lo que en ocasiones resulta especial.

"Definido en los Arts. 1792 y 1793 del Código Civil Federal, no cabe duda sobre que el contrato es la fuente por excelencia de las obligaciones mercantiles." (Díaz, 1998: 8).

En concreto, contrato mercantil es el acuerdo de dos o mas voluntades que tiene por objeto la creación, modificación, transferencia o extinción de derechos u obligaciones de naturaleza mercantil; en donde una de las partes será llamado acreedor, quien será el titular del derecho o de la obligación a su favor, y mientras que la otra será llamado deudor; el cual se encontrará obligado a otorgar determinada prestación mercantil a favor del primero, en la forma, tiempo y términos que ambas partes hayan convenido al momento de contraer dicha obligación mercantil.

La obligación será mercantil siempre que se este en presencia de un acto de los llamados actos de comercio, a que se refiere el Código de Comercio, o bien cuando se derive de un acto de los de mercantilidad condicionada a los que se hizo referencia anteriormente.

2.4. REGLAS PARTICULARES

En apartados anteriores se ha referido a la importancia que tiene el derecho mercantil, al regular una actividad tan especial, por lo que se hace necesario que las reglas aplicables a tal actividad sean esencialmente especiales, de tal manera que las normas aplicables a los contratos mercantiles, son y deben ser especiales, por las tan mencionadas exigencias de la materia, el derecho mercantil viene a constituir un derecho exclusivo, cambiando lo inflexible de las normas del derecho civil.

A pesar de lo esfuerzos que se han hecho por adaptar normas especiales para el derecho mercantil, cabe mencionar que si bien existen diversas normas relativas a las obligaciones mercantiles, hasta el momento no se ha logrado establecer verdadero y completo sistema normativo mercantil, toda vez que, se aplican de manera supletoria las normas de derecho civil, ello por la incomprensión e indiferencia que en ultimas fechas han mostrado nuestros legisladores hacia esta área tan importante, pues se han obstinado en reglamentar

la actividad mercantil al igual que el área civil, haciendo caso omiso de que las normas mercantiles deben evolucionar a la par del área mercantil, no puede reglamentarse por normas que pocas veces cambian, además cabe recordar que en nuestro mundo actual "la especialidad" en diversas áreas y materias es lo mas importante, ya no basta con los conocimientos generales, sino que hay que especializarse para lograr la competitividad suficiente, por lo tanto se puede decir que lo mismo sucede con las áreas del derecho, deben tratarse y estudiarse de forma individual y especial; y no ser masacradas poco a poco, de lo contrario se caería en una normatividad mediocre e insuficiente.

Se debe reconocer que efectivamente tales normas hasta hace algunos años satisfacían las necesidades mercantiles, pero como la actividad comercial es una de las mas afectadas por la globalización esta ha tenido que evolucionar, para estar a la vanguardia de otros sistemas, consecuencia de ello han surgido nuevas conductas que tienen y deben ser reglamentadas por el derecho mercantil.

El derecho mercantil cuenta con sus propios principios aplicables a los contratos y obligaciones, excluyendo en lo necesario las normas de derecho civil, debido a que no se puede prescindir totalmente de dicha materia, toda vez que es la ley supletoria en las situaciones que no se encuentran previstas en el derecho mercantil, aunque no por ello se deben confundir, ya que cada una reglamenta de forma especial distintas áreas del derecho.

2.5. PRINCIPIOS GENERALES

De acuerdo a Vásquez del mercado (1998) la actividad comercial, cuenta con principios generales que le son propios, los que reglamentaran de una forma singular diversas situaciones, entre ellos se pueden señalar los siguientes:

LA SOLIDARIDAD DE LAS OBLIGACIONES; se refiere a que en el derecho mercantil *se presume la solidaridad*, siempre que la obligación sea mercantil para los codeudores, salvo que se acuerde otra cosa, es decir que el acreedor podrá cobrar a cualquiera de los codeudores la totalidad del crédito a su favor, a diferencia del derecho mercantil en que solamente se podrá cobrar a cada codeudor su parte respectiva, sin importar que el acreedor no pueda obtener el total de su crédito. Dicha solidaridad aun no se encuentra expresamente en el Código de Comercio, pero a pesar de ello está siempre se presumirá.

LA ONEROSIDAD; para que un contrato sea calificado como jurídico mercantil siempre será necesario que exista un lucro para las partes, por ser la finalidad substancial de la actividad comercial "la onerosidad".

La **MONEDA DE PAGO;** es otro de los principios que rigen al derecho mercantil, al respecto encontramos el artículo 635 del Código de Comercio (2003) que señala que: "La base de la moneda mercantil es el peso mexicano, y sobre

esta base se harán todas las operaciones de comercio y los cambio sobre el extranjero" y señala que nadie puede ser obligado a recibir moneda extranjera.

TERMINOS Y MORA; en el derecho mercantil el termino es sumamente importante, puesto que las partes confían en la utilidad y rapidez en cuanto al cumplimiento de las obligaciones, caso por el que, los términos de gracia en esta área no son posibles, al ser totalmente incompatibles con la exigencia de rapidez y seguridad de las relaciones mercantiles.

El artículo 83 del Código de Comercio, prevé el término para las obligaciones que no tuvieran término establecido. En cuanto a la mora esta se da por el incumplimiento o retardo de la prestación debida; por lo que la parte que haya incumplido se encontrará obligada a cubrir los daños y perjuicios causados. En el derecho mercantil no se requiere que la exigencia a que se refiere la materia mercantil, por lo que el pago de intereses comenzará a contar a partir del día siguiente de prescripción del plazo. Al respecto hace referencia el artículo 85 del Código de Comercio.

DURACIÓN Y ACEPTACIÓN DE LA PROPUESTA; por lo que se refiere a la propuêsta podemos decir que la hace el proponente, pero para que pueda tener plena eficacia deberá satisfacer los mismos requisito de forma y contenido que el propio contrato, esta siempre se encontrará supeditada al termino que se haya establecido para su duración y además a la misma aceptación; toda vez para que

un contrato de este tipo se perfecciona se requiere de una propuesta y una aceptación posterior a la misma, de persona determinada hacia el mismo oferente.

Como consecuencia de lo anterior se da el *PERFECCIONAMIENTO*; es decir cuando se hace una oferta y está es aceptada por alguien dentro del plazo establecido para su duración, el contrato queda perfeccionado; para ello son importantes los plazos, pues estos varían dependiendo si se realiza entre ausentes, entre presentes o si es por correspondencia.

Por lo que se refiere a la *FORMA*; atendiendo al artículo 79 del Código de Comercio la forma de contratar es libre, existiendo una excepción el artículo subsiguiente, pues existen determinadas contrataciones que por los intereses que se involucran deben apegarse a determinada forma, para mayor seguridad de los contratantes que en ellos intervienen.

CLÁUSULA PENAL; este principio se describe como la facultad que tiene las partes para en caso de incumplimiento, la parte insatisfecha pueda exigir ya sea el cumplimiento de la obligación o la prestación que como pena hayan convenido para el caso de incumplimiento. Cabe recordar que en épocas anteriores el incumplimiento de obligaciones mercantiles era razón suficiente para ser castigado severamente, pudiendo incluso, disponer de sus bienes para hacer efectivo el crédito insoluto.

El *LUGAR DE PAGO*; también se considera para el caso, uno de los más substanciales, nuestro Código de Comercio en su numeral 86 refiere: "Las obligaciones mercantiles habrán de cumplimentarse en el lugar determinado en el contrato o, en caso contrario, en aquel que según la naturaleza del negocio o la intención de las partes deba considerarse adecuado al efecto por consentimiento de aquellas o arbitrio judicial". También podemos referirnos a lo que establece el artículo 1104 de la misma ley, que señala: "será preferidos a otro cualquier Juez: I. El del lugar que el deudor haya designado para ser requerido judicialmente. II. El del lugar designado en el contrato para el cumplimiento de la obligación".

Por lo que puede observar que la voluntad de las partes al contratar es la que prevalece, lo cual no puede ser de forma distinta, pues sino fuera así las partes tendrían sus intereses o capitales en incertidumbre, y de lo que se trata es de que en caso de incumplimiento, las partes a la mayor brevedad posible y sin tramitaciones engorrosas hagan efectivos sus créditos, para que su capital no se encuentre improductivo, lo cual se justifica, porque si los comerciantes viven del rendimiento de sus operaciones, al no ser ágiles, se le estará entonces ocasionando un grave perjuicio, lo cual no requiere mayor explicación al considerarse demasiado evidente.

En cuanto a la *ESPECIE Y CALIDAD*; se puede decir que las partes siempre tendrán la seguridad de que por lo menos se les deberá entregar una mercancía de calidad media, en el caso en que no se haya detallado con exactitud

sobre su calidad al momento de contratar, esto lo señala el artículo 87 del Código de Comercio; es por eso que si las partes quieren que se les entregue una mercancía con características específicas, deben señalarlo en el contrato, entonces estipularan con exactitud las cantidades, condiciones y características específicas de lo que están contratando, porque de lo contrario se expondrán a que se les entregue algo distinto a lo que ellos creyeron estar conviniendo.

La *PRESCRIPCIÓN*; en derecho mercantil al igual que en otras ramas del derecho debido a su importancia los términos son fatales, comienzan a contar a partir de que el acreedor pudo hacer valer su acción en juicio, podrá ser interrumpida la prescripción por la demanda o por cualquier reclamación judicial hecha al deudor.

La Ley de la materia establece que las acciones prescribirán en un año en los casos a que se refiere el numeral 1043, en cinco de acuerdo al 1045 y en diez años en el caso a que se refiere el 1046 y en cualquier otro caso que la ley de la materia no establezca un plazo mas corto para su prescripción de acuerdo al 1047. Dada su importancia la prescripción también correrá en contra de los menores e incapaces, de acuerdo al numeral 1048 del Código de Comercio.

Finalmente se puede referir que los principios anteriores, tienen algunas similitudes con los del derecho civil y en algunos otros casos es innegable que son

totalmente distintos, pero ello se debe a la flexibilidad que deben tener las normas mercantiles, para responder a las necesidades propias de la materia.

2.6. DISPOSICIONES LEGALES

En cuanto a las disposiciones legales que existen sobre los contratos mercantiles, no es necesario ahondar demasiado en su estudio pues por su sencillez no requieren mayor comentario, pero cabe referir que las podemos encontrar dentro del título primero, en el capítulo II, de los contratos mercantiles en general, de los artículos 77 al 88 del Código de Comercio, en donde se establecen las normas generales a las que se sujetaran los contratos mercantiles, salvo que existan normas específicas aplicable al caso en concreto. Se observa que el capítulo señalado se habla de contratos y convenios indistintamente, al parecer no existe un marco que delimite tanto a una acepción como a la otra.

Sin referirnos a cada artículo en particular podemos destacar lo elemental, pues en dicho capítulo se establecen normas generales como; las convenciones ilícitas no causarán efectos; la validez del acto de comercio no depende de la formalidad que se le de al mismo, aunque existen casos en que por los intereses involucrados es necesario dar cumplimiento a ciertas formalidades para que surtan efectos; en cuanto a la capacidad y causas que rescinden a los contratos serán aplicables las disposiciones civiles; también trata ciertas formas de perfeccionar

los contratos; en cuanto a los términos se establece algo importante y es que no existirán plazos de gracia ni de cortesía; señala a partir de que momento comienzan a correr los efectos de la morosidad; especifica lo referente al lugar de cumplimiento, *dando preferencia al lugar en que las partes hayan convenido*; la especie y calidad de las mercancías y además la cláusula penal.

Se considera innecesario hacer una transcripción de todos y cada uno de los artículos que contiene el capítulo en cita, pues en el apartado anterior se hizo referencia a la mayoría de ellos, por lo que resultaría bastante repetitivo.

2.7. ELEMENTOS DEL CONTRATO

Los contratos deben satisfacer diversos elementos para que puedan nacer al mundo jurídico, porque de lo contrario serán considerados como inexistentes o nulos, entonces, deberán reunir los elementos de existencia, los elementos de validez y los de eficacia.

2.7.1. ELEMENTOS DE EXISTENCIA

Entre estos podemos señalar que se encuentran el objeto y el consentimiento de las partes; entendiéndose por el primero como la obligación a

que se encuentra sujeto el deudor, mientras que la segunda acepción se refiere al acuerdo de la voluntad de las partes que se exterioriza; por lo que respecta a éste último caber señalar que por razón de su importancia dentro de presente será retomado en un capítulo especial, por lo que en este apartado solamente cabe hacer mención a lo que se refiere el mismo. "Los elementos de existencia del contrato: son el consentimiento y el objeto que pueda ser materia de él." (Chirino, 1996: 8).

2.7.2. ELEMENTOS DE VALIDEZ

Por estos podemos entender que son los presupuestos necesarios que requiere todo contrato para ser reconocido validamente dentro del mundo jurídico, esto es, que si carece de alguno de los supuestos se encontrará afectado de nulidad. "El código Civil vigente enuncia en el artículo 1795, los casos en que puede ser invalidado el contrato: I) Incapacidad legal de las partes o una de ellas; II) Por vicios del consentimiento; III) Porque su objeto o su motivo o fin, sea ilícito; IV) Porque el consentimiento no se haya manifestado en la forma que la ley establece." (Chirino, 1996: 10), por tanto los elementos a que se hace alusión son los siguientes:

I.- Capacidad de las Partes: Siendo esta la aptitud que le es atribuible a determinadas personas, las cuales en virtud de la misma podrán, adquirir

derechos y obligaciones, o bien "La aptitud para adquirir derechos y obligaciones y ejercitarlos." (Chirino, 1996: 10); dentro de está se pueden distinguir dos tipos que son la de goce y la de ejercicio.

Entendiéndose por la primera como aquella de la cual goza toda persona desde el momento en que es concebido hasta el de su muerte; mientras que la segunda de ellas es aquella que tiene toda persona que no se encuentre expresamente exceptuada por la ley, es decir, en la propia ley se establecerán las personas que se encuentran exceptuadas de la libertad de ejercicio; al respecto nuestro Código Civil Federal (2002) en el artículo 1798 señala: "Son hábiles para contratar todas las personas no exceptuadas por la ley."

La capacidad de ejercicio entonces es aquella que tiene una persona para contratar por sí, sin que haya necesidad de que otros lo asistan, es decir es la aptitud que la propia ley le reconoce por reunir ciertas condiciones; sin que con ello nos estemos refiriendo a la legitimación en sí misma ya que esta se refiere a circunstancias especiales exigidas por la ley para poder realizar determinados acto, por lo tanto, la capacidad será plena mientras la propia ley así lo reconozca, aunque puede darse el caso de que una misma persona tenga plena capacidad de ejercicio, mientras que carezca de legitimación para llevar a cabo determinada actividad, pues como ya se dijo son dos situaciones totalmente distintas en cuanto al fondo, aunque en apariencia son semejantes y suelen llegar a confundirse.

Tenemos entonces que son incapaces por disposición de la ley los menores de edad y los mayores de edad con perturbaciones en la inteligencia que no les permita gobernarse y obligarse por sí mismos. Cabe mencionar que no todos los menores de edad se encuentran impedidos para contratar debido a que la propia ley establece formas para que puedan contratar por sí mismos, previo cumplimiento de ciertas formalidades, tal es el caso de los menores que se encuentran emancipados. También se da el caso de que personas plenamente capaces, se vean incapacitados, hasta que no obtengan la autorización correspondiente para poder celebrar determinada contratación, tal es el caso de los extranjeros que requieren de la autorización de la SRE, para poder adquirir bienes inmuebles.

II.- Ausencia de vicios del Consentimiento: Las partes al manifestar su consentimiento para contratar deben hacerlo sin que nada ni nadie los esté presionando para contratar, es decir deben hacerlo porque quieren hacerlo, al caso es necesario señalar que el consentimiento de las partes se puede verse viciado "Por falta de conocimiento o por falta de libertad, esto es, por un vicio que afecte a la inteligencia (error o dolo) o por un vicio que afecta la voluntad (violencia) o por un vicio que afecte a una y a otra facultad (la lesión)." (Sánchez, 2001: 52).

Primeramente tenemos que el error se configuran en un contrato cuando alguna de las partes celebra el mismo teniendo una falsa apreciación de la

realidad, es decir que alguno de los contratantes contrate teniendo en mente cierto objetivo, cuando en realidad este no se pueda dar como él lo está imaginando.

Por lo que respecta al dolo en la contratación cabe apuntar que este vicio del consentimiento se da cuando alguna de las partes se vale de la sugestión o de algún artificio para mantener a la otra parte en el error o incitarla a caer en éste.

En cuanto a la violencia es necesario señalar que existen dos tipos de violencia la física y la moral, en la primera se emplean ya sea la fuerza física o algún instrumento material para obligar a la otra parte a contratar; mientras que en la violencia moral se coacciona la libertad de alguna de las partes intimidándolo o por medio de la amenaza.

La lesión se configura cuando; una de las partes obtiene un lucro excesivo habiéndose aprovechado de la necesidad o evidente ignorancia de la otra parte, por lo que entonces no habría igualdad y justicia entre las partes, toda vez, que una de ellas obtendría provechos desproporcionados a los que obtuvo la otra.

III.- La forma: Este supuesto se refiere a que si la ley exige determinada forma para celebrar válida y eficazmente determinado contrato, este solamente podrá provocar sus efectos si se da cumplimiento a la misma, de lo contrario aunque

las partes manifiesten su consentimiento, el contrato no se perfeccionará hasta en tanto no manifiesten su consentimiento de la forma exigida por la propia Ley.

En la materia mercantil prevalece el principio de libertad de forma en los contratos mercantiles, esto de acuerdo al artículo 78 del Código de Comercio, pero que excepcionalmente algunos contratos, atendiendo a su importancia, por los intereses que en ellos intervienen, el propio Código de Comercio establece la forma y solemnidades necesarias a que las partes deberán sujetarse para manifestar su consentimiento o de lo contrario el propio código en su artículo 79 último párrafo establece que "los contratos que no llenen las circunstancias respectivamente requeridas, no producirán obligación, ni acción en juicio."

IV.- El objeto, motivo o fin del contrato: Al respecto se puede señalar que la causa es aquella determina a las partes a celebrar el contrato, lo que es distinto de la causa de la obligación, pues esta más bien se refiere a la obligación que las partes contraen al celebrar el contrato. Mientras que el fin o motivo del contrato si nos remitimos a la legislación comercial, encontramos que en el artículo 77 establece "Las convenciones ilícitas no producen obligación ni acción, aunque recaigan sobre operaciones de comercio." Por lo cual se entiende que tanto el fin como el motivo del contrato deben ser lícitos o de lo contrario no causará efecto alguno.

2.7.3. ELEMENTO DE EFICACIA

Para que un contrato produzca efectos jurídicos no solamente se deberán satisfacer los requisitos de validez, sino uno muy importante que es el de eficacia; el cual se refiere a *la legitimación* que deben tener las partes para celebrar determinado contrato, por que de lo contrario dicha contratación no tendrá efecto alguno.

Los efectos jurídico pueden recaer sobre el patrimonio propio o sobre el ajeno, por lo cual se hace necesaria dicha legitimación para contratar, la legitimación como antes se había mencionado es la facultad que la ley exige a ciertas personas para llevar a cabo determinados contratos, es decir, toda persona podrá ser parte de un contrato y los efectos jurídicos recaerán sobre su patrimonio, por lo es evidente que si carecen de la misma no podrán ser parte del contrato; por ejemplo una persona que no es dueña de determinado inmueble, no estará legitimada para venderlo a otra, por lo que en caso de que esto suceda el contrato no producirá efectos jurídicos; en el caso de los jueces, abogados o peritos, estos no podrán comprar los bienes objeto del juicio; otro caso es cuando una persona está legitimada para contratar y que los efectos del contrato no recaigan sobre su patrimonio sino sobre el patrimonio de otra persona, tal es el caso de la venta que el representante hace de los bienes de su representado.

Por último en cuanto a la mercantilidad de los actos tenemos que serán absolutamente mercantiles y de mercantilidad condicionada, en cuanto a los contratos mercantiles, se puede resaltar que se encuentran regulados por sus propios principios, distinguiéndose por ello de los civiles.

CAPÍTULO 3

EL CONSENTIMIENTO DE LAS PARTES

3.1. CONSIDERACIONES PREELIMINARES

En relación al consentimiento, cabe mencionar que se abordó en el capítulo anterior, pero dada su importancia para el presente trabajo, se hace necesario, el dedicarle un apartado especial, haciendo una exposición exhaustiva, clara, sencilla y objetiva sobre el mismo.

Por su etimología proviene de sentire cum: sentir juntos, querer la misma cosa, entonces se puede decir que el consentimiento en materia contractual es un requisito básico del propio contrato, que supone, una pluralidad de partes, las que para que puedan contratar eficaz y validamente deberán agotar el requisito de capacidad de ejercicio, es decir siempre deberán tener la capacidad para contratar, pero se sabe que para contratar no solamente se requiere manifestar el consentimiento de forma expresa o de acuerdo a lo que la ley disponga al respecto sino que es necesario que la voluntad de ambas partes sea libre y consciente, ya que como se mencionó anteriormente el consentimiento de las partes se puede ver viciado en diferentes supuestos, tal como lo prevé el Código Civil Federal en el artículo 1795, expresando claramente que la existencia del

contrato podrá ser invalidada por vicios del consentimiento (Fracción II); de ahí que el consentimiento sea tan importante en la celebración de los contratos, pues es por medio de su manifestación que las partes acuerdan y se obligan a dar cumplimiento determinadas prestaciones. Es importante también que, para que la manifestación de este consentimiento sea válido, se cuente con la capacidad para contratar, pues de lo contrario el contrato podría verse invalidado.

Al respecto de los vicios del consentimiento como es evidente, por la falta de disposiciones en el Código de Comercio, es necesario remitimos a la legislación civil, la que señala en el numeral 1812 "El consentimiento no es válido si ha sido dado por error, arrancado con violencia o sorprendido por dolo."

Por lo que en los demás artículos respectivos se establece la consecuencia o el grado de invalidez que ocasiona en un contrato la aparición de alguno de los vicios anteriores, tales consecuencias podrán ser la rectificación en el caso de error de cálculo y la anulación en el caso de la violencia, del dolo o mala fe.

3.2. DEFINICIÓN DE CONSENTIMIENTO

Tenemos que definiciones sobre consentimiento existen un sinnúmero de éstas, ello por que cada autor expresa en su obra lo que está en su mente, es decir lo que para él es el consentimiento, pero entrando a la materia se pueden

recordar varios conceptos como: "El consentimiento es la unión o conjunción acorde de voluntades de los sujetos contratantes, en los términos de la norma, para crear o transmitir derechos y obligaciones." (Zamora, 2002: 29); "El consentimiento es el acuerdo de dos o más voluntades destinadas a producir consecuencias o fines de interés legal en la celebración de cualquier convenio o contrato." (Diccionario Jurídico Mexicano, 1994: 648); "El consentimiento es la manifestación de la voluntad, que debe ser libre, esto es, sin vicios (error, violencia, dolo, mala fe), por la que una persona da su aprobación para celebrar un contrato." (De Pina, 1992: 206), entre muchos otros más.

Ahora bien corresponde aterrizar en un concepto que sea adecuado al presente, por lo que después de haber analizado varios de estos, se considera que el consentimiento es en los contratos; *la conformidad que sobre su contenido expresan las partes, es decir en virtud de la facultad que poseen las partes para ordenar su conducta, manifiestan su voluntad, ya sea de forma expresa o tácita, trayendo consigo consecuencias jurídicas para las partes contratantes, como consecuencia del vínculo que surge entre ambas.*

En relación al consentimiento cabe recordar lo que al respecto afirma Sánchez Medal (2001), que éste puede adoptar dos sentidos, ya sea como la voluntad del deudor para obligarse y como el acuerdo de las voluntades.

1. Consentimiento como la voluntad del deudor para obligarse: En todo contrato es necesario que la parte que se va a obligar sea plenamente capaz, lo que se traduce en la voluntad real, por lo que quedan excluidos todos los incapaces; también es necesario que se cumpla el requisito de seriedad al momento de la contratación, pues si ésta se lleva con vacilaciones, bromas o simulaciones no engendrará obligación alguna; además de es necesaria la exteriorización de la misma.

2. El consentimiento como el acuerdo de la voluntad entre las partes; es necesario que al contratar exista coincidencia entre las partes respecto del objeto o cosa del contrato y sobre el tipo de contrato que están celebrando, pues podrían caer en el error sobre la cosa o sobre el negocio respectivamente. Por lo que entonces es necesario una oferta y una aceptación, entendiéndose la primera como una manifestación unilateral de la voluntad, por lo que el contrato quedará perfeccionado hasta que la otra parte le manifieste su aceptación, produciéndose entonces el acuerdo de voluntades.

Tenemos entonces que el consentimiento es la unión de voluntades de los sujetos contratantes, de acuerdo a las disposiciones legales, para crear, modificar, transmitir y extinguir derechos y obligaciones; que nace por el acuerdo de voluntades o cuando la voluntad de cada uno los contratantes coinciden en generar determinadas consecuencias jurídicas.

Cabe hacer la distinción entre el acuerdo de voluntades y la declaración unilateral de la voluntad, pues esta última es solamente una aprobación o conformidad unilateral que produce también efectos jurídicos, mientras que en el acuerdo de voluntades se da la adhesión a la voluntad de la otra parte o la concurrencia bilateral de la voluntad de las partes.

3.3. FORMAS DEL CONSENTIMIENTO

Al respecto del consentimiento es importante hacer notar que cuando los contratos requieren única y exclusivamente la manifestación del consentimiento para quedar perfeccionados, se les llama contratos consensuales, que cuando requieren de una formalidad entonces son solemnes y cuando requieren de una prestación en este caso se conocerán como reales.

3.3.1. AUSENCIA DE FORMAS LEGALES

En cuanto a los contratos consensuales es evidente que carecen de forma específica, lo cual no quiere decir que la voluntad interior de contratar baste para la existencia del contrato, por lo que además de la voluntad interna se requiere que las partes contratantes exterioricen su consentimiento de cualquier manera, en cuanto a los contratos reales y solemnes como ya se había manifestado

requieren la entrega de una cosa o la exteriorización del consentimiento con determinadas formalidades respectivamente.

3.3.2. CONSENTIMIENTO EN LA OFERTA Y EN LA DEMANDA

El acuerdo de voluntades prevé dos actos que se suceden entre sí, siendo necesario que primeramente una de las partes manifieste unilateralmente su voluntad, lo que es conocido como la oferta, posteriormente la otra persona acepta tal propuesta, concluyendo de esta forma el contrato.

A.- De forma Expresa: El consentimiento se considera expreso cuando es manifestado verbalmente, por escrito o por signos inequívocos, por lo que esta forma es clara y sin lugar a dudas.

B.- De forma Tácita: Se dice que el consentimiento será tácito cuando no se manifiesta de la forma anterior, por lo tanto este no se entiende, percibe, oye o dice formalmente, sino que simplemente se supone o deduce; por lo que en este caso se presume el consentimiento en virtud de determinados hechos o actos que lo presupongan. Por ejemplo el hecho de que el inquilino se quede en posesión de la cosa arrendada después del vencimiento del contrato, se considera como una oferta tácita de renovar el contrato.

Al respecto el Código Civil Federal en su artículo 1803 señala: "El consentimiento puede ser expreso o tácito, para ello se estará a lo siguiente:
I. Será expreso cuando se manifiesta verbalmente, por escrito por medios electrónicos, ópticos o por cualquier otra tecnología, o por signos inequívocos, y
II. El tácito resultará de hechos o de actos que lo presupongan o que autoricen a presumirlo, excepto en los casos en que por ley o por convenio la voluntad deba manifestarse expresamente".

Con lo cual no queda duda de que efectivamente el consentimiento podrá ser manifestado de forma expresa o tácita, lo que podrá ser aplicable tanto a la oferta como a la aceptación.

En cuanto a las formas de aceptación sucede con mas frecuencia que se de en forma tácita, las circunstancias que revelan la aceptación tácita son diversas, por ejemplo el silencio en un primer termino no es reconocido como una forma de aceptación, pero sin embargo en el derecho mercantil se admite que un comerciante que no protesta contra una factura, se considera que la ha aceptado.

3.3.3. CONTRATOS DE ADHESIÓN

En esta forma de contratación se distingue que una de las partes es quien establece la ley para la otra, lo cual no ocurre comúnmente pues en la mayoría de

los contratos ambas señalan las condiciones que les serán benéficas. Como contratos de adhesión se pueden nombrar los de seguros.

3.3.4. EL ESCRITO

Es importante hacer notar que en ciertos contratos las partes deciden hacer la redacción de lo convenido para que esto pueda servir en lo posterior como un medio de prueba de lo que ambos contrataron, pero con esto el contrato no tomará carácter de solemne y tampoco será la forma de manifestar el consentimiento, porque el contrato puede existir sin la redacción del escrito, salvo que las partes hayan acordado que la existencia del contrato estará subordinada a la firma del documento, por lo que mientras no se firme podrán retractarse.

3.3.5. LA CONTRATACIÓN ENTRE PRESENTES Y ENTRE AUSENTES

En relación a la primera forma no hay mayor problema pues se entiende que será entre presentes cuando las partes concurren el mismo sitio, los contratos que se celebran por teléfono deberán considerarse como contratos entre presentes, por lo que respecta a la contratación entre ausentes, esta representa un preocupante problema para el derecho mercantil, pues frecuentemente se da la contratación por correspondencia, al respecto el Código de Comercio (2003) en su

artículo 80 señala que surtirán efectos los contratos celebrados por correspondencia, telégrafo o por cualquier medio electrónico, óptico o de cualquier otra tecnología, desde la fecha de la carta que contiene la aceptación.

Al caso cabe mencionar que la oferta hecha a persona presente, sin que se determine un plazo específico, el oferente no estará obligado si la oferta no es aceptada de manera inmediata; mientras si la oferta es hecha a persona ausente quedará obligado durante tres días y además el tiempo necesario atendiendo a la ida y vuelta, en razón de las distancias y facilidades.

3.4. IMPORTANCIA DEL CONSENTIMIENTO

El consentimiento como quedo señalado es uno de los elementos esenciales del contrato, por lo que de no figurar este no existirá contrato alguno, pues, en todo contrato se requiere de la manifestación del mismo, aun y cuando en algunos tipos de contratos se requiera de algún otro elemento mas para que pueda perfeccionarse, pero independientemente de que por medio de la exteriorización del consentimiento se perfeccione o no el contrato, esté siempre será necesario en cualquier tipo de contrato.

Es la manifestación de la voluntad de las partes, que puede ser de forma expresa o tácita, con el objeto de crear, modificar, transmitir derechos y

obligaciones, pues de lo contrario solamente será una voluntad interna de las partes, la cual no tiene efectos jurídicos, porque, para que el contrato o convenio produzcan tales efectos es necesario que nazca en el derecho, lo que solamente se logra exteriorizando la voluntad de las partes.

Es por ello que representa para los contratos un elemento esencial, debido a que las partes al manifestar su consentimiento aceptando el contrato, se están obligando a otorgarse determinadas prestaciones uno en favor del otro, entonces tenemos que, si alguna de las partes no exterioriza su consentimiento positivamente respecto de la contratación, no estará obligado a otorgar las prestaciones, ya que es por medio de dicha manifestación como las partes quedan obligadas a dar cumplimiento a la obligación.

Las partes al manifestar su consentimiento quedaran obligadas en los términos en que hayan convenido, por lo que deberán otorgarse las respectivas prestaciones de tal forma que den cumplimiento a la obligación contraída, sin que puedan hacerlo de manera diversa, a menos que con posterioridad convengan lo contrario.

El contrato puede verse afectado por los vicios del consentimiento a que se refiere la ley, con lo que se corrobora el grado de importancia que los propios legisladores han otorgado al consentimiento de las partes dentro del contrato o convenio.

En conclusión el consentimiento es uno de los elementos de mayor trascendencia de los contratos, siendo necesario que quien lo manifieste cuente con la capacidad de querer y obligarse, el cual no deberá estar afectado por los vicios del consentimiento a que se hace referencia en lo anterior.

CAPÍTULO 4

EL DOMICILIO DE LAS PARTES

4.1. NOCIONES PRELIMINARES

Antes de entrar al estudio del domicilio, es necesario ubicarlo, el cual es propio de las personas físicas como de las morales, entendiéndose como persona, aquel ser humano o el ente jurídico capaz de ser titular de derechos y de adquirir obligaciones.

Tanto las personas físicas, como las morales tienen personalidad, la cual a su vez se constituye por atributos, mismos que permitirán la identificación de una persona, ya que estos atributos le serán propios, en cuanto a la primera González (1985) asegura que se conoce como la aptitud de que gozan las personas para ser titulares de derechos y obligaciones, mientras que los atributos son las circunstancias o características que rodean a la propia personalidad de las personas ya sean físicas o morales, siendo éstas semejantes excepto el estado civil, ya que de acuerdo a su naturaleza no es concebible que las personas morales tengan dicho atributo.

Refiriéndonos al mismo autor antes señalado; los atributos son consecuencia de la personalidad que se les imputa a las personas y entre ellos tenemos los siguientes: la capacidad; se ha señalado que existen dos tipos de capacidad la de goce que es atribuible a todo ser vivo y aun cuando se encuentra dentro del vientre materno, lo que se sujeta a que cuando nazca sea vivo y viable, y además la capacidad de ejercicio o legal, con la que la persona podrá ejercer sus derechos y adquirir obligaciones, el nombre; a través de éste es posible identificar más fácilmente a las personas, siendo que consiste en un conjunto de palabras empleadas para designar a una persona con la finalidad de distinguirla de las otras, el patrimonio; son todos los derechos y obligaciones de una persona susceptibles de ser valuados en dinero, el estado civil; que es propio de las personas físicas y se refiere a la relación que guardan respecto de la familia, el Estado y consigo misma y el domicilio; siendo propio tanto de las personas físicas como de las morales, que se explicará ampliamente en lo conducente.

En relación a las personas jurídicas a éstas solamente les es atribuible la capacidad de ejercicio, siempre que se encuentren constituidas conforme a las leyes, también son susceptibles de clasificarse en personas de derecho público y de derecho privado, las que a su vez se encuentran subclasificadas; lo cual no es materia de interés para el presente.

4.2. DEFINICIÓN DE DOMICILIO

En cuanto a la definición de domicilio, se puede decir que los diversos autores han empleado criterios más o menos uniformes, evidentemente que cada uno lo define con un estilo muy propio, pero finalmente llegan a una conclusión similar, como ejemplo de ello se observan los siguientes:

- I. "El domicilio de una persona física es el lugar en donde reside con el propósito de establecerse en el...", mientras que en el caso de las personas morales señala que "Es el lugar donde se encuentra establecida su administración". (Diccionario Jurídico Mexicano, 1994: 1206) ;
- II. "Es la sede jurídica de las personas, el lugar en que la ley las tiene por presentes aunque momentáneas y esporádicamente se hallen ausentes para cumplimiento de sus obligaciones o el ejercicio de sus derechos." (Baquero, 1995 -1997: 39) ;
- III. "Lugar en donde una persona se establece con el ánimo de residir" (González, 1985, c1967: 62).

Ahora bien, de los conceptos anteriores se puede concluir que el domicilio, "Es la morada determinada y permanente en la cual se establece una persona,

con el objeto de residir habitualmente en ella y de que a pesar de ausentarse por periodos cortos se le considere presente”.

La determinación de domicilio no solamente se refiere a la casa o morada en que habita una persona, ya que de la misma forma se estará determinando la población, debido a que ambas guardan una relación muy estrecha, es decir, al determinar el domicilio éste lleva implícito la población en que se encuentra ubicado el domicilio.

En cuanto a las personas morales, es importante señalar que no es posible decir que radica en una morada, precisamente por no ser corpórea, sino un sujeto jurídico, por lo que ante tal situación las personas morales “tienen su domicilio en el lugar donde se halla establecida su administración. El lugar donde se halla la sede de la sociedad.” (Galindo, 1997: 381)

4.3. EFECTOS DEL DOMICILIO

Ahora es momento de cuestionarse sobre ¿Para que sirve el domicilio? ¿Qué importancia puede tener?, el domicilio habitual como antes se mencionó, puede permitir a una persona que se le considere presente aún y cuando se ausente por periodos no prolongados, por lo que tendrá efectos jurídicos diversos,

pues en el mismo se le harán exigibles las obligaciones o incluso ejercerá sus derechos.

De acuerdo a Galindo (1997) los efectos que puede tener la determinación de un domicilio pueden clasificarse de la siguiente manera:

- A) Envío de comunicaciones; tales como notificaciones, emplazamientos o requerimientos.

- B) Fijación de competencia; se determinara al juez competente atendiendo a la jurisdicción.

- C) Cumplimiento de las obligaciones.

- D) Ejercicio de ciertos actos del estado civil; tales como celebración de matrimonio, levantamiento de actas de nacimiento, de defunción, etc.

- E) Centralización de los bienes de una persona; en casos de juicio universales, como quiebras, concurso o sucesión.

De los efectos señalados del domicilio, se deduce cual es su importancia, debido a que sin la existencia del mismo sería sumamente difícil hacer del

conocimiento de un individuo asuntos de trascendencia para el mismo, en los que se encuentra involucrado, tal es el caso del llamamiento a juicio, también en base al mismo se determinan las autoridades y órganos competentes para resolver los conflictos en los que se encuentra involucrado, y así se observan diversos casos en los que el domicilio juega un papel importante, incluso para otras personas, como por ejemplo: el caso de que ahí es en donde se hará posible el cumplimiento de las obligaciones que tenga a su cargo, en carácter de deudor, excepto que se haya convenido otra cosa.

4.4. CLASES DE DOMICILIO

Los individuos eligen y establecen libremente su domicilio, pero existen ocasiones en que este derecho se ve limitado, por lo que el domicilio será determinado de forma diversa, o en algunos casos, se hará atendiendo a las circunstancias que rodean a la persona.

Por lo anterior, se puede referir que existen diversos tipos de domicilio, y de acuerdo al Código Civil, se reconocen varios tipos, que son el domicilio real (Art. 29), domicilio legal (Art. 30) y el domicilio convencional (Art. 34).

Siendo necesario referimos a cada uno de ellos de forma específica, en base a lo que especifica el Código Civil Federal (2002) y Galindo (1997), con la

finalidad de comprenderlos y distinguirlos entre sí, por lo que se tratarán de resaltar las características sustanciales de los mismos.

4.4.1. DOMICILIO REAL

Es también conocido como el domicilio particular, aquel en el que establece su residencia habitual, además de caracterizarse porque es precisamente en él en donde la persona permanece, hace su comidas y guarda sus cosas personales; como objetos personales, a falta de éste, el lugar en donde tiene el principal asiento de sus negocios; y a falta de uno y otro, el lugar en que se encuentren.

4.4.2. DOMICILIO LEGAL

Es aquel determinado por la propia ley, para el ejercicio de sus derechos y el cumplimiento de sus obligaciones, aunque en realidad no residan en él, la ley atribuye domicilio legal en los siguientes casos;

1º - Los Servidores Públicos; el lugar al que han sido destinados a cumplir determinadas funciones por más de seis meses.

2º - El de los sentenciados a pena privativa de la libertad; será el lugar en que estén compurgando la pena por lo que respecta a obligaciones contraídas con posterioridad a la condena, mientras que para las contraídas antes de la misma seguirá siendo el que tenía al momento de obligarse.

3º - Los menores de edad no emancipados; será el de la persona a cuya patria potestad se encuentra sujeto.

4º - El del menor de edad que no se encuentra sujeto a patria potestad y el del incapacitado; será el de su tutor.

5º - El de los cónyuges, en el cual vivan de consuno, sin perjuicio de que cada uno lo fije conforme al numeral 29 de la propia Ley.

6º - El de los diplomáticos; el último que hayan tenido en el territorio del estado que representan.

7º - Los extranjeros que se encuentren desempeñando una comisión de forma temporal; será el que hubiesen tenido antes de la designación o el del estado que los haya designado, a excepción de que contraigan obligaciones locales.

8º - El de los menores e incapaces abandonados, se determinará conforme al artículo 29 Código Civil.

9º - El de los militares; en el lugar al que fueron consignados.

4.4.3. DOMICILIO CONVENCIONAL

Es aquel que algunas personas determinan solamente para dar cumplimiento a determinadas obligaciones, es decir las partes interesadas convienen un domicilio para el cumplimiento de las obligaciones que están contrayendo, el cual podrá ser independiente del real o de cualquier otro.

La Ley Civil es clara al hablar de domicilio "Las personas físicas tienen su domicilio en el lugar donde residen con el propósito de establecerse en él.", y en cuanto a personas morales refiere que:

1º - Las personas morales, en el lugar en que se encuentra establecida la negociación. En el caso de que tengan el establecimiento fuera del territorio nacional pero que ejecuten actos en él, el lugar de cumplimiento será en él que ejecuten el acto;

2º - Las compañías que tengan varios establecimientos o sucursales, en el lugar de dichos establecimientos, para el cumplimiento de las obligaciones allí contraídas por los agentes locales de la sociedad.

Sin embargo algunos autores como Guillermo Cabanellas (1998), hacen referencia a otros tipos de domicilio entre los cuales encontramos:

A) Domicilio aparente: El que se presume porque un individuo entra y sale constantemente del mismo o bien porque consta en algún documento escrito, tal como la correspondencia.

B) Domicilio constituido: El cual no se determina por que el individuo tenga ahí su residencia, sino que se define tomando en cuenta las convivencias profesionales o judiciales, lugar adecuado para notificaciones, citaciones y otros actos relacionados con la especialidad del individuo.

C) Domicilio conyugal: Es aquel en que los cónyuges viven de consuno, en el que conforman una familia separada e independiente de cualquier otra unidad familiar.

D) Domicilio comercial: Es el lugar del establecimiento mercantil o la sede principal de una sociedad o de un hombre de negocios, coincida o no con su domicilio particular.

E) Domicilio de los hijos: Será el del padre o en su caso el de la madre.

Por último se puede referir que el domicilio es un atributo de las personas físicas y de las personas morales, mismo que es clasificado atendiendo a circunstancias especiales, es de gran importancia y tiene diversos efectos, de entre los cuales destaca que en el mismo se puede llevar a cabo el emplazamiento o llamamiento a juicio.

CAPÍTULO 5

EL EMPLAZAMIENTO

5.1. CONSIDERACIONES PREELIMINARES

Antes de entrar al estudio del emplazamiento es necesario señalar, que una vez que se ha planteado un litigio ante el Juzgador, éste debe encontrar la forma de comunicarse con las partes interesadas o en su caso con otras autoridades.

Becerra (1985) afirma que los medios de comunicación procesal, son todos aquellos instrumentos de los cuales se vale el Juez para informarse con las partes interesadas dentro de un proceso, existen diversos medios que podemos distinguir de acuerdo con los sujetos de la comunicación; en primer lugar se agrupan las comunicaciones entre el funcionario y las partes o terceros, tales como la *notificación, la citación, el requerimiento, así como el emplazamiento*, y en segundo término las que se realizan de autoridad a autoridad, es decir entre jueces por medio de *exhortos, despachos y suplicatorios*.

Se entiende por *notificación* como el acto por medio del cual se le hace saber a los interesados del juicio una resolución o se le requiere para que cumpla con determinado acto procesal, las notificaciones deberán reunir siempre con las

formalidades que la ley señale o de lo contrario se podría invalidar; *las citaciones* consisten en señalar un término, que implica fecha, lugar y hora exacta, con el objeto de llevar a cabo determinado acto procesal; *el requerimiento* consiste en el acto por medio del cual se solicita a persona determinada para que ésta realice algún acto; *el emplazamiento* es el acto por medio del cual se le llama a juicio al demandado señalándole un plazo dentro del cual deberá comparecer, a efecto de que dentro se presente ante el Juez que lleva el proceso que se sigue en su contra y ejerza su derecho a contestar la demanda oponiendo sus defensas, excepciones o en su caso reconvenga.

En cuanto a los medios de comunicación entre las autoridades, cabe precisar que para el presente no tiene mayor trascendencia, por lo que únicamente se precisará que *el exhorto* es entre autoridades de la misma categoría, *el despacho* de superior a inferior y que *el suplicatorio* será del inferior al superior.

En el emplazamiento, es preciso que se cumplan las formalidades de ley, pues de lo contrario resultaría inútil todo lo actuado, aunque no solamente en el emplazamiento debe darse cumplimiento a determinadas formalidades, en cualquier acto o forma de comunicación procesal, se deben satisfacer ciertos requisitos, o en caso de no hacerlo las consecuencias serán negativas, afectando a las partes interesadas en el proceso.

5.2. EL EMPLAZAMIENTO Y SUS ELEMENTOS

El emplazamiento es un medio de comunicación procesal entre el demandado y Juez, ante el cual el demandante hizo valer su acción o derecho, es decir ante quien presentó su demanda, de tal forma que, posterior a esta el Juzgador se ve en la necesidad de hacer saber al demandado tal circunstancia, por ello cuenta con medios idóneos, especiales y concretos para informar a las partes relacionadas en algún litigio las resoluciones que sobre el mismo emita, en este caso en concreto se vale de un acto procesal conocido como emplazamiento.

De acuerdo a Becerra Bautista el emplazamiento es "El acto formal en virtud del cual se hace saber al demandado la existencia de la demanda entablada en su contra por el actor y la resolución del Juez que, al admitirla, establece un termino dentro del cual el reo debe comparecer a contestar el libelo correspondiente." (Becerra, 1985: 133).

Por otro lado en el Diccionario de Cabanellas (1998) se afirma que el emplazamiento es el acto de llamar a un individuo por ordenes del Juez, a efecto de que ésta comparezca al tribunal dentro del plazo que se le otorga, para que este en posibilidad de contestar defendiéndose u oponiéndose a la demanda.

Entonces se puede decir que, es el medio por el cual se le hace saber al demandado de la existencia de la demanda en su contra, la persona que lo demanda, el juez que está conociendo del asunto y además el plazo para que acuda ante el Juzgador, es decir, el lapso dentro del cual el demandado podrá acudir ante el juez para contestar lo que a sus intereses convenga.

De lo que señalan los autores, se observan dos elementos sobre el emplazamiento, que son:

- A) La notificación; que es el acto por medio del cual se le hace saber al demandado que tiene una demanda en su contra, la persona que lo demanda y que el Juez que la admitió.
- B) El emplazamiento en sentido estricto; que consiste en dar a conocer al demandado que cuenta con un plazo dentro del cual podrá acudir ante el Juez a contestar la demanda.

En cuanto al último de los elementos cabe señalar que no es lo mismo una citación y el emplazamiento en sentido estricto, el acto de citar consiste en señalar un termino específico (hora y fecha) para realizar un acto, y solamente ese día y hora lo podrá realizar o de lo contrario el derecho fenecerá, mientras que en el emplazamiento se concede un lapso, dentro del cual podrá realizar validamente un acto.

Una vez que el demandado fue emplazado debidamente, deberá acudir ante el Juez a dar contestación a la demanda entablada en su contra, dentro del plazo que le fue otorgado, de no ser así, el proceso seguirá su curso y se le tendrá al demandado por perdiendo el derecho de hacerlo, presumiéndose como ciertos todos lo hechos enumerados en la demanda salvo prueba en contrario.

En el Código de Comercio (2003), dentro del Libro Quinto, Título Primero, Capítulo IV de las notificaciones artículo 1069; señala que, los litigantes deben señalar el domicilio en el que se ha de notificar por primera vez a su contraparte (emplazar), y que de no hacerlo se le requiere, pero que si lo ignora, debe acatar lo dispuesto por el artículo 1070 de la ley en cita, en donde señala cuando se ignora el domicilio de la persona a quien deba notificársele, se hará por medio de edictos, publicando la determinación respectiva por tres veces consecutivas en un periódico de circulación amplia y de *cobertura nacional* y en uno de *cobertura local* del Estado o del Distrito federal en que se deba demandar al comerciante. Para que proceda lo anterior el Juzgador ordenará recabar un informe de Autoridad o Institución Pública que cuente con registro oficial de las personas.

Señala en el párrafo quinto del mismo numeral: ***“En el caso de que en el documento base de la acción se haya pactado domicilio convencional para recibir notificaciones, si se acude a realizar la notificación personal en dicho domicilio y éste no corresponde al de la demandada, se procederá a la***

notificación por edictos sin necesidad de recabar el informe a que se refieren los párrafos anteriores”.

Con las afirmaciones anteriores no solamente se observa lo importante que es el emplazamiento, sino también la trascendencia que tienen en materia mercantil los convenios que se pacten entre las partes, lo cual corresponde a que la voluntad de las partes es el principio fundamental en ésta materia, es innegable, toda vez que incluso se omite la necesidad del informe que en el caso de ignorar el domicilio si debe recabarse, para no dejar en estado de indefensión al demandado, lo cual no ocurre cuando se ha pactado un domicilio convencional para recibir notificaciones, pues entonces que sentido tendría que las partes señalaran este domicilio, si posteriormente lo dejaran, incluso de manera dolosa, en dicho párrafo se resalta la importancia del domicilio convencional.

En relación al emplazamiento el Código Federal de Procedimientos Civiles (2001), señala al respecto que; los litigantes señalaran la casa en que ha de hacerse la primera notificación a la persona o personas contra quienes promuevan y el notificador deberá realizarla en dicho domicilio cerciorándose de que la persona viven en dicho domicilio, pero que en caso de no encontrarla le dejara citatorio y si en al regresar el demandado no lo esperó, se procederá a realizar el emplazamiento por instructivo, pero en caso de que no se conozca el punto en donde se encuentra o no tenga domicilio fijo, o bien se trate de persona incierta, se le citará por edictos que se publicaran por tres ocasiones de siete en siete días,

en el Diario Oficial y en uno de los periódicos diarios de mayor circulación en la República, fijándose la resolución además en la puerta del juzgado o tribunal.

Afirma Becerra (1985), refiriéndose a Chioyenda, que el emplazamiento es un acto de gran importancia en el proceso, toda vez que a partir de que se le emplaza o notifica al demandado debidamente, se entenderá establecida la relación procesal entre las partes, ello con la finalidad de dar seguridad jurídica al demandado, previendo así una injusticia.

De tal forma que al emplazar a la contraparte, se estará respetando una de las garantías procesales de mayor importancia, misma que será materia del capítulo siguiente.

5.3. LAS FORMALIDADES DEL EMPLAZAMIENTO

Para que se considere legal el emplazamiento; deberá llevarse a cabo previa la satisfacción de las formalidades que las propias leyes señalan al respecto; de acuerdo al Código Comercio (2003);

- 1.- Las notificaciones deberán realizarse a mas tardar al día siguiente al en que se dicte la resolución, en el caso de las personales, el término comenzará a

correr a partir de la entrega del expediente al notificador, debiendo hacerse dentro de un plazo que no exceda de tres días;

II.- Los litigantes deberán proporcionar el domicilio de la contraparte en que deberá hacerse la primera notificación (emplazamiento). De no hacerlo será requerido para que lo haga, y en caso de que lo ignorase se procederá conforme al artículo 1070 de la misma ley;

III.- Las notificaciones que se hagan en forma personal, atendiendo a la legislación civil, tenemos que el notificador deberá primeramente cerciorarse de que el notificado vive en dicha casa y que se encuentra en la población, debiendo hacerse a la persona misma que debe ser notificada, en caso de que no la encontrare, dejara citatorio para hora fija dentro de las 24 horas siguientes, y si nuevamente no se encuentra, se realizará la notificación por cédula o instructivo en el cual se expresará la fecha y hora de entrega, nombre y apellido del promovente, juez o tribunal que manda practicar la diligencia, resolución que se notifique, así como el nombre y apellido de la persona a quien se entrega. Puede entregarse a parientes, empleados o cualquier persona que viva en el mismo domicilio del notificado, entregando además las copias de traslado.

IV.- Cuando se ignora el domicilio de la persona que debe ser notificada, la primera notificación deberá hacerse publicando la determinación respectiva

tres veces consecutivas en un periódico de circulación amplia y de cobertura nacional y en un periódico local del Estado o del Distrito Federal en que el comerciante deba ser demandado. Para la procedencia de lo anterior debe el Juzgador ordenar se recabe informe de una autoridad o institución pública que cuente con registro oficial de personas.

V.- Cuando en el documento base de la acción se haya pactado domicilio convencional para recibir las notificaciones, y se acude a dicho domicilio a realizar la notificación personal y el mismo no corresponde al de la demandada, se procederá a notificar por medio de edictos pero sin que haya necesidad de recabar el informe anterior.

Al respecto del emplazamiento por medio de edictos el Código Federal de Procedimientos Civiles (2001) señala "Cuando hubiere de citar a juicio a alguna persona que haya desaparecido, no tenga domicilio fijo o se ignore donde se encuentra, la notificación se hará por edictos, que contendrán una relación sucinta de la demanda, y se publicaran por tres veces, de siete en siete días, en el <Diario Oficial> y en uno de los periódicos de mayor circulación en la República, haciéndosele saber que debe presentarse dentro del término de treinta días, contados del siguiente al de la última publicación..."

5.4. LOS EFECTOS DEL EMPLAZAMIENTO

Al emplazar a la parte demandada, es evidente que se producirán algunos efectos o consecuencias jurídicas, las cuales de acuerdo a Piero Calamandrei (1996) son:

- A) Prevenir el juicio a favor del Juez que lo hace; determinara la competencia en el caso en que existan varios Jueces competentes para conocer del mismo asunto, por lo que será competente el que primero haya realizado el emplazamiento.
- B) Se sujeta al emplazado a seguir el juicio ante el Juzgador que siendo competente llevo a cabo el emplazamiento, aún cuando con posterioridad deje de serlo por que el demandado cambien de de domicilio o por algún otra causa.
- C) Imponer al demandado la obligación de contestar ante el Juzgador que lo emplazó, dejando a salvo su derecho de promover la incompetencia.
- D) Producir las consecuencias de la interpelación judicial, si por otros medios no se hubiera constituido ya en mora el obligado.

Entonces se deja ver lo importante que es el emplazamiento dentro del procedimiento, ya que de ninguna forma se producirían por si solos los efectos anteriores y de no hacerlo se estaría violentando una de las principales garantías plasmadas en el artículo 14 Constitucional (Garantía de Audiencia) en perjuicio del demandado.

5.5. NULIDAD DEL EMPLAZAMIENTO

Ahora bien cabe hacer la distinción entre la falta de emplazamiento y la ilegalidad del mismo, si bien es cierto que ambas situaciones producen la nulidad del acto, también lo es que en el primero de los casos encontramos que hubo omisión, es decir que no realizó el acto, mientras que en el segundo de ellos se llevo a cabo pero no de la forma legal, por lo que en ambos casos provoca la nulidad del emplazamiento.

De acuerdo a la legislación Federal de Procedimientos Civiles (2001) en los artículos 319 y 320; las comunicaciones que se realicen de forma distinta a lo previsto en la propia ley, serán nulas y en caso de que la persona mal notificada o no notificada se presente ante el Tribunal sabedora de la providencia, la notificación indebida surtirá sus efectos desde ese momento, como si hubiere sido hecha en forma legal.

Las formas de impugnar los defectos en el emplazamiento, de acuerdo a Piero Calamandrei (1996), son:

- I.- Incidente de Nulidad; el cual procederá por defectos de forma, debiendo tramitarse en un incidente de previo y especial pronunciamiento, es decir, que debe resolverse antes de continuar con el proceso, mismo que puede tramitarse en el escrito contestación de la demanda o por escrito antes de que se dicte la sentencia definitiva.

- II.- Apelación; la cual se puede tramitar después de que se haya dictado la sentencia, a pesar de que el emplazado de forma ilegal no haya comparecido, pudiendo reclamar tanto el emplazamiento irregular como los demás actos procesales subsecuentes, incluso la propia sentencia definitiva.

- III.- Juicio de Amparo; al que podrá acudir el afectado sin que haya la necesidad de agotar los medios ordinarios como el de nulidad o apelación.

Sobre el incidente de nulidad el Código Federal de Procedimientos Civiles (2001), en su numeral 319 refiere que "Cuando la notificación se hiciera en forma distinta de la prevenida en este capítulo, o se omitiere, puede la parte agraviada promover incidente sobre declaración de nulidad de lo actuado, desde la notificación hecha indebidamente u omitida."

Se concluye el presente capítulo considerando que el emplazamiento es una de las formalidades fundamentales del procedimiento, el cual se encuentra conformado por una notificación y un emplazamiento en sentido estricto. Además de que el emplazamiento se puede llevar a cabo en el domicilio convencional pactado por las partes, de acuerdo a lo manifestado con anterioridad.

CAPÍTULO 6

GARANTÍAS CONSTITUCIONALES DE SEGURIDAD JURÍDICA; DE AUDIENCIA Y DE ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA.

6.1 CONSIDERACIONES PREELIMINARES DE LAS GARANTÍAS

En el ámbito jurídico asegura Bazdresch (1996) se encuentran garantías de derecho privado; que es un pacto accesorio por medio del cual se fija determinada cosa al cumplimiento de una obligación, mismas que no son materia discutible en el presente trabajo, pues las que realmente incumben son las de *derecho público*, las que presumen la existencia de una relación entre una autoridad y una persona, lo contrario de las anteriores que son de persona a persona, afirmando que la relación se origina, por una parte, en la facultad soberana de imponer el orden social, y por otra, en la necesidad de que las personas no sean atropelladas en sus derechos, por la forma en que actúa la autoridad en sociedad.

Por su parte Ignacio Burgoa (1999) afirma que frente a los gobernados la auto limitación estatal y las limitaciones jurídicas a la actuación de las autoridades se refleja en las "Garantías Individuales". Pero que como las limitaciones solamente se pueden imputar a una conducta autoritaria, no es posible en el caso de las autoridades, ya que éstas no se consideran como entidades o funcionarios

con voluntad propia, por lo que por tanto tales limitaciones repercutirán en el Estado, considerado como poder soberano, mismo que es consecuencia de la atribución que hace el pueblo a éste.

Por otro lado en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos de 1917 (2001), en su primer numeral refiere que "Todo Individuo gozará de las garantías que otorga esta Constitución", al caso Bazdresch (1996) considera que en la Constitución no se están otorgando derechos, ya que todo ser humano es titular de derechos por el solo hecho de existir y no porque se encuentren plasmados en alguna ley, toda vez que estos son inalienables a la naturaleza del ser humano, por lo que las garantías son creación de la constitución, las cuales se encaminan a proteger los derechos del hombre, que son de actuar o disfrutar y que las garantías son solamente compromisos del Estado de respetar y asegurar la existencia y el ejercicio de esos derechos. Que son derechos públicos por estar plasmados en la Constitución, en beneficio de las personas y a cargo de las autoridades, que no recaen en cosas materiales, y que dan una acción personal para hacer que los órganos de gobierno respeten los mismos.

Entonces las garantías constitucionales, salvaguardan derechos de los hombres, ya sea que se encuentren como personas físicas, o bien que estén reunidos como persona moral.

Como consecuencia de que los derechos que protegen son variados, éstas han sido clasificadas para su mejor identificación, de la siguiente forma asegura Bazdresch (1996); garantías del orden personal, del orden social, del orden económico y algunas que se agrupan como de seguridad jurídica, dentro de este grupo se encuentran las que importan para efectos del presente.

Al respecto cabe señalar dentro del propio apartado que, las garantías constitucionales se encuentran empapadas del principio de Supremacía Constitucional, que se encuentra plasmado en el artículo 133 de nuestra Carta Magna que a la letra dice "Esta Constitución, las leyes del Congreso de la Unión que emanen de ella de ella y todos los tratados que estén de acuerdo con la misma, celebrados y que se celebren por el Presidente de la República, con aprobación del Senado, serán la Ley Suprema de todas las de la Unión. Los Jueces de cada Estado se arreglarán a dicha Constitución, leyes y tratados, a pesar de las disposiciones en contrario que pueda haber en las constituciones o leyes de los Estados" (CPEUM, 2001: 142). Por lo tanto las Garantías a que nos referimos se elevan a la categoría de Ley suprema ello por encontrarse contenidas dentro de la Carta Magna de nuestro Estado Mexicano, dentro de los primeros Artículos.

Es obligación del Estado respetar y hacer respetar las garantías constitucionales, que si bien es cierto que han sido clasificadas por la naturaleza de los derechos que tutelan, también es cierto que todas y cada una de ellas son

trascendentes para todo gobernado, pues tendrá la seguridad de que en cualquier situación sus derechos estarán siendo protegidos por la Carta Magna del Estado Mexicano, tal como lo señala Ovalle Favela al referirse a Bobbio, "No se trata tanto de saber cuales y cuantos son estos derechos, cual es su naturaleza y fundamento, si son derechos naturales o históricos, absolutos o relativos, sino cual es el modo más seguro para garantizarlos, para impedir que a pesar de las declaraciones solemnes, sean continuamente violados" (Ovalle Favela, 1995: XV).

Por lo antes mencionado, podemos concluir que las Garantías Constitucionales prevalecen sobre cualquier disposición en contrario, que tienen como función limitar a las autoridades del Estado, en cuanto a sus actuaciones, consecuentemente protegen los derechos de las personas, toda vez que la Autoridad del Estado deberá conducirse siempre conforme a derecho, por lo que cuando exista detrimento de alguno de los derechos del individuo, el afectado pueda hacer uso del derecho subjetivo que las propias garantías le otorgan para exigir que le sean respetados sus derechos.

6.2. GARANTÍAS DE SEGURIDAD JURÍDICA

Antes de entrar al estudio de las garantías de seguridad jurídica, resulta necesario recordar lo que dice Ignacio Burgoa respecto al concepto de garantía; "en derecho público ha significado diversos tipos de seguridades o protecciones a favor de los gobernados dentro de un estado de derecho, es decir, dentro de una entidad política estructurada y organizada jurídicamente, en que la actividad del gobierno está sometida a normas pre-establecidas que tienen como base de sustentación el orden constitucional" (Burgoa, 1984: 181).

Entonces tenemos pues que, las garantías constitucionales, tienden a proteger los derechos de los gobernados, que como se mencionó anteriormente, las garantías no otorgan derechos sino que más bien los tutelan, es decir los salvaguardan de los actos de autoridad; por lo que al referirnos a ellas, tal como lo afirma Bazdresch nos estamos refiriendo a la existencia de una relación entre autoridad y persona.

Ahora bien las garantías han sido clasificadas por diversos autores, como ejemplo de ello tenemos la clasificación que hace Burgoa en donde asegura que "de acuerdo con el contenido de los mencionados derechos, las garantías individuales se clasifican en garantías de igualdad, de libertad, de propiedad y de seguridad jurídica" (Burgoa, 1984: 190).

Sin embargo la clasificación anterior puede resultar un tanto simple, cuando observamos la clasificación que realiza Bazdresch (1996) asegurando que las garantías son del orden personal; entre ellas la vida, libertad corporal, igualdad, entre otras, las del orden social; como la libertad de reunión para presentar a la autoridad una petición, persecución de los delitos por el Ministerio Público y no por la persona ofendida y otras más, las del orden económico; como la libertad de trabajo, retribución del trabajo y algunas otras más, y finalmente señala las que en el presente resultan de importancia que son, *las de seguridad jurídica*.

En relación a la garantía de seguridad jurídica cabe recordar lo que al respecto señala Rojas Caballero, haciendo alusión a lo que afirma Delos; "Garantía dada al individuo de que su persona, sus bienes y sus derechos no serán objetos de ataques violentos o que, si éstos llegan a producirse, le serán asegurados por la sociedad, protección y reparación" y posteriormente afirma "Las garantías de seguridad jurídica son las prescripciones jurídicas que impone el Constituyente a todas las autoridades, en el sentido de que éstas deberán cumplir con determinados requisitos, condiciones o procedimientos para afectar validamente la esfera jurídica de los gobernados" (Rojas, 2002: 253).

Por su parte Ignacio Burgoa señala que las garantías de seguridad jurídica "Al conceptuarse como el contenido de varias garantías individuales consagradas por la Ley Fundamental, se manifiesta como la substancia de diversos derechos subjetivos públicos individuales del gobernado oponibles y exigibles al Estado y a

sus autoridades, quienes tienen la obligación de acatarlos u observarlos" (Burgoa, 1998: 199).

También afirma que las garantías de seguridad jurídica presuponen un acto positivo, que se encamina a cumplir efectivamente los requisitos, condiciones, elementos o circunstancias que sean necesarias, para que el acto de autoridad produzca los efectos jurídicos en la esfera del gobernado.

Es evidente que las citas anteriores muestran el concepto de cada autor pero como es necesario concretizar tales afirmaciones, se concluye que la garantía de seguridad jurídica es aquella que se encamina a proteger al individuo como particular o persona moral de los actos de autoridad, estableciendo limitaciones para que estas acaten y apliquen las normas jurídicas con firmeza, por lo que protege la eficacia de las propias garantías constitucionales, resultando entonces una tranquilidad social; al respecto Rojas Caballero (2002) afirma; la seguridad jurídica genera tranquilidad ya que tutela a los demás principios constitucionales, es decir, que protege la observancia de las garantías individuales, por lo que entonces, son normas que limitan el actuar del gobernante, el cual para afectar la esfera jurídica del gobernado deberá satisfacer los requisitos necesarios.

Por lo tanto, el concepto de garantía de seguridad jurídica implica la existencia de otras garantías que se agrupan bajo este rubro, de las cuales solamente nos interesan la garantía de audiencia y la de administración de justicia.

6.3. GARANTÍA DE AUDIENCIA

Como se mencionó en el apartado anterior bajo el concepto seguridad jurídica podemos encontrar diversas garantías tales como la de audiencia, a la cual se hará referencia dentro del presente.

Al respecto Burgoa señala que "La garantía de audiencia, una de las más importantes dentro de cualquier régimen jurídico, ya que implica la principal defensa de que dispone todo gobernado frente a actos del Poder Público que tiendan a privarlo de sus más caros derechos y sus más preciados intereses..." (Burgoa, 1999: 524).

Por su parte Alberto Rojas afirma que la garantía de audiencia "...es la defensa más vigorosa que tiene el ser humano frente a los actos de autoridad, consistente en el derecho de ser oído y vencido en juicio antes de un acto de privación" (Rojas, 2002: 271).

Tomando lo sustancial de cada uno de los anteriores conceptos, se puede decir que la garantía de audiencia, efectivamente como lo señala Burgoa es una de las más importantes para el gobernado, toda vez que, tutela el derecho de ser escuchado y vencido en juicio, antes de que sea privado de sus derechos o bien de sus intereses, por lo tanto antes de que se realice por parte de la autoridad un acto de privación para el gobernado, se le dará el derecho de audiencia, misma que a su vez presupone el acto de notificar al gobernado del acto que la autoridad pretende ejecutar, ello con la finalidad de que efectivamente el individuo se encuentre en posibilidad de ser escuchado y vencido en juicio, toda vez que, no se puede concebir que el gobernado impugne el acto privativo, sino es enterado previamente y en tiempo del mismo.

A efecto de confirmar lo citado con anterioridad, se hace necesario señalar que dicha garantía se encuentra consagrada en el segundo párrafo del artículo 14 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, que a la letra dice "Nadie podrá ser privado de la vida, de la libertad o de sus propiedades, posesiones o derechos, sino mediante juicio seguido ante los tribunales previamente establecidos, en el que se cumplan las formalidades esenciales del procedimiento y conforme a las leyes expedidas con anterioridad al hecho" (CPEUM, 2001: 12).

En relación a dicha garantía Ovalle Favela (1995) la examina señalando que el presupuesto que la hace exigible, es el acto privativo de derechos o

posesiones, por lo que para dar cumplimiento a tal garantía se hace necesaria la satisfacción de los requisitos que la misma exige, los cuales son:

- 1.- Que se siga un juicio previo;
- 2.- Que el juicio se lleve ante Tribunales previamente establecidos;
- 3.- En el cual deberán cumplir las formalidades esenciales del procedimiento, y;
- 4.- Que sea conforme a las leyes expedidas con anterioridad al hecho.

Se refiere al acto privativo señalando que, el presupuesto necesario para conceder la garantía de audiencia es el acto de autoridad que pretenda privar definitivamente a las personas de derechos o posesiones, la vida o la libertad.

Por lo que respecta a los dos primeros requisitos a que se hace mención Ovalle Favela (1995) atendiendo a diversos criterios señala que, la palabra juicio debe entenderse en el sentido amplio de que la autoridad que pretenda ejecutar algún acto privativo, primeramente deberá llevar a cabo un proceso, en donde se escuche la defensa del gobernado y que deberá seguirse ante tribunales previamente establecidos.

En cuanto al tercero de ellos, cabe citar lo que Alberto Rojas (2002) afirma; se entiende que las formalidades esenciales del procedimiento son cuatro, mismas que fueron tomadas de Tesis Jurisprudencial por el autor mencionado:

- 1ª El derecho de emplazamiento e información sobre la materia que se pretenda afectar;
- 2ª Derecho de alegar en relación a sus intereses;
- 3ª La oportunidad de probar su pretensiones y defensas a su favor, y;
- 4ª Derecho de impugnar.

Con la finalidad de respaldar tal criterio, se transcribe íntegramente la jurisprudencia a que se refiere dicho autor:

FORMALIDADES ESENCIALES DEL PROCEDIMIENTO. SON LAS QUE GARANTIZAN UNA ADECUADA Y OPORTUNA DEFENSA PREVIA AL ACTO PRIVATIVO. La Garantía de audiencia establecida por el artículo 14 Constitucional consiste en otorgar al gobernado la oportunidad de defensa previamente al acto privativo de la vida, libertad, propiedad, posesiones o derechos, y su debido respeto impone a las autoridades, entre otras obligaciones, la de que en el juicio que se siga se cumplan las formalidades esenciales del

procedimiento. Estas son las que resultan necesarias para garantizar la defensa adecuada antes del acto de privación y que, de manera genérica, se traducen en los siguientes requisitos: 1) La notificación del inicio del procedimiento y consecuencia; 2) La oportunidad de ofrecer y desahogar las pruebas en que se finque la defensa; 3) La oportunidad de alegar; y 4) El dictado de una resolución que dirima las cuestiones debatidas. De no respetarse estos requisitos, se dejaría de cumplir con el fin de audiencia, que es evitar la indefensión del afectado.

6.3. GARANTÍA DE ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA

Ahora bien es materia fundamental para el presente trabajo, referirse al artículo 17 Constitucional, el cual comprende garantías de seguridad jurídica, y que tal como lo afirma Ovalle Favela "Todas estas garantías se dirigen a asegurar las condiciones para que el Estado, a través de Tribunales independientes e imparciales, imparta justicia conforme a derecho, por lo que podemos afirmar que forman parte esencial de la *garantía de justicia* consignada en la Constitución" (Ovalle, 1995: 281).

Para entrar al estudio de la garantía medular del presente apartado es fundamental desentrañar lo que el legislador pretendió plasmar en el primer y parte del segundo párrafo del artículo 17 Constitucional (2001) que a la letra dice "Ninguna persona podrá hacerse justicia por sí misma, ni ejercer violencia para

reclamar su derecho. Toda persona tiene derecho a que se le administre justicia por tribunales que estará expedito para impartirla en los plazos y términos que fijen las leyes, emitiendo sus resoluciones de manera pronta, completa e imparcial" (CPEUM, 2001: 14).

Del primer párrafo del artículo anterior hay que analizar que implica el que "ninguna persona podrá hacerse justicia por sí misma, ni ejercer violencia para reclamar su derecho"; Burgoa (1999) afirma que en el texto se encuentran plasmados dos deberes negativos para el gobernado; el no hacerse justicia por su propia mano y no ejercer violencia para reclamar un derecho, y que estrictamente no plasma ninguna garantía para el gobernado, sino que por el contrario tácitamente establece el deber para los gobernados de acudir ante los tribunales, cuando pretendan ejercer alguna acción y obtener justicia.

De lo anterior se distinguen dos sentidos *atendiendo a la literalidad de la ley*, entonces el párrafo citado efectivamente contiene dos obligaciones para los gobernados que busquen justicia, que son; no hacerse justicia por su propia mano y no ejercer violencia para obtenerla; y por otro lado *al sentido tácito o fin implícito*, tomando en cuenta que toda disposición conlleva un fin implícito, se deduce que, por obvias razones el objetivo de imponer al gobernado afectado las obligaciones anteriores, no es que este deje de reclamar su derecho, toda vez que existen medios legales que puede hacer valer para que se le haga justicia, por lo tanto, en dicho párrafo no se está limitando al afectado, sino que por el contrario se le

está dando la pauta para que a través de medios legales acuda ante las autoridades correspondientes a pedir justicia y que si bien es cierto que literalmente no lo señala de esta forma la Constitución, no puede pensarse en otro fin, pues de lo que se trata es de proteger los intereses del gobernado no de restringírselos.

Por otro lado en el mismo artículo señalado, dentro del segundo párrafo, señala "Toda persona tiene derecho a que se administre justicia por tribunales que estarán expeditos para impartirla en los plazos y términos que fijen las leyes, emitiendo sus resoluciones de manera pronta, completa e imparcial..."

En relación a lo anterior Ignacio Burgoa en su diccionario, señala que las garantías en materia de Impartición de Justicia "Estas garantías son: la expedición en la administración de justicia..." (Burgoa, 1998: 198).

Con la disposición señalada, se está haciendo referencia a la garantía que tiene todo gobernado de solicitar ante los tribunales que se le administre justicia, es decir que acudirá ante ellos para exigir que estos lleven a cabo el procedimiento respectivo y le resuelvan situación planteada, ya sea a favor del actor o bien negándosele por resultar improcedente su petición.

De igual manera se prevé la obligación que los Tribunales tienen de impartir justicia de manera pronta, completa e imparcial, lo cual será dentro de los

plazos que las leyes fijen; entonces indiscutiblemente, es obligación de los Tribunales la impartición de justicia, toda vez que, de no ser así, no tendría sentido que los gobernados afectados en algún derecho, acudan ante ellos si estos no les resolverán de manera pronta, completa e imparcial.

Ovalle Favela (2003) hace múltiples reflexiones sobre esta garantía, que vienen a confirmar la importancia que debe otorgársele a la administración de justicia, asegurando la misma corresponde tanto al actor como al demandado, aludiendo que ambas partes tienen derecho a la administración de justicia; definiendo la tutela jurisdiccional de la siguiente manera; "Derecho público subjetivo que toda persona tiene para acceder a tribunales independientes e imparciales, con el fin de plantear una pretensión o defenderse de ella, a través de un proceso justo y razonable, en el que se respeten los derechos que corresponden a las partes; así como para que dichos tribunales emitan una decisión jurisdiccional sobre la pretensión o la defensa y, en su oportunidad, ejecuten esa resolución".

Ovalle refiriéndose a la Suprema Corte señala que "cualquier disposición que tienda a impedir que se administre justicia, de acuerdo con las previsiones de la ley, importa una violación del artículo 17 Constitucional" (Ovalle, 1995: 288). Como ejemplo de ello señala la inconstitucionalidad de la disposición de la Ley Federal del Trabajo, en donde ordena que a partir de la notificación del emplazamiento a huelga, no pueden ejecutarse sentencias en contra de la

empresa, afirmando que la Suprema Corte considera inconstitucional tal disposición toda vez que con ello se esta permitiendo que las autoridades retarden indefinidamente su obligación de administrar justicia.

El segundo párrafo señalado tal como lo asegura Ovalle Favela, es parte esencial del derecho de justicia, por lo que no resulta descabellado decir que se encuentran íntimamente relacionados, pues evidentemente el fin ultimo de el primer párrafo no es privar al gobernado de la justicia, sino evitar que está sea por propia mano o bien alcanzada con violencia, mostrando al contrario un gran interés en la impartición de justicia, por lo que dispone que los tribunales serán los encargados de su administración.

Refiere Ovalle Favela que "el derecho a la tutela jurisdiccional se manifiesta en tres derecho fundamentales: el derecho a acceder a los órganos jurisdiccionales; el derecho a un proceso justo y razonable, y el derecho a que se ejecute lo resuelto por el tribunal" (Ovalle, 1995: 290).

Menciona que el derecho de acceder a los tribunales no solamente es el acudir a ellos y exponer una pretensión o defenderse de ella, que este concepto va más allá de lo parece, toda vez que, implica el deber a cargo del Estado de facilitar el acceso a dichos tribunales, removiendo cualquier obstáculo que lo impidan.

Asegura que el proceso justo y razonable deriva de la garantía de audiencia del artículo 14 Constitucional, y que el precepto en cita agrega los principios de la prontitud, la imparcialidad y las resoluciones completas; alude que en cuanto a la *prontitud* está ha motivado diversas reformas procesales, pero que aún continúa siendo un problema, ya que *los procedimientos no se llevan a cabo con la agilidad y sencillez ideal*, argumentando que para el cumplimiento de dicha condición se deberían motivar *reformas legales* que impongan al Juzgador la obligación de inducir de oficio el avance del proceso; por lo que respecta a las *resoluciones completas*, lo interpreta como que es la oportunidad que se le debe dar a las partes para que aporten y expongan lo que a sus intereses convengan y que el juzgador resuelva todas y cada una de las pretensiones le sean planteadas; en cuanto a la *imparcialidad*, que es fundamental que las personas que asuman la función jurisdiccional no tengan interés alguno en el litigio o relación con las partes.

El autor en cita hace una reflexión que evidentemente es de suma importancia señalando que "el derecho a la tutela jurisdiccional no queda plenamente satisfecho si se limita a garantizar el acceso a los tribunales y a establecer las condiciones que aseguren un proceso justo y razonable, en el que las resoluciones se emitan de manera pronta, completa e imparcial; pues si la tutela jurisdiccional llegará sólo hasta la sentencia, el derecho declarado en ella sería una simple promesa por la parte a la que se concedió la razón y una mera recomendación para la otra parte, carente de eficacia jurídica", cuestionándose

sobre "la constitucionalidad de las disposiciones que establecen la imposibilidad de despachar órdenes de ejecución en contra de alguna de las partes o la de los ordenamientos que no establecen procedimientos eficaces" (Ovalle, 2003: 292).

Finalmente tomando en cuenta los párrafos desarrollados anteriormente, se observa de que ambos se empapan de la garantía de seguridad jurídica, el primero de ellos prohibiendo, al gobernado el hacerse justicia por su propia mano, no con el objeto de privarlo de ella, sino porque existe un camino legal para obtenerla, tal como lo señala en el segundo párrafo del artículo citado, al establecer que serán los tribunales los encargados de la administración de justicia, mismos que se encontraran obligados a realizar todos los actos tendientes a facilitar el acceso a los tribunales, garantizar un proceso justo y razonable, pero además algo fundamental es el hecho de que se ejecute la sentencia, ya que de lo contrario no se estaría realmente administrando justicia a quien la solicita, pues la parte que obtuvo la sentencia favorable espera el cumplimiento de la misma, es decir, disfrutar del derecho que le fue concedido en virtud de la misma.

Se concluye el presente capítulo señalando que tanto la garantía de audiencia como la de impartición de justicia, se encuentran dentro de las garantías de seguridad jurídica y que son como ya se mencionó aquellas orientadas a proteger a las personas físicas y a las personas morales, de los actos de autoridad, estableciendo limitaciones a éstas últimas para que apliquen las normas jurídicas con firmeza dando a cada individuo lo que le corresponda.

CAPITULO 7

ANÁLISIS E INTERPRETACIÓN

Dentro del presente apartado, se pretenden resaltar situaciones reales, que teóricamente no se encuentran previstas, mismas que sobrevienen a causa de la ejecución de diversos actos, que son legalmente permitidos, pero que de igual manera resultan ser un tanto confusos, en cuanto a su fines, importancia y alcances, razón por la cual deben ser analizados con el juicio y objetividad propios de un abogado, siendo fundamentales en el desarrollo del presente tanto la reflexión como la imparcialidad, o de lo contrario se caería en la injusticia.

Dentro del capítulo primero se resaltaron los precedentes que fueron considerados elementales para el desarrollo de este capítulo, en donde finalmente se refirió que la actividad mercantil, siempre fue considerada especial, lo cual se observaba en la flexibilidad de las normas, para adecuarse a las cuestiones mercantiles, debido a que desde entonces se daba prioridad a los intereses y necesidades de quienes ejercían el comercio, mismos que incluso fueron considerados como una clase especial de profesionistas, los que se agruparon conformando corporaciones, teniendo como única finalidad la protección de sus intereses, creando sus propios estatutos y hasta tribunales de los mercaderes.

Desde tiempos remotos la actividad mercantil ha sido considerada especial, lo que resulta justificable pues se encuentran en riesgo tanto su capital como sus intereses en conjunto, los que le permiten realizar negociaciones a corto plazo y con lucros lícitos, haciendo entonces del comercio su forma de vida, en concreto viven del comercio por las ganancias que obtienen del mismo, de ahí que para estos sea tan importante que sus negociaciones se realicen a plazos cortos y con la mayor seguridad posible. .

Posteriormente desaparecen las corporaciones, los tribunales y sus estatutos, cambiando totalmente el concepto que desde antes de cristo se le había atribuido, mismo que poco a poco fue adoptando una importancia tremenda, siendo ello justificable pues la actividad mercantil es la base mas importante del sistema económico, de las sociedades modernas, toda vez que es una de las mas utilizadas para obtener ingresos y diversos satisfactores; ya sea exportando la producción nacional al extranjero, o bien, también la utilice para conseguir un mejor nivel de vida para la sociedad, importando diversos satisfactores, que talvez en ese Estado no es posible producir.

Por lo que respecta al domicilio convencional, permitido en materia mercantil, al que se hace referencia el en artículo 1070 del Código de Comercio (2003), puede reflexionarse sobre la finalidad que tiene las partes para convenir sobre un domicilio de este tipo, encontrando como única justificación que el verdadero espíritu de la ley al considerar o permitir un domicilio convencional, es

una forma de dar mayor seguridad a las partes, debido a que ambas están pactando que dicho domicilio será el lugar donde el acreedor podrá exigir del deudor el cumplimiento de las obligaciones pactadas, además de que en el mismo se practiquen las diligencias que tengan por objeto hacer efectivo el cumplimiento de las mismas.

Lo anterior no resulta fuera de lugar, si recordamos que la LEY SUPREMA en los contratos, es especialmente la VOLUNTAD DE LAS PARTES, por lo que dicho domicilio convencional será preferente a cualquier otro, toda vez que las partes por voluntad propia así lo convinieron, y si el deudor con posterioridad a dicho convenio, lo abandona, ese hecho le será imputable al mismo, y no al acreedor, no teniendo éste la obligación de investigar sobre su nueva residencia.

Entonces respecto del domicilio convencional se puede concluir con la siguiente tesis:

Quinta Época

No. De registro 365,036

Instancia: Tercera Sala

Aislada

Fuente: Seminario Judicial de la Federación

Materia (S): Civil

Tomo: XXVII

Página: 2072

"DOMICILIO CONVENCIONAL. Es perfectamente legal designar domicilio convencional, tanto para el cumplimiento de las obligaciones, como para que se practiquen en él las diligencias conducentes, por ser *la voluntad de las partes la suprema ley* de los contratos. Este principio del domicilio convencional, tiene por fin facilitar las transacciones mercantiles, obteniendo su debida sanción en el artículo 37 del Código Civil del Distrito Federal; por tanto, las notificaciones y diligencias que se practiquen en el domicilio convencional, señalado en un contrato, no pueden ser atacadas de nulidad."

De la misma forma en un apartado especial se hizo referencia al emplazamiento, respecto del cual se señaló que puede realizarse por medio de edictos, lo que se encuentra plasmado, en el Código Civil Federal (2002) numeral 34 "Se tiene derecho de designar un domicilio convencional para el cumplimiento de determinadas obligaciones" y en el Código de Comercio, libro quinto, título primero, capítulo IV, en los artículos 1068 fracción IV y 1070 párrafos primero y quinto, en cuanto al primero de ellos, determinándose que las notificaciones podrán realizarse por medio de edictos, y por lo que respecta al segundo artículo observamos dentro del primer párrafo que en caso de que se ignore el domicilio del demandado, se procederá a emplazarle por medio de edictos, previo a haber recabado el informe a que se refiere el segundo párrafo.

Pero el caso específico que nos interesa se encuentra plasmado en el *quinto párrafo*, que se refiere al caso específico en el cual las partes acordaron y

señalaron un domicilio convencional, a efecto de que en este se le pudieren realizar las notificaciones al deudor, por lo que en el supuesto de que no corresponda al del demandado, se debe proceder a notificarle por medio de edictos, sin que para su procedencia haya la necesidad de recabar el informe que se establece en lo anterior, ello debido a que, las partes voluntariamente acordaron que en ese domicilio se le realizarían las notificaciones derivadas de la relación, y también para que en el mismo fuese requerido del cumplimiento de las obligaciones, por lo que de acuerdo al criterio antes mencionado; el acreedor no tiene ninguna obligación de investigar el paradero del deudor, toda vez que no le es un hecho imputable.

Bajo tales circunstancias, la legislación mercantil prevé, que al no encontrar al demandado en el domicilio convenido, se deberá proceder a notificarle por medio de edictos, ello con la evidente finalidad de dar cumplimiento al derecho de audiencia del demandado, por lo cual, el hecho de notificar al demandado por medio de edictos, se encuentra totalmente apegado a derecho, toda vez que es la propia Legislación Mercantil la que lo prevé, con lo que se esta dando pleno cumplimiento a una de las principales garantías que establece nuestra Constitución, toda vez que, no se deja en estado de indefensión al demandado, pues se le está llamando al proceso que se sigue en su contra, para que haga valer lo que a sus intereses convenga, y que si no se realiza de forma personal, es por un hecho atribuible al propio demandado, ya que a pesar de haber pactado un domicilio convencional con el acreedor, a efecto de que en el mismo se le pudiera

requerir del pago y las demás obligaciones que respecto a la propia relación pudieren surgir, con posterioridad a ello lo abandona o cambia, pudiendo ser incluso de forma dolosa para no cumplir con la obligación pactada; situación por la cual no se puede responsabilizar al acreedor y dejarlo sin el derecho a la impartición de justicia.

Ahora bien, continuando con el caso anterior, cabe cuestionarse sobre la eficacia que en la realidad tiene el domicilio convencional que las partes pactaron al celebrar el acto jurídico del que surgió la obligación, y también sobre la del emplazamiento por medio de edictos; toda vez que, se han dado procesos en donde se deja en total estado de incertidumbre y desprotección al actor o demandante de justicia, ya que a pesar de que el emplazamiento por medio de edictos se encuentra legalmente previsto en el Código de Comercio, en el caso específico de que no se encuentre al demandado en el domicilio convencional pactado con el actor y se proceda a realizar el emplazamiento por edictos, se ha considerado que tal circunstancia violenta la garantía de audiencia del demandado, aludiendo que no se está cumpliendo con la formalidad procedimental del legal emplazamiento (la cual es, sin duda alguna, una de las garantías mas importantes a que se refiere nuestra Carta Magna), y es precisamente ante tal situación en donde el actor demandante, se pregunta sobre la eficacia que tuvo el hecho de haber señalado un domicilio convencional con su contraparte, si éste en primer término no tuvo la menor trascendencia, pues al no encontrar al demandado en el mismo, debió de solventar los gastos para que se le

notificara por medio de los tan mencionados edictos, ello si es que continuaba con su pretensión de justicia, por lo que el actor de muy buena fe y confiado en que en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos en su artículo 17 se prevé la garantía de administración de justicia a favor de todo gobernado, y creyendo que tal derecho se encontraba plena y efectivamente tutelado, continuó en su petición de justicia ante las autoridades, procediendo a solventar los gastos para que su contraparte fuese notificado, por medio de publicaciones hechas por tres veces consecutivas en el periódico de circulación amplia y de cobertura nacional y además en uno local del Estado en que el demandado debía emplazarse, pero a pesar de tales edictos su contraparte no comparece a la defensa de sus intereses, por lo que el proceso deberá seguir su curso, resultando que en primera instancia el actor obtiene sentencia favorable, misma que al pretender ser ejecutada, o bien, incluso cuando se ha ejecutado, es impugnada por la parte demandada que en ningún momento del proceso acudió ante la autoridad competente a defenderse, pero en cambio si lo hace, cuando sus bienes están a punto de ser afectados por la ejecución de la sentencia o bien cuando ya fue ejecutada la resolución del proceso que se siguió en su contra y del cual supuestamente jamás tuvo conocimiento, a pesar de las publicaciones hechas a cargo del actor, este acude al Juicio de Amparo argumentando que no reside en ese Estado o en la República Mexicana y por ello al no haber sido llamado a juicio se le violentó su garantía de audiencia, dejándolo en estado de indefensión, y es entonces cuando en la mayoría de los casos El Tribunal Federal o Juez de Distrito

resuelve en su favor, afirmando que efectivamente se transgredió la garantía de audiencia del demandante de amparo.

Cabe resaltar que en relación al caso que estamos mencionando se pueden dar dos situaciones, *la primera* cuando las notificaciones han sido hechas en un periódico local del Estado, del en que el demandado deba ser notificado o bien del Distrito Federal; *una segunda* situación es en la cual se realizan las publicaciones en un periódico de circulación amplia y cobertura nacional, por lo que en el primer supuesto podría resultar que si las publicaciones se realizaron en determinado Estado o en el Distrito Federal, el demandado argumente en su demanda de amparo que no reside ahí, y ocurrir lo mencionado anteriormente; en tal caso el actor puede prever que esto ocurra, realizando las publicaciones en un periódico de circulación amplia y cobertura nacional, mismas que le garantizaran que la cobertura será en cualquier Estado dentro de la Republica Mexicana, ahora bien en nuestro segundo supuesto, el actor no tiene ninguna opción, únicamente la de *sufragar los gastos de las publicaciones y tener fe de que se le administrará la justicia* a que se refiere nuestra Carta Magna. Se observa pues que un supuesto deriva en el otro porque el actor solamente puede aspirar a que las publicaciones tengan cobertura nacional, por lo que podrá evitar que el demandado impugne la sentencia o su ejecución, aludiendo que el Estado en el que fueron hechas las publicaciones no es en el cual reside, pero no puede impedir que el demandado ostente que reside fuere de la Republica Mexicana.

Por lo cual, quien en primera instancia habia obtenido sentencia favorable, quedará evidentemente desprotegido, debido a que ésta, que le era benévola, ya no podrá ser ejecutada, toda vez que, el Juez de Distrito argumentará que efectivamente no fueron satisfechas las formalidades del procedimiento, específicamente la del emplazamiento, ya que supuestamente se dejó al demandado en total estado de indefensión al no ser respetada su garantía de audiencia, que es sin duda una de las mas trascendentales a que se refiere la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

Bajo tales circunstancias se observa que existe una problemática, debido a que primeramente, al domicilio convencional pactado entre las partes, no se le está dando la importancia que debiera tener, precisamente por tratarse de la *materia mercantil*, en la cual la voluntad de las partes es ley suprema, y además de que si el comerciante, es la persona que hace del comercio su ocupación ordinaria y como consecuencia su modo de vida, existe entonces la necesidad de que las operaciones mercantiles se realicen y resuelvan con la mayor rapidez posible, pues de no ser así es evidente que éste se vería afectado en su patrimonio, pues de dicha profesión es de donde obtiene los ingresos, que le permiten desarrollarse y crecer en diferentes ámbitos no solamente en el económico.

De tal forma que se esta dando lugar para que los deudores actúen de mala fe, pactando un domicilio convencional y posterior a ello, abandonarlo,

cambiando su lugar de residencia, teniendo la seguridad de que no podrán ser afectados en sus bienes, ni derechos, debido a que la Ley Suprema los protege en su artículo 14.

En segundo lugar tenemos que los emplazamientos que se realicen por medio de edictos, no tendrán eficacia plena, pues ésta se puede ver afectada si el demandado acredita su residencia en el extranjero o bien en algún Estado distinto al en que se hubieren hecho las publicaciones.

Por lo tanto, no resulta admisible y mucho menos justo que se siga todo un procedimiento, en primera instancia, en donde se considera que el emplazamiento se realizó efectiva y legalmente, debido a que si el demandado acude ante los Juzgados de Distrito conforme a lo previsto por el artículo 107, fracción VII de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos y 114, fracción V, de la Ley de Amparo (Novena Época Instancia: Pleno Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta Tomo: V, Febrero de 1997 Tesis: P. XXVII/97 Pagina: 122 Materia: Común. "EMPLAZAMIENTO, IRREGULARIDADES EN EL, Y ACTOS POSTERIORES. SON IMPUGNABLES EN AMPARO INDIRECTO CUANDO EL QUEJOSO SE OSTENTA COMO PERSONA EXTRAÑA AL JUICIO POR EQUIPARACIÓN."); a solicitar el amparo y protección, argumentando que no fue emplazado debidamente, y que se le está violentando la garantía de audiencia, dejándolo en estado de indefensión, toda vez que no pudo defender, ni probar o alegar sus intereses, por encontrarse fuera de la circunscripción en que se

realizaron las publicaciones, bajo tales circunstancias el emplazamiento podrá declararse nulo o ilegal, debido a que no se encuentra debidamente reglamentado el emplazamiento por edictos, en el supuesto de que la parte demandada se encuentre fuera de la demarcación territorial en que se realizan los edictos, quedando entonces la duda respecto de la validez y eficacia del emplazamiento que se realiza por edictos.

Ante tal situación, el actor se encuentra desprotegido, ya que a pesar de haber obtenido sentencia favorable, y tras haber efectuado gastos procesales, con la supuesta finalidad de emplazar al demandado, no tiene la plena seguridad de que la sentencia va a ser respetada, pues como se mencionó anteriormente, el sentenciado podrá acudir en demanda de amparo, y con seguridad obtener sentencia favorable, como consecuencia de las lagunas de ley, por lo cual resultara nulo todo lo actuado en el proceso y por supuesto que ello incluye a la propia resolución de primera instancia, debido a que, supuestamente el demandado no fue llamado a juicio en la forma prevenida por la Ley, es decir, que no se le dio la garantía de audiencia, para ser oído y vencido en juicio.

A efecto de recordar los derechos que tutela la garantía de audiencia y verificar si se deja en estado de indefensión a un sujeto al ser llamado a juicio por medio de edictos, se transcribe el precedente a que se refiere Ovalle Favela (1995) *"Formalidades esenciales del procedimiento. Son las que garantizan una adecuada y oportuna defensa previa al acto privativo"*. La garantía de audiencia

establecida por el artículo 14 constitucional consiste en otorgar al gobernado la oportunidad de defensa previamente al acto privativo de la vida, la libertad, propiedad, posesiones o derechos, y su debido respeto impone a las autoridades, entre otras obligaciones, la de que en el juicio que se siga "se cumplan las formalidades esenciales del procedimiento". Éstas son las que resultan necesarias para garantizar la defensa adecuada antes del acto de privación y que, de manera genérica, se traduce en los siguientes requisitos: 1) La notificación del inicio del procedimiento y sus consecuencias; 2) La oportunidad de ofrecer y desahogar las pruebas en que se finque la defensa; 3) La oportunidad de alegar, y 4) El dictado de una resolución que dirima las cuestiones debatidas. De no respetarse estos requisitos, se dejaría de cumplir con el fin de la garantía de audiencia, que es evitar la indefensión del afectado."

Entonces analizando el criterio anterior vemos que no se vulnera en ningún momento la garantía de audiencia del demandado, toda vez que se le busco en el domicilio convencional y al no encontrarlo en el mismo, fue emplazado por medio de edictos, contrario a ello tenemos que, a quien se puede afectar realmente si se considera nulo o ilegal el emplazamiento, es al propio actor, porque no se le respetaría su derecho a la administración de justicia.

Sin embargo el seguir el procedimiento de tal forma, es la única alternativa que la Ley le otorga al acreedor, para conseguir la satisfacción de sus intereses, razón por la que deberá exponer tiempo y dinero, solamente por la mínima

posibilidad de que al obtener sentencia favorable ésta pueda llegar a respetarse, toda vez que, la garantía a la administración de justicia pareciera que se ha olvidado en casos como éste.

Podemos concluir el presente refiriendo que se reconoce la suma trascendencia que tiene la garantía de audiencia, dentro de todo procedimiento, tendiente a privar a algún sujeto de sus bienes mas preciados, misma que se respeta con el emplazamiento por medio de edictos, toda vez que es un recurso legal que pueden emplear los juzgadores para llamar a juicio al demandado, hacerle saber todo lo concerniente al proceso que se sigue en su contra y el plazo con el que cuenta para hacer valer lo que a sus intereses convenga, y de igual manera se determina la importancia que tiene el derecho a la impartición de justicia, la cual debe ser respetada y tomada con la misma formalidad que cualquier otra, adoptándose todas las medidas pertinentes para que ésta no sea vulnerada, debido a que como ya se mencionó en el caso que nos ocupa, no se prevén disposiciones que garanticen a la parte que obtuvo sentencia favorable el efectivo cumplimiento y respeto de la misma, por lo que, en tal caso se le estaría dejando en incertidumbre, toda vez que si no se establecen los medios necesarios que garanticen la ejecución de las resoluciones, éstas solamente quedarán como *simples promesas*, restándole credibilidad a las leyes y su aplicación y así como a los Órganos Judiciales que resuelven en base a las mismas.

CONCLUSIONES

Finalmente habiendo analizado las diversas consideraciones y afirmaciones de diversos autores, se hace necesario establecer las siguientes conclusiones personales a las que se ha llegado, en todos y cada uno de los capítulos a que se hizo referencia, lo que hago de la manera siguiente.

1. El derecho mercantil regula una materia con características especiales y diversas a las del derecho civil, porque desde la antigüedad las normas del derecho civil se flexibilizaban conforme a las necesidades de los comerciantes.
2. El domicilio convencional en materia mercantil, tiene como finalidad que el acreedor pueda exigir judicial o extrajudicialmente el cumplimiento de las obligaciones a su deudor, así como darle certeza del lugar en donde se realizarán las diligencias conducentes.
3. El emplazamiento por edictos a que se refiere el Código de Comercio en el artículo 1070, párrafo quinto, es *absolutamente legal*, por ser un medio de comunicación empleado por el juzgador al encontrarse previsto en la ley de la materia y además en la supletoria civil y procesal civil.

4. La garantía constitucional de audiencia del demandado *no se vulnera* de ninguna manera al llevarse a cabo el emplazamiento por medio de edictos, debido a que está siendo llamado a juicio, haciéndole saber el procedimiento que se sigue en su contra y el plazo para contestar la demanda.

5. La parte que se puede ver afectada en el supuesto referido, es la actora, al no preverse la demarcación territorial que abarcarán los efectos de los edictos, a que se refiere el artículo 1070 párrafo quinto, por lo que se deja al demandante de justicia en estado de incertidumbre jurídica, vulnerándose finalmente la garantía de seguridad jurídica, específicamente la administración de justicia, estudiadas en el presente trabajo.

6. Por las razones anteriores, se hace necesario adicionar un párrafo al Código de Comercio que prevea la problemática planteada en el presente.

PROPUESTA

Finalmente, habiendo analizado tal problemática, se considera necesario adicionar un párrafo al artículo 1070 del Código de Comercio, con el cual se eliminaría la laguna de ley, al no referirse a dicha situación en concreto, pues de esta forma se estarían respetando, tanto la garantía de audiencia, debido a que efectivamente se le esta dando la oportunidad al demandado de que acuda ante el Juez correspondiente a defender sus intereses, y por otro lado, el moroso está enterado de que existe una obligación a su cargo, y que en dicho domicilio podrá ser requerido para su cumplimiento, evitándose así que éste actué dolosamente y abandone el domicilio convencional pactado, para no cumplir con sus obligaciones; de la misma forma se está preservando la garantía de administración de la justicia, debido a que el actor tendrá plena seguridad de que se le hará justicia.

Se puede decir que al implantar dicho párrafo dentro del Código de Comercio se estaría dejando tanto al actor como al demandado en un estado de igualdad y certidumbre jurídica en el caso específico, evitándose entonces que los deudores actúen de mala fe, abandonando el domicilio convencional pactado, cambiando su lugar de residencia, sin hacerlo del conocimiento de su acreedor.

Se propone adicionar un párrafo sexto al artículo 1070 del Código de Comercio, en el que se establezca que: ***“Los efectos y validez del emplazamiento a que se refiere el párrafo quinto se harán extensivos en toda la República y a países en el extranjero, por lo que el emplazado bajo tales circunstancias no podrá acudir al Juicio de Amparo, alegando violaciones o irregularidades al procedimiento que lo dejaron en estado de indefensión, al ser vulnerada su garantía de audiencia, toda vez que pudo haber previsto la posibilidad de que se privaría de algún derecho, por abandonar el domicilio convencional pactado para el cumplimiento de sus obligaciones respecto de su acreedor”***

BIBLIOGRAFÍA

- 1.- BAQUEIRO ROJAS Edgardo. (1995-1997)
"Diccionario Jurídico"
Ed. Harla. Vol. 4.
- 2.- BAZDRESCH Luis. (1996)
"Garantías Constitucionales"
Ed. Trillas.
- 3.- BURGOA ORIHUELA Ignacio. (1998)
"Diccionario de Derecho Constitucional, Garantías y Amparo"
Ed. Porrúa S.A.
- 4.- BURGOA ORIHUELA Ignacio. (1999)
"Las Garantías Individuales"
Ed. Porrúa.
- 5.- CABANELLAS Guillermo. (1998)
"Diccionario Enciclopédico de Derecho usual"
Ed. Heliasta.

- 6.- CALAMANDREI Piero. (1996)
"Derecho Procesal Civil"
Impresora Castillo.

- 7.- CERVANTES AHUMADA Raúl. (1984)
"Derecho Mercantil: Primer Curso"
Ed. Herrero S.A. de C.V.

- 8.- CHIOVENDA Giuseppe. (1995)
"Derecho Procesal Civil"
Ed. Repisa.

- 9.- CHIRINO CASTILLO Joel. (1996)
"Derecho civil 3, Contratos Civiles"
Ed. Jurídica. 2ª edición.

- 10.- DIAZ BRAVO Arturo. (1998)
"Contratos Mercantiles"
Colecciones y textos jurídicos universitarios.

- 11.- GALINDO GARFIAS Ignacio. (1997)
"Derecho Civil"
Ed. Porrúa.

- 12.- GONZÁLEZ Juan Antonio. (1985, c 1967)
"Elementos de Derecho Civil"
Ed. Trillas.

- 13.- MANTILLA MOLINA Roberto, (2000)
"Derecho Mercantil"
Ed. Porrúa.

- 14.- OVALLE FAVELA José. (1995)
"Derecho Procesal Civil"
Ed. Harla.

- 15.- OVALLE FAVELA José. (1995)
"Garantías Constitucionales del Proceso"
Ed. Mc Graw-Hill interamericana de México.

- 16.- PLANIOL Marcel y Ripert Georgess (1996)
"Derecho Civil"
Ed. Episa.

- 17.- PINA VARA Rafael, (1992)
"Elementos Del Derecho Mercantil Mexicano"
Ed. Porrúa.

- 18.- ROJAS CABALLERO Ariel Alberto. (2002)
"Las garantías individuales en México"
Ed. Porrúa.
- 19.- ROJINA VILLEGAS Rafael. (1998)
"Compendio de Derecho Civil –Teoría general de las obligaciones-"
Ed. Porrúa.
- 20.- SÁNCHEZ MEDAL Ramón. (2001)
"De los Contratos Civiles"
Ed. Porrúa.
- 21.- VÁSQUEZ DEL MERCADO Oscar. (1998)
"Contratos Mercantiles"
Ed. Porrúa.
- 22.- ZAMORA Y VALENCIA Miguel Ángel. (2002)
"Contratos Civiles"
Ed. Porrúa.
- 23.- CÓDIGO CIVIL Federal. (2002)
Ed. ABZ.

- 24.- **CÓDIGO de Comercio. (2003)**
Ed. Cuadernos de Derecho.
- 25.- **CÓDIGO FEDERAL de Procedimientos Civiles. (2001)**
Ed. ABZ.
- 26.- **CONSTITUCIÓN Política de los Estados Unidos Mexicanos (2001)**
Ed. Esfinge