Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM

www.juridicas.unam.mx www.derecho.unam.mx

EL COMERCIANTE INDIVIDUAL EN EL DERECHO MERCANTIL MEXICANO *

Jorge BARRERA GRAF

Profesor de la Facultad de Derecho de la UNAM

SUMARIO: 1. ¿Quiénes son sujetos del derecho mercantil mexicano? 2. Importancia de la distinción de los sujetos mercantiles comerciantes y no comerciantes. 3. La clasificación del artículo 3º 4. El comerciante individual. Importancia y evolución. 5. Evolución en México. 6. La matrícula de los comerciantes. 7. La obligación de publicar el estado de comerciante. 8. Importancia de la publicidad en nuestro derecho, respecto al *status* de comerciante. 9. Presunción de ser comerciante. 10. Ejercicio del comercio. 11. Ocupación ordinaria. 12. La capacidad para ser comerciante. 13. Los menores emancipados. 14. Procedimiento de la emancipación. 15. La edad en la emancipación. 16. Ejercicio del comercio a nombre propio. 17. Prohibiciones e incompatibilidades para ejercer el comercio. 18. Los extranjeros comerciantes. 19. Sanciones en los casos de prohibiciones e incompatibilidades. 20. Pequeños comerciantes. 21. Conflictos de leyes en relación al comerciante

1. *¿Quiénes son sujetos del derecho mercantil mexicano?*

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

Al lado del comerciante, otros sujetos del derecho mercantil existen, en cuanto están sometidos a la reglamentación de la legislación mercantil, por lo que toca a ciertos actos que realizan y en cuanto pueden demandar o ser demandados por los actos de comercio que ejecuten. Son ellos, en primer lugar, los llamados *sujetos accidentales* del derecho mercantil, o sea, "las personas que accidentalmente con o sin establecimiento fijo, hagan alguna operación de comercio" (artículo 4o. C. Co.); en segundo lugar, los que podríamos llamar *sujetos no accidentales* que ejecutan ciertos actos de comercio (no por el fin), o que siendo menores heredan (artículo 556, C. Co.) una negociación mercantil, o sea, aquellos que realizan operaciones de comercio, frecuente o normalmente, sin que esto suponga una actividad profesional, o una

* Las referencias que se indican en este trabajo son, generalmente, del primer tomo de mi *Tratado de Derecho Mercantil*, México, 1957.

ocupación ordinaria, o sin que el sujeto tenga capacidad de ejercicio, todo ello en los términos de la fracción I del artículo 3o. del C. Co.; otros ejemplos de esta categoría los constituyen las personas que normalmente giran cheques, o quienes frecuente, pero no ordinaria ni habitualmente, compran para revender (libros, terrenos, casas, objetos antiguos, ropa, etcétera), sin tener almacén o tienda.

En tercer lugar, son sujetos del derecho mercantil aquellas *personas colectivas, no comerciantes,* constituidas o no con arreglo a las leyes mercantiles, que ejecuten actos de comercio o que inclusive hagan del comercio su ocupación ordinaria, a la que, no obstante, repugna la calificación de comerciantes, ya sea por ser éste un concepto de derecho privado y ellas, en cambio, personas de derecho público (Estado Federal, Estados extranjeros, Estados de la Unión, Municipios, organismos descentralizados, ciertas corporaciones de derecho público como el Banco de México, la Lotería Nacional, las iglesias) o porque su naturaleza es contraria a la comercial, como es el caso de las fundaciones y de las instituciones de beneficencia (Montes de Piedad, asilos, etcétera).

Por último, deberán también considerarse como sujetos de nuestra disciplina los *comerciantes anómalos,* que son las personas que cumplan los requisitos del artículo 3o, pero que: *a*) realizan una actividad ilícita sancionada penalmente (contrabando, impresión y venta de publicaciones prohibidas, comercio con armas o estupefacientes, etcétera, véase infra número 10, inciso c) notas 76 y ss.); estos supuestos, que colocan al infractor como sujeto del derecho penal, también pueden dar lugar al ejercicio de acciones mercantiles derivadas, por ejemplo, del contrato de compraventa celebrado, y en la acción relativa el infractor-demandado sería sujeto o parte del derecho mercantil; *b*) pesa sobre ellos alguna prohibición de las contenidas en los artículos 12 y 13 del Código de Comercio; [1] o, *c*) realizan habitualmente actos

[1] No es unánime la opinión de nuestra doctrina, sobre esta categoría. PALLARES, *Derecho mercantil mexicano,* México, 1891, núm. 349, pp. 89 y ss., y MANTILLA MOLINA, *Derecho mercantil,* 4a. ed. (de esta obra hay 10 ediciones), México, 1959, núm. 108, pp. 86 y ss., admiten que los individuos sujetos a incompatibilidades y prohibiciones pueden convertirse en comerciantes. TENA, *Derecho mercantil mexicano,* 2a. ed., México, 1938, núm. 95, pp. 215 y ss., lo niega, no sin aducir razones de peso. A reserva de volver sobre este tema —infra núm. 325—, optamos por la primera opinión, por las siguientes razones, además de las que invoca MANTILLA MOLINA (*ob. cit., loc. cit.*): *a*) porque la definición de comerciante que otorga la frac. I del art. 3o., sólo exige capacidad *legal,* que no les falta a las personas indicadas en estas hipótesis que examinamos; *b*) porque los corredores están considerados, implícita pero claramente, como comerciantes, puesto que pueden quebrar (arts. 10 y 97 LQ); *c*) porque las sanciones en contra de quienes violen la prohibición o la incompatibilidad es ajena y distinta a la calidad de comerciante. En nuestra tradición legislativa (art. 92, frac. I C. Co. 1854 y art. 110, frac. V C. Co. 1884) parece adoptarse solución contraria a la que sostenemos en el texto.

de comercio a pesar de que exista alguna incompatibilidad legal. En estas dos últimas categorías entran los corredores, los quebrados no rehabilitados, los sentenciados por delitos patrimoniales, los extranjeros no autorizados (o sea, todos los inmigrantes, salvo casos de excepción del "visitante —artículo 50 fracción III LP—; y los inmigrados, pero sólo en el caso de una limitación expresa para el ejercicio del comercio que la hubiera impuesto la Secretaría de Gobernación, artículo 66 LP, véase infra número 19) y los notarios que ejerzan el comercio como ocupación ordinaria y, que por ello, estén sujetos a las sanciones previstas legalmente. [2]

2. *Importancia de la distinción de los sujetos mercantiles comerciantes y no comerciantes*

La distinción de los sujetos del derecho mercantil no tiene una importancia meramente teórica o didáctica, sino que, además, adquiere relevancia práctica. En efecto, si bien todos los actos de comercio realizados por cualquier sujeto, mercantil están regidos por las normas del derecho comercial, el ejercicio continuado o habitual de algunos de ellos hace nacer la presunción de ser comerciante su autor, [3] lo que, a su vez, establece la presunción de mercantilidad de los actos de comercio que él realice (verbigracia, las compras y ventas especulativas de la fracción I del artículo 75 C. Co.), salvo prueba en contrario (véase infra número 9); contrariamente, los actos realizados por un no comerciante no se presumen como mercantiles, sino que respecto a ellos debe ofrecerse la prueba respectiva.

Ahora bien, sólo los comerciantes están sujetos a las obligaciones específicas del anuncio de la calidad mercantil, publicidad, contabi-

2 Art. 70, frac. II en relación con el art. 68, frac. I C. Co. y 106 en relación 97 LQ, respecto a los corredores; arts. 83 y 380 y ss., LQ en relación con quebrados; art. 50 LP, respecto a extranjeros y arts. 60 y 85 Ley del Notariado, para quienes esta profesión ejercen.

3 V. PALLARES, *cit.*, núm. 366, p. 911. La presunción de comercialidad no establecida expresamente en la ley, está reconocida en derecho extranjero: C. Co. esp. de 1829, art. 17 y del C. Co. vigente art. 30 cuyo texto es el siguiente: "Existirá la presunción legal de ejercicio habitual del comercio, desde que la persona que se proponga ejercerlo, anunciase por circulares, periódicos, carteles o rótulos expuestos al público o de otro modo cualquiera, un establecimiento que tenga por objeto alguna operación mercantil." V. GARRIGUES, *Tratado de derecho mercantil*, Madrid, 1947, t. I, vol. I, p. 350; LANGLE Y RUBIO, *Manual de derecho mercantil español*, Barcelona, 1950, p. 350. Para el derecho francés, v. RIPERT, *Traité élémentaire de Droit Commercial*, París, 1948, núms. 204, 206 y 219, pp. 84 y ss., y HAMEL, *Traité de Droit Commercial*, París, 1954, I, núm. 336, p. 404; para el derecho italiano, VIVANTE, *Tratado de derecho mercantil*, trad. esp., de la 5a. ed. it., Madrid, 1932, I, núm. 98, p. 164. También nuestros códigos reconocieron la presunción: C. Co. 1854, art. 50 y C. Civ. 1884, art. 33; ella deriva, además, del *status* jurídico propio del comerciante.

lidad y conservación de la correspondencia (artículos 16 y siguientes del C. Co.) y sólo ellos pueden incurrir en quiebra (artículo 1o. LQ) y como consecuencia, en los delitos propios de dicho estado (artículos 92 a 94 y 97, LQ y 391 y siguientes CP).[4]

Por último, la distinción entre comerciantes y no comerciantes es importante por cuanto a la calificación como mercantiles de ciertos negocios de los considerados como actos de comercio por nuestro sistema positivo. En efecto, como se sabe por la clasificación y análisis de los actos de comercio (véase mi *Tratado*), una gran categoría de éstos se consideran como tales precisamente por intervenir comerciantes en ellos, de tal manera que si los sujetos interesados en los actos y negocios relativos, no son comerciantes, los actos no son mercantiles, o lo son por consideración distinta al sujeto que interviene.[5]

En este caso están los actos comprendidos en el artículo 75 del Código de Comercio, fracciones XIV (operaciones de bancos), XVIII (los depósitos en los almacenes generales), XX y XXI (las obligaciones de los comerciantes a no ser que se pruebe que se deriven de una causa extraña al comercio), así como la llamada fianza de empresa (artículo 7o. LIF);[6] si en cualquiera de dichos actos o negocios no interviene un comerciante de los comprendidos en el artículo 3o. C. Co., sino —en la medida que ello sea legalmente posible un sujeto distinto, que incluso puede ser otro sujeto del derecho mercantil, estaremos en presencia, generalmente, de una actividad civil y no comercial.[7]

[4] En la legislación del impuesto sobre la renta anterior a la ley vigente de 1965, sólo los comerciantes eran sujetos regulares del impuesto sobre la renta en las Cédulas I y II; los no comerciantes eran, cuando más, sujetos accidentales gravados en la forma específica que indicaba el art. 54. En la actual ley, se gravan los ingresos globales de las empresas (no de los comerciantes, ni sólo de las empresas mercantiles) que provengan tanto de actividades comerciales e industriales (actos mercantiles propiamente) como de actividades agrícolas, ganaderas o de pesca (actividades civiles) (art. 16).

[5] Nos referimos en esta última hipótesis, a aquellos contratos como la apertura de crédito, o los contratos de refacción y avío que pueden ser mercantiles, a pesar de que ni el acreditado ni el acreditante sean comerciantes, siempre que se celebren con ocasión de la explotación de una empresa mercantil. v. núm. 72 de mi *Tratado*.

[6] No están comprendidos en este supuesto los actos a que se refiere la frac. XXIII del art. 75, o sea, la enajenación que de los productos de su finca o de su cultivo hagan el propietario o el cultivador, tanto porque el agricultor no es comerciante, cuanto porque esos actos, a pesar de la expresa y terminante redacción de la norma, no son comerciales según demostramos en núm. 75 de mi *Tratado*.

[7] Decimos que *generalmente*, porque el carácter comercial de la actividad puede derivar de otras normas: por ejemplo, la fianza o el depósito en un almacén general, aunque no sean celebradas por empresas, pueden ser mercantiles por ser accesorios de un contrato comercial; los actos realizados por una institución bancaria oficial, cuyo *status* de comerciante sea cuando menos dudoso (Banco de México, Nacional Financiera, Banco Nacional Hipotecario, etcétera), resultan mercantiles por ser idénticos o análogos a los realizados por los bancos privados, que sí son comerciantes.

3. *La clasificación del artículo 3º*

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

El criterio legal para la calificación de unos y otros es distinto, ya que mientras para los comerciantes comprendidos en la fracción I se exige una actividad real y objetiva (hacer del comercio una ocupación ordinaria), para las sociedades a que se refiere la fracción II, basta el cumplimiento de determinados requisitos de tipicidad o de forma (que las sociedades estén constituidas con arreglo a las leyes mercantiles), y por último, para las sociedades extranjeras a que alude la fracción III, tanto se exige la actividad real (ejercer actos de comercio), como el cumplimiento de los requisitos y formalidades exigidos por el sistema legal del que procedan (artículos 15 C. Co. y 251 fracción I LGSM en relación con dicha fracción III del artículo 3º C. Co).[8]

Ahora bien, si es cierto que los dos tipos de comerciantes derivan de las distintas fracciones del artículo 3º, no es cierto, en cambio, que la fracción I sólo aluda a los comerciantes individuales, y que sólo sean comerciantes colectivos o sociedades los comprendidos en las fracciones II y III; efectivamente, casos hay de sociedades no constituidas con arreglo a las leyes mercantiles, que, no obstante, son comerciantes, por hacer del comercio su ocupación ordinaria, como sería el caso —nada insólito— de las sociedades civiles cuyo objeto o finalidad fuera mercantil. Estas sociedades, a las que Mantilla Molina considera como *sociedades mercantiles irregulares* (número 67, página 101), estarían comprendidas en la fracción I, y no en la II o III del artículo 3º[9]

[8] PALLARES, *cit.*, núm. 376, pp. 924 y ss., no acepta esta triple clasificación, que por lo demás es evidente, según el texto del art. 3o. Para él, "sólo son comerciantes los individuos o sociedades que hacen del comercio su ocupación ordinaria".

[9] La opinión criticada en el texto es la de nuestros tratadistas; véanse, en efecto, MORENO CORA, *Tratado de derecho mercantil mexicano*, México, 1905, p. 22; TENA, *cit.*, núm. 85, p. 192; RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ, *Curso de derecho mercantil*, 3a. ed., México, 1957, I, p. 36; MANTILLA MOLINA, *cit.*, núm. 111, pp. 88, 92 y 117; DE PINA VARA, *Elementos de derecho mercantil mexicano*, México, 1958, núm. 40, p. 32. PALLARES, *cit.*, núms. 375 y ss., pp. 923 y ss., alude a un problema semejante al que no encontró solución legal (y de ahí la conclusión a la que llegó, *v.* supra nota 8): i.e., el de las sociedades civiles que podían constituirse "con arreglo a la ley mercantil", en los términos del art. 91 derogado del C. Co. ("Las sociedades civiles sin perder su carácter, pueden constituirse *como* sociedades de comercio de conformidad con las disposiciones de este título"); es verdad, que la situación planteada por dicha norma parecía sentar una contradicción jurídica: sociedades civiles constituidas como sociedades de comercio. Nuestra hipótesis es distinta: sociedades que se constituyen como si fueran civiles (es decir, sin adoptar ninguno de los tipos enumerados por el art. 1o. LGSM) pero que "hacen del comercio su ocupación ordinaria"; esas sociedades, a pesar de estar constituidas dentro de la legislación civil, son comerciales, y el mismo C. Civ., así lo declara (art. 2695).

4. *El comerciante individual. Importancia y evolución*

El comerciante ha sido y sigue siendo un elemento básico y fundamental del derecho mercantil. Lo fue cuando nuestra disciplina se estructuró con un criterio subjetivo, en torno, precisamente, del comerciante matriculado (número 2 de mi *Tratado*), y lo es todavía en la actualidad, tanto en sistemas subjetivos, como el alemán, como en sistemas predominantemente objetivos, como el nuestro, a pesar de que el texto del artículo 1º de nuestro Código sostenga que sus disposiciones son aplicables *sólo* a los actos comerciales.

Decimos que el concepto es fundamental en ambos sistemas, porque, como afirma Hamel, [10] en los derechos de tipo objetivo fundados en el acto de comercio, el ejercicio de la actividad mercantil quiere decir, ejecución de actos, de ciertos de ellos al menos (infra número 10), lo cual se atribuye profesionalmente al comerciante; igualmente, en el derecho alemán, junto al concepto de comerciante o empresario inscrito, respecto al cual la matriculación es esencial para calificar de mercantiles (o en su defecto, de civiles) los actos que realice (artículo 2º C. Co. al.), existe el concepto de comerciante en función del ejercicio de una profesión comercial, es decir, en función de la realización de actos de comercio, con independencia del registro de comerciantes.

Como en otro lugar afirmamos (números 2 y 4 de mi *Tratado*), al lado de los actos de comercio y de la organización y funcionamiento de la empresa, la actividad del comerciante es esencial para determinar el contenido y el concepto de nuestro derecho mercantil. Por ello, al estudio de esta figura, de sus obligaciones y de sus auxiliares, estará dedicado el segundo volumen de nuestro *Tratado*.

Tradicionalmente, el concepto de comerciante se ofrece en función de dos notas: la intermediación y el lucro; así, desde las Partidas, se define al mercader como *aquel que vende e compra las cosas de otri, con intención de las vender a otri por ganar en ellas*; [11] concepto éste que perduró hasta el Código francés de 1808, en el que dichas dos notas fueron sustituidas por una expresión sintética semejante, a saber: *ejercer actos de comercio, como profesión habitual* (artículo 1º). [12]

La definición del Código de Napoleón, a su vez, fue acogida por el

[10] *Ob. cit.*, núm. 344, p. 414.

[11] Partida 5a. Título VII, Ley I. Al parecer, éste es el único Ordenamiento del derecho clásico hispano que define al mercader, aunque ya el *Fuero Juzgo* reglamentó su actividad (libro XI, título III). Véanse, igualmente, las *Ordenanzas de Bilbao* (capítulo IX), la *Novísima recopilación* (libro IX, título IV: "De los mercaderes y comerciantes y sus contratos").

[12] *Sont commerçants ceux que exercent des actes de commerce, et en font leur profession habituelle.*

Código español de *Sáinz de Andino,*[13] por el alemán de 1865,[14] por el C. Co. it. de 1882,[15] por el español vigente de 1885.[16]

Por otra parte, la intermediación y el lucro, o el ejercicio habitual u ordinario del comercio, se requería que fueran acompañados de la exteriorización, de la ostentación de la calidad de comerciante; un mercader clandestino no era concebible. Por ello, además de importantes razones políticas y económicas (número 24), en los albores del derecho mercantil se exigió a los comerciantes la *matriculación,* o sea, su inscripción en un libro especial (matrícula) que se llevaba en las Corporaciones, Consulados, Universidades de Mercaderes. Como en otro lugar indicamos (número 30 de mi *Tratado*), los gremios y corporaciones de comerciantes matriculados constituyen el origen del derecho comercial.

La obligación de matrícula perduró en Francia hasta la Revolución de 1789, que al prescribir la libre asociación, impidió la subsistencia de los gremios de comerciantes;[17] así se explica que el Código de Comercio francés nada diga respecto a la obligación de los comerciantes de matricularse.[18]

Sin embargo, dicha obligación, que como fenómeno universal también existió en España, fue respetada por el Código de Comercio de 1829,[19] y aunque no pasó al código vigente de 1885 como requisito obligatorio, sino meramente potestativo (artículo 17),[20] sirvió seguramente para

13 Art. 1o. "Se reputan en derecho comerciantes, los que, teniendo capacidad legal para ejercer el comercio, se han inscrito en la matrícula de comerciantes, y *tienen por ocupación habitual y ordinaria el tráfico mercantil,* fundando en él su estado político."

14 Art. 4o. "Se considera comerciante, para los efectos del presente código, a aquel que ejercita habitualmente actos de comercio." Cit. por ENDEMANN, *Manuale di Diritto Commerciale, Marittimo e Cambiario,* trad. it., Nápoles, 1897, I, p. 117.

15 Art. 8º "Son comerciantes quienes hacen del comercio su profesión habitual, así como las sociedades comerciales."

16 Art. 1º "Son comerciantes para los efectos de este código: 1º Los que teniendo capacidad legal para ejercer el comercio, se dedican a él habitualmente, 2º Las compañías mercantiles..."

17 V. RIPERT, *Traité...*, *cit.*, núm. 124, p. 57.

18 La ley francesa de 18 de marzo de 1919 ha vuelto a la matriculación (arts. 10 y 30), aunque en opinión de RIPERT (núm. 219, p. 89 y ss.), "no tiene ningún valor en lo que concierne a la determinación de la calidad de comerciante", sino que sólo crea una presunción de hecho. "Inversamente, la falta de matriculación no es obstáculo a la atribución de la calidad de comerciante."

19 Art. 1º Su texto en supra nota 13 y art. 17: "El ejercicio habitual del comercio se supone para los efectos legales cuando después de haberse inscrito la persona en la matrícula de comerciantes, anuncia al público por circulares o por los periódicos, o por carteles, o por rótulos permanentes expuestos en lugar público un establecimiento que tiene por objeto cualquiera de las operaciones que en ese (*sic*) código se declaran como actos positivos de comercio..."

20 Este artículo fue copiado en nuestro código vigente (art. 19). Sobre el limitado alcance de la matrícula en el derecho español actual. v. LANGLE Y RUBIO, *cit.*, pp. 311 y ss.

configurar los primeros textos de derecho comercial del México independiente.

5. *Evolución en México*

El concepto de mercader dado por las Partidas, fue acogido en la Nueva España, a través de la vigencia de dicho Ordenamiento, que, como se sabe, perduró con pocas interrupciones muchos años después de la Independencia, hasta 1884 (ver número 48 de mi *Tratado*).[21] Con anterioridad a dicho año, en que entró en vigor el C. Co. de Baranda, el Código de 1854 había adoptado casi literalmente la definición de comerciante del Código español de *Sáinz de Andino* (artículo 5º C. Co. 1854); y los Proyectos de Código de Comercio de 1869 y de 1880, ofrecían una definición semejante, si bien, la primera no incluía la matriculación (artículo 27), y sí la segunda (artículo 5º).[22]

El Código de 1884, igualmente, acogió la idea de la ocupación habitual, y, como veremos, se alejó ya definitivamente de la obligación de la matrícula.[23]

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

21 Sobre el concepto de mercader en las Partidas, acogido en México, véanse *Febrero Mejicano* (ed. de Don Anastasio de la Pascua), Méjico, 1834, t. IV, p. 7 y *Curia Filípica Mejicana,* quinta parte, sección primera, inciso 60 (París y Méjico, 1858, ed. de Eugenio Maillefert y Cía.), pp. 576 y ss.

22 Este art. 5º del Proyecto de 1880, proponía la siguiente definición: "Son comerciantes los individuos que teniendo capacidad para contratar, se inscriben en la matrícula respectiva, y ejercen actos mercantiles haciendo de ellos su ocupación habitual; sea que se consagren a uno o más ramos al mismo tiempo, ya limitando su acción al interior de la República, o ya ensanchándola al exterior." El texto del art. 27 del Proyecto de 1869 es el siguiente: "Se reputan en derecho comerciantes a los que teniendo capacidad para ejercer el comercio, hacen del tráfico comercial su ocupación habitual y ordinaria." El requisito de la matriculación o registro lo establecía este Proyecto de 1869 en el art. 29 que preceptuaba: "Toda persona que se dedique a la profesión del comercio, está obligada a inscribirse en el registro del lugar donde se establezca, para legalizar su ejercicio." Es curioso comprobar que el texto de la frac. I del art. 3º de nuestro C. Co. vigente está más cerca de la definición del art. 27 de este Proyecto de 1869 que de la definición del C. Co. de 1884.

23 El art. 5º C. Co. de 1884 dice: "Son comerciantes los individuos que teniendo capacidad para contratar, ejercen actos mercantiles haciendo de ellos su ocupación habitual; sin que se consagren a uno o más ramos al mismo tiempo, ya limitando su acción al interior de la República, o ya ensanchándola al exterior" y el art. 33 fue más lejos al establecer una presunción de ser comerciantes: "Se reputa que ejercen el comercio haciendo de él su ocupación habitual..."

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

6. *La matrícula de los comerciantes*

Mención especial debemos hacer de la obligación impuesta tradicionalmente a los comerciantes en el derecho de la Nueva España y del México Independiente, de ostentar su calidad, mediante la inscripción en la matrícula.

Por auto acordado de 23 de marzo de 1677, ante "lo mucho que el consulado abusa de su jurisdicción", se resolvió "no admitir a su fuero mercader alguno que no estuviese matriculado y conocido por tal, con las calidades que las leyes disponen para admitirle a la matrícula". [24]

El requisito de la matrícula fue dispensado por Real Cédula de 4 de marzo de 1719, disponiéndose, en cambio, "que se tenga por suficiente la notoriedad de ser mercader, y en su defecto la información que se hace sobre si el demandado lo es, o no"; [25] empero, siguió exigiéndose la matriculación para ser admitido en las elecciones de Prior y de Cónsules en el Consulado de México, como se desprende de la Real Orden de 28 de septiembre de 1743, que estableció la "alternativa que debe observarse entre las dos Parcialidades de Montañeses y Vizcaynos en la elección de Prior, Cónsules y demás oficios de dicho Real Tribunal". [26]

A raíz de la Independencia y a tenor de las nuevas corrientes, se suprimió la obligación de los comerciantes de matricularse, tanto para adquirir la calidad como para elegir representantes en los consulados, según se desprende del *Febrero Mejicano* que no hace referencia a dicha obligación. [27] Tampoco se requirió la matrícula para elegir represen-

24 BELEÑA, *Recopilación sumaria de todos los autos acordados de la Real Audiencia y Sala del Crimen de esta Nueva España*, México, 1787, I, p. 34 y ss., "primer foliage".

25 BELEÑA, *ibidem*. Quizá en la última parte de esta cita pueda encontrarse un antecedente del sistema que el código vigente sigue respecto a los actos de comercio unilaterales, para los cuales, el art. 1050 establece el principio *actor sequitur forum rei*.

26 BELEÑA, *Recopilación... cit.*, I, p. 147 "tercer foliage" y II, pp. 123 y ss., con el texto de la Representación, aprobada por el rey de España, respecto a dichas elecciones y la alternativa indicada. V. también, *Febrero Mejicano, cit.*, p. 7 y *Curia Filipica Mejicana, cit.*, p. 577.

27 La matrícula, en rigor, fue abolida por la Revolución Francesa, como una institución contraria a la libertad de comercio, desapareciendo con la supresión de las corporaciones, v. RIPERT, *cit.*, núm. 207, p. 85. Todavía al proponerse el C. Co. it. de 1882, MANCINI, *en la relación al rey*, afirmaba que "la institución del registro de comerciantes es contraria a las modernas ideas políticas y económicas. El concepto de un *albeo* o de una *matricula mercatorum* provoca el recuerdo de los antiguos artesanos que el progreso económico ha borrado, por fortuna, de las costumbres modernas"

tantes ante los Consulados, por la sencilla razón de que éstos fueron suprimidos por Decreto de 16 de octubre de 1834 (ver número 49).

Nuestro primer Ordenamiento mercantil, o sea, el Decreto de Santa-Anna de 1841 (véase número 50), al restablecer los tribunales de comercio, volvió a exigir la obligación de matricularse "en lugar donde haya tribunal mercantil" (2º), dio el concepto de la matrícula, fijó su alcance (artículo 3º) y estableció el trámite para inscribirse (artículo 4º).[28]

El Código de Comercio de 1854 conservó la obligación de la matrícula (artículos 5º y 14 a 22), sancionando a "los que se dediquen al comercio sin matricularse previamente... con multa de cinco a doscientos pesos; a que los contratos mercantiles que celebren no produzcan acción civil, pero sí obligación civil perfecta, y en caso de quiebra será ésta reputada y declarada fraudulenta" (artículo 21).

Por lo que respecta al Proyecto de 1869, como ya vimos (mi *Tratado,* número 54), se separó del sistema de la matrícula,[29] a la que volvía mediante reglamentación minuciosa el Proyecto de 1880 (artículos 5º, 37 y 53).

cit., por NAVARRINI, *Trattato di Diritto Commerciale*, 2a. ed., Milán 1931, t. I, núm. 217, p. 295.

Podría parecer que la omisión que se indica en el texto, no constituye una prueba definitiva para afirmar la supresión de la matrícula; debe tenerse en cuenta, sin embargo, la dispensa de la matrícula según la Real Cédula de 1719; además, en la edición posterior del *Febrero Mejicano*, o sea, en el *Nuevo Febrero Mejicano*, de don Mariano Galván Rivera, escrita durante la vigencia del Decreto de Santa-Anna de 1841, claramente se refiere a la obligación de la matrícula que restableció dicho Decreto. No es de pensar que en la primera edición se hubiera pasado por alto algo tan importante que, en cambio, fue puesto muy de relieve en la segunda edición.

28 Este Decreto de 1841 permaneció en vigor hasta la promulgación del C. Co. de 1854, como lo prueba el hecho de que lo comente y se refiera a él el *Nuevo Febrero Mejicano*, Méjico, 1851, t. II, pp. 278 y ss. En cambio, después de la derogación de dicho C. Co. de 1854, no volvió a entrar en vigor el Decreto de Santa-Anna, sino la legislación colonial española. Es curioso notar que nuestros viejos tratadistas —*Febrero Mejicano, Nuevo Febrero Mejicano, Curia Filípica*— se refieren también al derecho español posterior a la Independencia (C. Co. de 1829), concediéndole una fuerza semejante al derecho anterior a nuestra emancipación, o al propio derecho mexicano. ¿Se trata de una supervivencia del derecho hispano por inercia, y ante la insuficiencia de nuestras leyes o hubo una adopción expresa de este código de 1829? Ni una cosa ni otra. "El Código español de comercio del año de 1829, dice la *Curia Filípica, cit.*, pp. 574 y ss., no tiene entre nosotros fuerza de ley ni autoridad alguna; pero en consideración a la justicia y equidad de sus disposiciones, a que muchas de éstas son conformes, en su espíritu y en su letra, a no pocas de las que forman la legislación española vigente en la República, y al precio con que ha sido visto por varios jurisconsultos mejicanos y comerciantes, nos ha parecido conveniente hacer uso de él y también del francés, tanto para ilustrar esta materia como para llenar el vacío de nuestra jurisprudencia mercantil; volviendo a repetir que las decisiones de uno y otro Código, no pueden tener más fuerza que las que pueden darles, las razones en que se hubieren apoyado, y que de ninguna manera las presentamos con el carácter o investidura de leyes".

29 Sin embargo, el art. 43 hablaba de "la patente que exige la ley".

El Código de Comercio de 1884 suprime definitivamente este requisito (artículos 5º y 9º) siguiendo el ejemplo de sus modelos extranjeros, los códigos francés e italiano de 1882.[30]

Por lo que respecta a nuestro código vigente, debemos admitir que no establece la matriculación obligatoria, sino meramente potestativa (artículo 19),[31] aunque ordenando que los individuos comerciantes "quedarán matriculados de oficio al inscribir cualquier documento cuyo registro sea necesario". Por tanto, si bien potestativa, la matriculación se convierte en general, ya que es difícil que un comerciante no tenga que inscribir alguno de los documentos a que se refiere el artículo 21, u otros no comprendidos en dicha norma, pero que presente la inscripción en los términos del artículo 31.

Ahora bien, es bueno aclarar que tanto de los propios términos del artículo 19,[32] como de nuestras costumbres comerciales, se desprende la diferencia de esta "matriculación potestativa", con aquella otra de carácter obligatorio, establecida tradicionalmente entre nosotros por el Decreto de 1841 y el Código de Comercio de 1854, que copiaron al español de 1829.

7. *La obligación de publicar el estado de comerciante*

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

En la época colonial, como ya vimos (supra número 6), aunque se dispensó la inscripción en la matrícula como requisito para ser comerciante, se exigió, "*la notoriedad de ser mercader* y en su defecto la información que se hace si el demandado lo es o no".

Con posterioridad a la Independencia y hasta nuestros días, la publicidad y el anuncio de la calidad de comerciante siempre se han exigido. Así, con anterioridad al Decreto de Santa-Anna de 1841, nuestra doctrina interpretó la definición que de mercader daban las Partidas como si ella exigiera los medios de publicidad previstos en el artículo 17 del

30 En el derecho extranjero, la matriculación subsistió en España hasta el código vigente de 1885 ya que incluso la Ley de 30 de junio de 1878, que modificó en algunos aspectos el código de 1829, respetó la inscripción en la matrícula (art. 1º) v. GARRIGUES, *Tratado...*, *cit.*, t. I, vol. I, p. 343: el vigente código comercial argentino de 1890, también se afilia al sistema de la matrícula (arts. 25 y ss.).

31 Ello, para los comerciantes individuales según dispone dicho art. 19; no así para las sociedades mercantiles y para los buques.

32 Semejante al art. 2º del C. Co. esp. de 1885 y al art. 35 del C. Co. arg.

Código de Comercio español de 1829;[33] lo que, dicho sea incidentalmente, comprueba la gran influencia que tuvo en México la legislación española, posterior a 1821.

El Decreto de Santa-Anna se contentó con señalar la obligación de la matrícula, exigiendo la inscripción de actos tales como el traslado o cierre de negociaciones, el aumento de otro establecimiento, la separación como socio de una sociedad, la disolución de éstas, etcétera (artículo 14); además, al lado de la matrícula, la doctrina que comenta este Decreto exigía la obligación impuesta en el Código español, de inscribirse en el Registro Público de Comercio.[34]

El Código de 1854 acudió como medio de publicidad, además de la matrícula, al Registro Público de Comercio, para la "inscripción en un registro solemne de los documentos cuyo tenor y autenticidad deben hacerse notorios" (artículo 28, párrafo 1º), y en el primer artículo referente a dicho Registro (artículo 29), se ordenó la matriculación general de los comerciantes y de ciertos documentos, entre los cuales se estipulaban "las circulares en que anuncien su dedicación al Comercio".[35]

Al derogarse el Código de 1854, se volvió al sistema que rigió desde la Independencia hasta la promulgación del Decreto de 1841, según se comprueba en la *Curia Filípica*[36] en que se reproducen los argumentos y las razones del *Febrero Mejicano*. En el Proyecto de 1869, el artículo 42 reproducía en lo esencial lo dispuesto por el artículo 14 del Código de Comercio español de 1829, y en el artículo 49 se indicaba que la prueba de la calidad de comerciante se podría otorgar por la notoriedad pública y por "todos los elementos de convicción que puedan invocarse ante la autoridad para establecer la existencia de un hecho cualquiera".

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

En cuanto al Código vigente de 1890, sigue el sistema del código

[33] Comentando la definición de las Partidas y comparándola con las que ofrecen los arts. 1º del C. Co. fr. y del C. Co. de Sáinz de Andino, dice el *Febrero Mejicano, cit., loc. cit.*: "parece racional el que como establece el citado código español se tenga por comerciante para efectos legales, a la persona que anuncia al público por circulares, o por los periódicos, o por carteles, o por rótulos permanentes expuestos en lugar público un establecimiento que tenga por objeto cualquiera operación que sea acto positivo de comercio; y a estos anuncios se siga que la tal persona se ocupe realmente en los referidos actos". Esta terminología es idéntica a la del art. 17 del código español.

[34] *Nuevo Febrero Mejicano, cit.*, pp. 280 y ss.

[35] V. TORNEL Y MENDIVIL, *Manual de derecho mercantil mexicano, o sea el Código de Comercio de México puesto en forma de diccionario*, México, 1854, p. 120.

[36] *Ob. cit.*, p. 577

anterior, ya que fija "las obligaciones comunes a todos los que *profesan* al comercio", en el Título Segundo del Libro Primero, si bien en forma más explícita establece como primera obligación (artículo 16 fracción I), "la publicación, por medio de la prensa, de la calidad mercantil con todas sus circunstancias esenciales, y, en su oportunidad, de las modificaciones que se adopten". Se establece, además, la obligación de inscribir en el Registro Público de Comercio "los documentos cuyo tenor y autenticidad deben hacerse notorios" (fracción II).

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

En el Proyecto del Código de Comercio de 1953 también se establece como obligación "el anuncio de la calidad del comerciante y el del establecimiento de sucursales o agencias, que se hará mediante declaración a la Cámara de Comercio o de Industria correspondiente" (artículo 398), [37] e impone como única sanción en caso de incumplimiento de esta obligación, multa de cien a quinientos pesos (artículo 402).

8. *Importancia de la publicidad en nuestro derecho, respecto al* status *de comerciante*

A pesar de que, como queda dicho, la publicidad respecto al estado de comerciante puede considerarse entre nosotros como una tradición no interrumpida, es obvio que la reglamentada en el Código de Comercio vigente (artículos 16 a 32) está lejos de significar un presupuesto, o siquiera un requisito para devenir comerciante. [38] Tanto puede ser comerciante quien no se anuncia ni se registra, como no ser comerciante quien se anuncia y se registra. [39]

En efecto, a semejanza del derecho italiano, [40] el nuestro no contiene

[37] El art. 399 del Proyecto exige que la declaración contenga los siguientes datos: "I. Nombre, razón social o la denominación del comerciante; II. La clase de comercio u operaciones a que se dedica; III. El domicilio; IV. La ubicación del establecimiento y de sus sucursales o agencias; V. El nombre comercial; VI. El balance de apertura, y VII. Las personas encargadas de su administración y representación, con las firmas autógrafas de éstas."

[38] V. en este sentido, PALLARES, *cit.*, núm. 368, p. 912; TENA, *cit.*, núm. 99, p. 225; RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ, *Curso...*, *cit.*, p. 243. En contra parece estar MORENO CORA, *cit.*, p. 29.

[39] LYON CAEN et RENAULT, *cit.*, por PALLARES, *cit.*, y éste mismo p. 912.

[40] NAVARRINI, *Trattato Teorico-Practico di Diritto Commerciale*, Turín, 1920, I, núm. 217, p. 295.

un registro de comerciantes, ya que el existente es registro de comercio (véase, por ejemplo, artículos 18 y 20 del C. de Co.) en el que se inscriben fundamentalmente negocios jurídicos y documentos; es cierto que el artículo 21 del Código de Comercio se refiere "a la hoja de inscripción de cada comerciante", pero también es cierto que, por disposición expresa del artículo 19 del Código de Comercio, "la inscripción o matrícula en el Registro Mercantil *será potestativa* para los individuos que se dediquen al comercio" (comerciantes individuales), lo que ha motivado que en la práctica comercial no se acuda a la inscripción subjetiva, a que alude el artículo 21. [41]

Por otra parte, de ninguna norma de nuestro derecho positivo, ni de costumbre mercantil alguna, se desprende que la calidad de comerciante derive de su exteriorización, ya sea a través del Registro, o mediante los medios de publicidad a que se refiere el artículo 16, fracción I, y sobre todo el artículo 17; en este aspecto, conserva nuestro derecho mercantil el principio general del sistema mexicano, de no atribuir a la inscripción en el Registro función constitutiva, sino meramente declarativa. [42]

Podemos, pues, acoger la afirmación de Vivante [43] de que "la voluntad de ejercer el comercio no hace las veces de su ejercicio efectivo: no basta titularse comerciante en actos públicos o privados, fingirse tal, aun recurriendo a artificios dolosos..."; es necesario el ejercicio efectivo de comercio, el "hacer del comercio su ocupación ordinaria", para convertirse en comerciante.

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

Fácil sería afirmar que por gravitar dichas obligaciones sobre quien ya es comerciante, nada agregan a dicha calidad; pero el problema es que se use de dicha forma de publicidad, e incluso se acuda al registro, no por quien ya ejerza el comercio en forma habitual, sino por quien pretenda ejercerlo posteriormente (lo que constituye una práctica normal inevitable), o bien, por quien quiera *aparentar* una situación frente a terceros, sin proponerse el efectivo ejercicio ulterior de tal actividad (*falso comerciante* o *comerciante aparente*), con la finalidad de gozar de las ventajas que tiene el ejercicio de comercio (verbigracia, ejecución de ciertos actos de comercio, adquisición de créditos, etcétera). [44]

41 Cfr. MANTILLA MOLINA, *cit.*, núm. 176, p. 122.

42 Una excepción es el Registro de la Propiedad Industrial, respecto a las marcas registradas. V. supra n. 211 y otra excepción la que establece el art. 320 *in fine* C. Co. para la validez frente a terceros de la revocación de los poderes del factor.

43 *Tratado... cit.*, I, núm. 104, p. 171. V. también, MONTESSORI, *La capacitá commerciale ed il minore di etá*, RDC, 1926, II, pp. 181 y ss., y entre nosotros TENA, *cit.*, núm. 99, p. 225.

44 "No se exige para la inscripción ninguna prueba, dice MANTILLA MOLINA, *ob. cit.*,

Este problema reviste particular importancia por el alcance que algunos autores (sobre todo de derecho sucesorio —heredero aparente—, cambiario y de sociedades) [45] han querido dar al principio de la apariencia, en relación a la seguridad del tráfico mercantil y a la protección que debe brindarse a los terceros de buena fe. [46] Se sostiene que por significar la publicidad y sobre todo, el registro, una declaración pública, distinta a la manifestación de voluntad propia de todo negocio jurídico, no está regida por las reglas que se aplican al consentimiento (dolo, error), sino que dicha *declaración a la generalidad,* tiene un carácter específico, que consiste, precisamente, en la presunción de que cuanto en ella se afirma responde a la verdad, y tal carácter es debido a la indeterminación de los destinatarios y al hecho de que el público no tiene medios para poder controlar la verdad del contenido, por lo que la presunción que surge no admite prueba en contrario, en virtud del principio de que los terceros no deben ser dañados por actos dolosos o culposos del declarante". [47]

No obstante, tal alcance del principio de la apariencia, que como dice Stolfi equivale a afirmar la *fe pública* de las inscripciones en el Registro y de los medios de publicidad que se utilicen, no está admitido ni por la ley ni por la costumbre, [48] fuentes ambas que exigen del comer-

n. 158, p. 115, de que lo es (comerciante) en realidad quien la solicita, y puede lograrla el que desea ostentar tal calidad para poder ser síndico del concurso o quiebra o con cualquier otra finalidad."

45 Entre éstos, véanse, por ejemplo, AULETTA, *Il Contratto di Società Commerciale,* Milán, 1937, pp. 76 y ss.; FRE, *L'organo amministrativo nelle Società Anonime,* Roma, 1938, p. 206 y SALANDRA, *cit.,* por AULETTA. V. también, RIPERT, *cit.,* núm. 68, p. 31.

46 RIPERT, *cit.,* núm. 202, p. 84 y núm. 68, pp. 30 y ss.; MOSSA, *Trattato del Nuovo Diritto Commerciale,* Milán, 1942, I, núms. 234 y ss., pp. 221 y ss. En protección de los terceros de buena fe, la ley atribuye al principal los actos realizados por el factor, "sobre objetos comprendidos en el giro o tráfico de que están encargados" (art. 315 C. Co.), aun cuando el factor haya obrado en propio nombre o abusado del poder. Evidentemente en este caso se está dando fuerza legal a la apariencia (cfr. VIVANTE, *cit.,* I, núm. 274, p. 341).

47 SOTGIA, *L'esercizio commerciale di fatto del minore,* RDC, 1926, I, p. 754; v. BOLAFFIO, *Le teorie sull'apparenza giuridica,* RDC, 1934, I, pp. 131 y ss. y GRECO, *Le Società nel sistema legislativo italiano,* Turín, 1959, núm. 37, p. 67. NATTINI, *La dottrina generale della procura,* Milán, 1910, núm. 85, p. 150, dice de la publicidad que "es la forma de notificación usada para las declaraciones recepticias, dirigidas a *personas objetivamente indeterminadas*".

48 STOLFI, *L'apparenza del diritto,* Modena, 1934, p. 43. MANTILLA MOLINA, *cit.,* núm. 114, p. 90, parece referirse al caso de la apariencia cuando atribuye carácter de comerciante al "que ejerciera el comercio en nombre ajeno pero por cuenta propia. Habría aquí —agrega— una verdadera simulación, casi siempre con propósitos de defraudar a terceros, los cuales estarían facultados, si allegaren los elementos de prueba necesarios para demostrarla, de hacer producir a los actos reales la totalidad de sus efectos, entre ellos, la atribución del *status* de comerciante". Una situación inversa a ésta, de quien se dedica al comercio a través de un prestanombre, ocultando, por tanto, su interés personal, es tratado por RIPERT, *cit.,* núm. 202, p. 84. No compartimos la opinión de este eminente autor, según la cual la persona que oculta su interés es quien se convierte en comerciante, a pesar de su clandestinidad.

ciante el ejercicio habitual del comercio y la capacidad necesaria, por lo cual, debe desecharse. [49]

9. *Presunción de ser comerciante*

Rechazar que en virtud de la apariencia se constituya una presunción absoluta de que quien se registre y acuda a la publicidad es comerciante, independientemente de la actividad real que realice, no significa privar de todo efecto a la exteriorización u ostentación de la calidad mercantil, ni tampoco equivale a considerar como intrascendentes las obligaciones a que se refieren los artículos 16 y 17 del Código de Comercio. Afirmamos, por el contrario, que algunos efectos producen dichas formas de exteriorización, sobre todo respecto a un fenómeno jurídico, como es el carácter de comerciante, al que repugna la clandestinidad, [50] y que ha exigido siempre, en nuestro derecho y en derecho extranjero, el ostentarse públicamente.

A nuestro juicio, el efecto de una publicidad consistente en la inscripción en el registro, en la utilización de los medios a que se refiere el artículo 17, así como de cualesquiera otros (verbigracia, las declaraciones fiscales de iniciación de actividades comerciales, artículo 60 Ley del Impuesto Sobre la Renta, o el empadronamiento previsto en el de la Ley del Impuesto sobre Ingresos Mercantiles, artículo 14), *se reduce a crear una presunción relativa de que la persona que a tales medios acude, es comerciante,* en los términos de la fracción I del artículo 3º del Código de Comercio; [51] por tanto, no sólo que ejerce el comercio como actividad ordinaria, sino también, que tiene la capacidad legal para ello. [52] Conse-

[49] STOLFI, *cit.*, p. 43 y SALANDRA, *cit.*, por AULETTA, *cit.*, p. 76: la apariencia, "no es un principio general de derecho, sino una directriz de política legislativa; de donde la apariencia sólo puede prevalecer sobre la realidad cuando exista una disposición expresa de ley".

[50] "Quien se dedica clandestinamente al comercio, no es comerciante", GARRIGUES, *Tratado...*, *cit.*, I, p. 348; v. también, RIPERT, *cit.*, núm. 129, p. 59; NAVARRINI, *cit.*, I, núm. 219, p. 298. En contra, THALLER, *Traité élémentaire de Droit Commercial*, París, 1898, núm. 68, p. 57.

[51] La presunción de ser comerciante parece aceptarla entre nosotros MORENO CORA, *cit.*, p. 29. V. también PALLARES, *cit.*, núm. 366, pp. 910 y ss., y sobre todo, núm. 368, p. 913.

[52] Sobre los problemas del menor no emancipado que ostenta la calidad de comerciante, v. infra núms. 12 y 13. Esta presunción la establecía expresamente nuestro C. Co. de 1884, art. 33 y el Pr. del C. Co. de 1869 proponía en el art. 5º: "Si un individuo se califica a sí mismo de comerciante para hacer algún negocio, y después niega que lo es, no le valdrá su negativa y tendrá, aun cuando no lo sea en realidad, que estar y pasar por las consecuencias que trae consigo esta calificación." El Pr. del C. Co. de 1880 (art. 6º) establecía la presunción de ser mercantiles los actos de los comerciantes, lo que es distinto al problema que analizamos, y lo que también debe aceptarse entre nosotros según ya vimos (supra núm. 8 *in fine*).

cuentemente, quien niegue al comerciante tal calidad, debe aportar las pruebas correspondientes, y probado que se trata de un falso o aparente comerciante, se destruye y viene a menos la presunción que se desprende de los medios de publicidad usados.

Por otra parte, si la propia persona que acudió a un medio de publicidad, para ostentarse como comerciante, es la que, mediante la prueba correspondiente, pretende desvirtuar la presunción de ser ella comerciante, debemos precavernos de admitir, sin más, el venir a menos dicha presunción, ya que los actos de publicidad respectivos pudieran constituir una maniobra del falso comerciante, quien debe sufrir los efectos de su proceder ilícito, según el principio *nemo auditur propriam turpitudinem allegans.* Así pues, por una parte, con Vivante,[53] afirmamos que el falso comerciante debe resarcir los daños que hubiera causado a los terceros engañados, y ello, por aplicación del artículo 1910 del Código Civil; y por otra parte, que dicho falso comerciante no puede invocar, para librarse de una responsabilidad profesional (verbigracia, quiebra), el no serlo realmente, cuando dolosamente se haya ostentado como tal. Sin embargo, si el falso comerciante fuera incapaz (menor o interdicto), no incurriría en quiebra ni podría solicitar su suspensión de pagos, porque dichas instituciones son privativas de los comerciantes.

En otros derechos, la presunción es expresa; así, en el Código de Comercio español artículo 3º;[54] en el derecho brasileño, artículo 9º del Código de Comercio, y en el argentino, artículo 32 del Código de Comercio, si bien, en estos últimos ordenamientos la presunción está subordinada a la existencia de la matrícula obligatoria.[55]

En el derecho italiano, el artículo 4º del Código de Comercio de 1882 establecía una presunción distinta, a saber, la del carácter comercial de las obligaciones contraídas por los comerciantes;[56] sin embargo, Vivante[57] afirma la presunción de ser comerciante como consecuencia del registro, cuando dice: "la inscripción crea solamente una presunción de comercialidad para el inscrito, salvo prueba en contrario que puede aportarse por el mismo comerciante inscrito o por sus acreedores, porque es de interés público que sólo adquiera la calidad de comerciante quien realice efectivamente actos objetivos de comercio". Rocco,[58] sólo habla de una "presunción de mero hecho —*preasumptio hominis*— o un

[53] *Ob. cit.*, núm. 104, p. 171.

[54] GARRIGUES, *Tratado...*, *cit.*, I, p. 350 y LANGLE Y RUBIO, *cit.*, p. 312.

[55] SEGOVIA, *Explicación y crítica del Nuevo Código de Comercio*, Buenos Aires, 1933, I, p. 53.

[56] V. BOLAFFIO, *De los comerciantes. De los libros de comercio. De los mediadores*, Parte general, en *Derecho comercial* de BOLAFFIO-ROCCO-VIVANTE, t. 2, vol. II, Buenos Aires, 1947, núm. 117, pp. 59 y ss.

[57] *Ob. cit.*, núm. 98, p. 164.

[58] *Principios...*, *cit.*, p. 229.

indicio de que quien está inscrito ejerce el comercio, indicio que por sí solo es insuficiente cuando no le acompañan otros elementos de prueba".[59]

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

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

10. *Ejercicio del comercio*

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

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

Tradicionalmente, por ejercicio del comercio se ha interpretado la ejecución de aquellos actos que se califican de mercantiles en razón del fin o motivo de especulación que mueve a su autor para realizarlos.[60]

Mantilla Molina ha propuesto que la interpretación de dicha nota se haga en función de la organización y explotación de una empresa mercantil, de manera que sólo sean comerciantes los empresarios, es decir, los titulares de negociaciones comerciales, en relación, precisamente, con la empresa.[61] Esta opinión, válida de *lege ferenda,* para un nuevo derecho mercantil estructurado en función y en torno de la empresa[62] que identifica indebidamente los conceptos de empresario y

59 Para el derecho francés, v. HAMEL et LAGARDE, *Traité de Droit Commercial,* París, 1954, I, n. 336, p. 404.

60 PALLARES, *cit.,* núm. 361, p. 94; TENA, *cit.,* I, núm. 98, pp. 222 y ss.; RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ, *Curso..., cit.,* I, p. 36.

61 *Ob. cit.,* núm. 115, p. 92. V. en el mismo sentido, en el derecho extranjero, GARRIGUES, *Tratado..., cit.,* p. 323; BRUNETTI, *Lezioni di Diritto Commerciale,* Padua, 1940, p. 4; RIPERT, *Traité..., cit.,* núm. 137, p. 62. Para ASCARELLI, respecto al C. Civ. it. de 1942, el concepto de empresario, consituye un "perfeccionamiento y una ampliación" del concepto tradicional de comerciante, *Natura e posizione del Diritto Commerciale,* en *Studi di Diritto Comparato,* Milán, 1952, pp. 264 y 275.

62 "Lo mejor —dice GARRIGUES, *Tratado..., cit.,* I, 1, p. 351—, sería atenerse exclusivamente al hecho, fácilmente conocible, de la existencia de una organización (empresa) para deducir sin más, la existencia de un comerciante."

comerciante [63] y que restringiría la actuación y la calificación de éste a la ejecución de ciertos actos de comercio por el fin (mi *Tratado,* número 67), no puede admitirse en el estado actual de nuestro derecho, como el propio Mantilla Molina lo reconoce, [64] porque dejaría fuera de la definición de la fracción I a quienes ejecutan ordinaria, habitual o profesionalmente actos de comercio especulativos, pero fuera de la organización de una empresa comercial, como son los comerciantes ambulantes, los dueños de misceláneas, tendajones, tahonas, tabernas, comederos, tortillerías, torterías, etcétera, o quienes realizan el transporte de personas en sus autos (ruleteros) o camiones; o quienes explotan talleres de reparación (de autos, radios, aparatos eléctricos, etcétera) o talleres de reparación (de autos, radios, aparatos eléctricos, etcétera) o talleres de artesanía o de servicios que no constituyen empresas desde el punto de vista económico y jurídico (nuestro *Tratado,* número 115). [65]

Además, no todo empresario es comerciante, porque como ya vimos, ni toda empresa es mercantil (verbigracia, empresas agrícolas) (ver *número 114), ni todo empresario comercial es sujeto privado del derecho* mercantil (verbigracia, el Estado, el Municipio, un organismo descentralizado, etcétera). [66]

Por otra parte, la afirmación de nuestra doctrina y de diversos autores

[63] MANTILLA MOLINA, *cit.,* núm. 115, p. 92, en nota, me atribuye una tesis que no sostengo ni comparto, a saber, que todo el derecho mercantil mexicano está basado en la empresa y su hacienda, y que hemos sustituido el concepto de comerciante por el de empresario. Ambas tesis, no sólo no las sostengo, sino las rechazo en diferentes partes del t. I de mi *Tratado, principalmente en los núms. 59 y 125.*

[64] *Ob. cit.,* núm. 111, p. 88.

[65] Lo que no quiere decir que estos "pequeños comerciantes" estén sometidos —de hecho y realmente— a todas las obligaciones que la ley impone sobre los grandes comerciantes, porque aunque en nuestra legislación positiva el concepto de comerciante es único, como dice RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ, *Curso..., cit.,* I, p. 36, en cuanto que no distingue las categorías indicadas arriba, en la vida diaria de los negocios, los pequeños comerciantes no llevan contabilidad, ni incurren en el costoso y complicado procedimiento concursal. V. núms. 116 y 130. Por lo demás, el hecho de poder incurrir en quiebra, o por el contrario, no estar sujeto a ella no es argumento en pro *o en contra del carácter de comerciante. No son comerciantes, a pesar de incurrir en* quiebra al declararse la de la sociedad a que pertenezcan, los socios con responsabilidad ilimitada (art. 4º LQ). No entran ellos, como tales socios, dentro de la definición de la frac. I del art. 3º; su quiebra es, más bien, reflejo y consecuencia de la sociedad, en vista de ser garantes de las obligaciones de ella, al responder ilimitada y solidariamente, aunque también de manera subsidiaria, de las deudas sociales. Es éste un caso de excepción, como también lo es el de quiebra de la sucesión de un comerciante, o de aquel que se retira del comercio (art. 3º LQ). En el derecho italiano, en contra de nuestra opinión, o sea, afirmando que sí son comerciantes los socios de responsabilidad ilimitada, v. DE SEMO, *Posizione giuridica del minore per innoservanza delle formalitá inerenti alla sua attivitá commerciale,* en *Studi in onore di Vivante,* I, p. 374.

[66] Así, ROTONDI, *Trattato del Diritto dell'Industria,* Padua, 1930, pp. 57 y ss.; GARRIGUES, *Tratado..., cit.,* I, 1, p. 360; VIVANTE, *cit.,* núm. 103, p. 174; entre nosotros, RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ, *Comentarios a la Ley de Quiebras,* México, 1952, 2a. ed., p. 167; y el propio MANTILLA MOLINA, *cit.,* núm. 121, p. 94.

extranjeros [67] de que la ejecución reiterada de actos de comercio por el fin, es lo que atribuye a la persona el carácter de comerciante, [68] debe ser revisada porque tampoco, a nuestro juicio, es plenamente válida. [69]

En efecto, por un lado, no es cierto que todo acto de comercio por el fin, al ejecutarse habitual y repetidamente atribuya la calidad de comerciante a quien lo ejecute, [70] ya que aquellos actos de comercio que se realizan por las compañías de seguros y la realización de la actividad aseguradora misma no atribuye, sino que supone, el carácter de comerciante. Por otra parte, los actos mercantiles realizados por la empresa y dentro de la organización de ella, son actos de comercio por el fin, y no siempre y no todos esos actos atribuyen carácter de comerciante al empresario que los realiza, ya que las empresas de Estado y aquellas que constituyen en nuestra organización administrativa empresas u organismo descentralizados, como Pemex, Ferrocarriles Nacionales, el IMSS, no confieren a sus titulares dicho *status* jus-privatista de comerciante. Además, ciertos actos no comprendidos en los términos literales

67 En el derecho alemán, la calidad de comerciante, la refiere el C. Co. de 1900 "al ejercicio de la profesión de la empresa"; MOSSA, *Trattato del Nuovo..., cit.*, I, p. 33.

68 V. en el derecho español, GARRIGUES, *Tratado..., cit.*, I, pp. 345 y ss.; LANGLE y RUBIO, *cit.*, p. 307; en derecho italiano MAGRI, *La materia commerciale nella legislazione italiana*, Bolonia, 1910, p. 51; ROCCO, *Principios..., cit.*, p. 156; BOLAFFIO, *cit.*, 2, II, p. 7; NAVARRINI, *Trattato..., cit.*, núm. 53, p. 297; en derecho francés, THALLER, *Traité..., cit.*, núm. 53, p. 50; ESCARRA, *Principes de Droit Commercial*, París, 1934, núm. 170, p. 184; HAMEL, *Traité..., cit.*, I, núm. 336, pp. 404 y ss.

69 En la doctrina extranjera, sobre este problema, afirmando que el concepto de comercio que atribuye al sujeto el carácter de comerciante, es el económico (supra núm. 1), v. NAVARRINI, *Trattato..., cit.*, núm. 223, p. 302; y en el sentido de ser actos de intermediación lucrativos, los que atribuyen tal calidad, CARNELUTTI, *Teoria Giuridica della circolazione*, Padua, 1933, pp. 8 y ss.; y GARRIGUES, *Tratado..., cit.*, I, I, pp. 345 y ss.

70 Conforme con la opinión combatida en el texto, MANTILLA MOLINA, *cit.*, núm. 112, p. 89. TENA, *cit.*, núm. 98, p. 221, afirma que "los actos accesorios no pueden conferir por sí mismos la calidad de comerciante, puesto que necesariamente la suponen". En nuestra opinión, lo que suponen los actos accesorios es un acto principal, no un sujeto comerciante o no comerciante; la subordinación o conexión se da en función del acto, no del sujeto. No obstante, por sí mismos, los actos accesorios no pueden conferir calidad de comerciante a quien los realiza; ya sea, porque en unos casos existe prohibición legal de "ejercer el comercio" como es el caso de los mediadores o corredores (art. 12 frac. I C. Co), porque en otros el carácter de comerciante es previo (v. gr. las obligaciones a que aluden las fracs. XX *in fine* y XXI del art. 75 C. Co.); o en fin, porque el *status* de comerciante no deriva de la ejecución de actos accesorios que atribuyen al sujeto una calidad distinta (me refiero al comisionista), sino de que éste tenga una empresa de comisiones (art. 75, frac. X), o que como tal comisionista (y actuando en nombre propio) ejecute habitualmente actos de comercio principales por su fin o motivo. Sobre este punto v. también MANTILLA MOLINA, *cit.*, núm. 112, p. 89, quien incurre en el error de considerar como accesorios los actos de suscripción de títulos de crédito (en contradicción a lo que sostiene en el núm. 75, p. 60) a la navegación con fines recreativos o científicos (actividad que dicho autor no incluye como accesoria, núms. 87 a 89, pp. 68 y ss., y sí como absolutamente mercantil, núm. 65, p. 55).

de las fracciones I, II, V a XI y XVI del artículo 75 del Código de comercio (véase *Tratado*, número 79 y siguientes) que son las que comprenden a los actos de comercio por el fin, atribuye a quien los realiza habitualmente el carácter de comerciante. Lo que pasa es que estos actos se comprenden por analogía (artículo 75, fracción XXIV del C. de Co.) dentro de los supuestos de algunas de las fracciones I, II, V a XI (véase número 96).

Lo cierto, en cambio, es que, como se ha afirmado siempre, tanto en nuestra tradición nacional como de la madre patria (supra números 4 y 5) y la más antigua doctrina jus-mercantilista,[71] toda actividad de comercio especulativo al ejecutarse en forma habitual o reiterada, atribuye a su autor el carácter de comerciante, con las excepciones que enseguida se indican. Este criterio permite superar los reparos que Mantilla Molina opone a la doctrina tradicional en el sentido de que "falta un criterio general para señalar los actos que pueden imprimir al sujeto el estado de comerciante";[72] puesto que sí existe tal criterio y él consiste, precisamente, en la ejecución de una actividad lucrativa o de especulación. En nuestra opinión, el concepto de comerciante a que se refiere la fracción I del artículo 3º del Código de Comercio, coincide con el concepto *usual* de un profesionista comercial, que comprende tanto a quien realiza en forma habitual una actividad de intermediación (comerciante en sentido estricto y tradicional) como al titular de una empresa mercantil,[73] puesto que ambos efectúan actos de especulación o lucro. Sin embargo, de estos supuestos y de la regla general arriba indicada se deben excluir ciertos sujetos, porque las actividades lucrativas de intermediación no sean mercantiles, o porque tampoco tengan tal naturaleza, las empresas de que sean titulares. Son, en efecto, excepciones a dicha regla, los siguientes casos:

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

b) Que dicha actividad suponga ya el ser comerciante; es decir, que nuestro Ordenamiento exija para ciertas actividades comerciales especu-

71 *Finis Mercatorum est lucrum*, según el *Cardenal de Lucca*; y HEVIA BOLAÑOS en la *Curia Filipica*: "Mercaderes son los que compran y venden las mercaderías (mayormente en mercados) para ganar en ellas..." (JUAN DE HEVIA BOLAÑOS, *Curia Philipica*, Madrid, 1740, II, p. 262), véanse también, para el derecho italiano, BOLAFFIO, *cit.*, 2, II, núm. 110, p. 3 y para el derecho francés, RIPERT, *Traité..., cit.*, núm. 126, p. 58.

72 *Ob. cit.*, núm. 112, p. 89.

73 En la doctrina en sentido semejante, véanse, GARRIGUES, *Tratado..., cit.*, I, 1, p. 329: "es comerciante, en suma, quien ejerce una industria mercantil"; BOLAFFIO, *cit.*, 2, II, núm. 110, p. 3; NAVARRINI, *Trattato..., cit.*, núm. 218, p. 297; FERRARA JR., *Gli imprenditore e le società*, Milán, 1946, pp. 16 y ss.

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

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

Ahora bien, en los casos de que exista una prohibición o un impedimento legal para que la persona se dedique al ejercicio del comercio, y que a pesar de ello dicha persona haga de éste su ocupación ordinaria, estaremos también en presencia de comerciantes, si bien anómalos (supra número 1), como sería el caso de los corredores (artículo 12, fracción I C. Co), los extranjeros no autorizados para realizar actos de comercio especulativos (artículo 13 C. Co.), los quebrados no rehabilitados, los condenados por delitos patrimoniales (artículo 12, fracciones II y III), los notarios públicos (artículo 60 Ley del Notariado).

Casos hay de actos de comercio que al realizarse reiterada o masivamente, con fines especulativos, otorgan carácter de comerciante a quienes los realizan, independientemente de que ellos no estén comprendidos de manera expresa dentro de los actos de comercio por su finalidad o motivo. Sería éste el caso de quienes prestan servicios con fines lucrativos pero fuera de la organización de empresa, como los dueños de automóviles de alquiler ("ruleteros"), o de quienes con sus camiones y autobuses se dedican a transportar habitualmente pasajeros, cereales, frutos, legumbres, flores, carbón, leña, artículos de importación, etcétera; o quienes explotan pequeñas empresas y talleres que por su tamaño no son empresas comerciales. [74]

Contrariamente, ciertos actos mercantiles en razón de su objeto, como los cambiarios (emisión, aceptación, endoso, aval de títulos de crédi-

[74] Para autores como MANTILLA MOLINA (*ob. cit.*, núm. 87, p. 68) que atribuyen a alguno de estos actos (el transporte) carácter de acto de comercio por conexión, sería imposible reconocer el estado de comerciante a quienes los ejecuten (ya que no se trata de actos de comercio por el fin); para nosotros, en cambio, se trataría en todos estos casos, de actos análogos a los comprendidos en la frac. I del art. 75, que son eminentemente especulativos (v. supra núm. 86).

to), los conectados con la navegación, o la exploración o explotación de minas, a pesar de su reiteración no atribuyen el carácter de comerciantes a quienes los ejecutan, salvo que, además de esta nota, se realicen con una finalidad especulativa. De aquí que la suscripción ordinaria de cheques, la navegación científica, de placer o deportiva, [75] la actividad minera de los "gambusinos" no confieren tal calidad; y sí, en cambio la actividad del naviero o la del minero que se efectúen con fines de lucro.

Por último, la realización de las actividades en que consiste el ejercicio del comercio para el comerciante, supone, obviamente, que los actos sean lícitos y que no estén prohibidos respecto a quien los celebre; sin embargo, el ejercicio del comercio puede consistir, o pueden comprenderse en él, actos ilícitos, sin que ello prive al comerciante de su carácter de tal, ni le impida adquirir dicha calidad; se trataría, en este último caso, solamente, de un comerciante anómalo (supra número 1), sujeto a todas las obligaciones y responsabilidades de éste. Puede suceder, en efecto, que los actos de comercio que se ejecuten sean ilícitos (verbigracia el comercio de artículos prohibidos, véase *Tratado*, número 65), lo que no impide que quien los realice habitual u ordinariamente, si goza de la capacidad legal, sea comerciante; aunque, por supuesto, dichos actos y semejante actividad estén sujetos a sanciones penales y administrativas. [76] De igual manera, puede tratarse de una empresa dedicada ocultamente a actividades ilícitas (verbigracia, el contrabando o el tráfico de estupefacientes) (*Tratado*, número 123), cuyo titular sería comerciante. [77]

[75] En el mismo sentido, es decir, que el naviero no es comerciante cuando no realiza una actividad especulativa (ni empresario) cuando no cuenta ni explota empresa o negociación alguna, v. GIRÓN TENA, *El naviero, directrices actuales de su régimen jurídico*, Bilbao, 1959, pp. 18 y ss.

[76] En la doctrina, se manifiestan en el sentido del texto, en el derecho español, GARRIGUES, *Tratado...*, *cit.*, I, 1, p. 347: "El calificativo legal de comerciante se funda, no en la repetición de actos jurídicamente válidos, sino en el contenido económico y en la significación social de esa reiteración. Se es comerciante cuando ante el público se manifieste uno como tal, siempre que se tenga el mínimo de capacidad del art. 4o."; en el derecho francés, ESCARRA, *Principes...*, *cit.*, I, núm. 171, p. 186; en el derecho italiano, VIVANTE, *cit.*, núm. 107, p. 174: "los actos de comercio realizados a pesar de la prohibición (se refiere a ciertas prohibiciones al libre ejercicio del comercio, impuesta en favor del interés público), son válidos y atribuyen a quien los ejecuta profesionalmente el carácter de comerciante. (Esta máxima, con la que toda la doctrina está de acuerdo, es formulada expresamente por algunos Códigos extranjeros...)" Véanse también, núms. 98 y 106, pp. 164 y 172. En contra, LANGLE Y RUBIO, *cit.*, p. 308; y entre nosotros, implícita pero muy claramente, MANTILLA MOLINA, *cit.*, núm. 108, p. 86 (quien nos atribuye una opinión contraria, dice que sostenida en supra núm. 123; lo que allí sostenemos se refiere al empresario, no al comerciante, y aún respecto de aquél, rectificamos ahora tal opinión, v. nota siguiente).

[77] En supra núm. 123; sostuvimos que las empresas dedicadas a actividades ilícitas no son comerciales. Debemos rectificar esta opinión. El carácter mercantil de la negociación depende de que exista la organización de los factores de la producción; de

La conclusión anterior se impone, si se admite, como creemos que debe admitirse, por una parte, que quien se ostenta como comerciante sin serlo, se presume como tal (el caso del comerciante falso o aparente véase supra número 8), y por otra parte, que deviene comerciante (si bien anómalo) la persona sobre quien pesa una prohibición de ejercer el comercio a nombre propio, cuando viola dicha prohibición. [78] ¿Qué razón habría, en efecto, para atribuir en estos dos casos calidad de comerciante a quien obra en violación de una norma, y negarla en el otro caso, por obrar ilícitamente? Debe tenerse en cuenta, en apoyo a esta tesis, que negar la calidad de comerciante a quien ordinaria y profesionalmente realizara actos de comercio ilícitos, supondría que dicha persona gozaría de la apariencia que ostenta y no estaría sujeta, en cambio, al procedimiento de quiebra, ni a los delitos propios de los comerciantes; y que a virtud de esa apariencia, el particular no comerciante que lo demandara lo haría en juicio mercantil (en virtud del principio acogido en nuestra ley —artículo 1050 del C. de Co.— de que el actor se somete al fuero del demandado) y el demandado podría oponerse la excepción de improcedencia de la acción o de la vía mercantil intentada.

11. *Ocupación ordinaria*

Como hemos visto (supra núm. 4), tanto en nuestra legislación comercial, como en el derecho extranjero (Francia, Italia, España, Alemania), hacer del comercio la ocupación ordinaria, significa ejercer el comercio, o más concretamente realizar ciertos actos de comercio en forma habitual o profesional. [79]

La fracción I del artículo 3º, cuando habla de ocupación ordinaria, no quiere decir otra cosa que celebrar actos de comercio como profesión habitual, según la terminología del artículo 1º del Código de Comercio de Napoleón [80] y del artículo 2º del Proyecto del Código de Comercio.

que se produzca para el mercado y de que expresa o analógicamente la empresa esté comprendida en las fracs. V a XI del art. 75 C. Co. Si todos estos elementos se dan, la empresa que en forma exclusiva o principal, pero en todo caso, subrepticiamente, realiza actos de comercio prohibidos (compra y venta especulativa; edición y distribución de literatura pornográfica, etcétera), es mercantil.

78 Cfr. BOLAFFIO, *cit.*, 2, II, núm. 111, p. 25.

79 Se trata de expresiones sinónimas, por lo que hablar, como lo hace el Código francés, de "profesión habitual", es redundante, como afirma RIPERT, *Traité . . . , cit.*, núm. 125, p. 58. GARRIGUES, *Tratado . . . , cit.*, I, 1, p. 348, en cambio, distingue ambas expresiones: "La profesión tiene de común con la habitualidad, la repetición de actos. Mas el concepto de profesión se compone, además, de otros tres elementos: una explotación conforme al plan, un propósito de que el lucro constituya medio de vida (principal o único) y una exteriorización."

80 En la doctrina se encuentran ambas expresiones como equivalentes, v. por ejem-

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

En efecto, lo habitual u ordinario, supone lo repetido, lo insistente, lo reiterado; por ello, en general, la ejecución de un acto aislado no supone ejercicio del comercio, ni atribuye calidad de comerciante a quien lo realiza, [81] sino que se requiere la ejecución de varios actos para adquirir el carácter de comerciante. [82]

Pero además de plurales, los actos deben ser *semejantes u homogéneos*, [83] o sea, de una naturaleza igual o parecida; es decir, que la persona ejecute actos similares de enajenación de muebles o inmuebles con un fin especulativo, o bien, que realice los actos necesarios para organizar y explotar una empresa mercantil; o realice actividades reiteradas de mediación, de comisión, de préstamo dentro de la organización de empresas; pero no que hoy compre una cosa con el deseo de revenderla y mañana pretenda actuar de intermediario en negocios mercantiles, y después se dedique a actividades industriales. Los actos deben ser, en general, de la misma especie, [84] es decir, deben presentar entre sí cierta uniformidad (verbigracia, la intención lucrativa) [85] y continuidad. [86] Por

plo, BOLAFFIO, *cit.*, 2, II, núm. 3, p. 10; LANGLE Y RUBIO, *cit.*, p. 309 con cita de la jurisprudencia española, y entre nosotros, PALLARES, *cit.*, pp. 903, 908 y ss.; TENA, *cit.*, núm. 101, pp. 231 y ss.; RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ, *Curso...*, *cit.*, I, p. 38. En nuestra jurisprudencia, igualmente, SJF, LXII, p. 1735 y LV, p. 774.

81 Así, en la doctrina extranjera, v. VIVANTE, *Tratado...*, *cit.*, núms. 101 y ss., pp. 166 y 169. GOLDSCHMIDT, *cit.*, por BOLAFFIO, *cit.*, 2, II, p. 12; GARRIGUES, *Tratado...*, *cit.*, I, 1, p. 348 con la doctrina de Baldo: *Una mercantia non facit mercatorum sed professio et exercitium*; LANGLE Y RUBIO, *cit.*, p. 309; HAMEL, *Traité...*, *cit.*, I, núm. 336, p. 403; en la *Curia Philipica*, p. 263: mercader "no se entiende serlo por un solo acto, o vez que lo exerza, porque se requiere para ello una frecuencia de actos, según Bartolo y Baldo, si no es que al único acto preceda haberse matriculado..."; BOLAFFIO, *cit.*, 2, II, p. 11. Sin embargo, entre nosotros MORENO CORA, *cit.*, p. 29 afirma juiciosamente que la ejecución de un acto singular puede indicar una actividad habitual futura, como sería el caso del acto de organización de una empresa mercantil.

82 Esta nota o característica de repetición o reiteración, por su naturaleza misma es vaga e imprecisa; de ella deberá juzgar, discrecional y prudentemente el juez, motivando y razonando su punto de vista; en este sentido v. HAMEL, *Traité...*, *cit.*, I, núm. 336, p. 403: el hábito "constituye un hecho que los jueces aprecian soberanamente; la Corte de Casación (y entre nosotros, la Suprema Corte a través del juicio de amparo) sólo se reserva el derecho, como en todos los casos en que los jueces comprueban hechos, de juzgar si los elementos de *facto* referidos en los motivos de la decisión, justifican la apreciación..."; en igual sentido, PALLARES, *cit.*, núm. 367, p. 912.

83 "La reiteración del ejercicio se vincula, por lo regular, a la homogeneidad de los actos ejercitados, precisamente para eliminar la duda de que la diversidad a veces notable, de los actos realizados, aun siendo todos objetivamente comerciales, manifiesten una actividad fragmentaria, ocasional"; BOLAFFIO, *cit.*, 2, II, pp. 8 y ss.

84 VIVANTE, *Tratado...*, *cit.*, núm. 102, p. 169.

85 NAVARRINI, *Trattato...*, *cit.*, I, núm. 223, pp. 301 y ss.

86 FRANCESCHELLI, *Corso di Diritto Commerciale*, Milán, 1944, p. 41, quien se refiere al empresario.

último, los varios actos homogéneos normalmente se refieren de manera sistemática a una finalidad, más o menos constante,[87] o sea, con palabras de Vivante,[88] "la profesión habitual debe consistir en una actividad sistemática y autónoma".

No se requiere que dicha actividad sea la única o la principal,[89] ni que ella signifique el único o el principal medio de vida del comerciante;[90] por el contrario, si se quiere, la actividad puede ser marginal y hasta secundaria, porque predomine otra, como por ejemplo, una profesión liberal o una actividad agrícola; pero el ejercicio reiterado de actos de comercio implica una finalidad común a todos y cierta ordenación o sistematización de la conducta de quien los realiza para obtener con ellos el fin que les es propio; a saber, el lucro y la intermediación en el cambio.

Ahora bien, si para adquirir la calidad de comerciante no basta, por lo general, un acto aislado, sino varios de ellos, tenemos que admitir que, por lo que toca a la mera ejecución de actividades mercantiles, la calidad de comerciante no se adquiere súbitamente, salvo que la celebración de actos o negocios comerciales vaya precedida o acompañada de alguna publicidad; igualmente, por lo general, no se pierde el carácter de comerciante por la falta de ejecución de actos de comercio: se necesita que sobrevenga una causa que inhabilite al sujeto para ejercer el comercio, o que esa inactividad se prolongue, y que se proceda, además, a borrar los efectos de toda publicidad a que se hubiera acudido para ostentar tal calidad.[91]

12. *La capacidad para ser comerciante*

La definición legal del comerciante individual (artículo 3º, fracción I) exige la capacidad de la persona para ejercer el comercio;[92] se trata de un requisito que invariablemente ha sido exigido en nuestra tradición

[87] NAVARRINI, *ob. cit., loc. últ. cit.*

[88] *Tratado..., cit.*, núm. 103, p. 170.

[89] TENA, *cit.*, núm. 102, p. 233; MANTILLA MOLINA, *cit.*, núm. 113, p. 90.

[90] RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ, *Curso..., cit.*, I, p. 38; MANTILLA MOLINA, *ibidem;* LANGLE Y RUBIO, *cit.*, p. 309.

[91] Cfr. NAVARRINI, *Trattato..., cit.*, I, núm. 236, pp. 319 y ss., y HAMEL, *Traité..., cit.*, I, núm. 343, p. 413.

[92] Ni el derecho francés (C. Co. art. 1o.), ni el italiano derogado (C. Co. de 1882, art. 3o.), exigen tal requisito; éste fue tomado de la legislación española, en la que tanto el art. 1o. del Código de 1829, como el pfo. 1o. del art. 1o. del Código vigente, comprenden este elemento: "Son comerciantes para los efectos de este Código —dice la norma vigente— 1o. Los que teniendo capacidad legal para ejercer el comercio, se dedican a él habitualmente." Para algunos antecedentes históricos de las limitaciones al menor, v. DE SEMO, *Posizione giuridica del minore per innoservanza delle formalitá inerenti alla sua attivitá commerciale,* en *Studi in onore di Vivante,* I, pp. 349 y ss.

jurídico-mercantil [93] y que impone la conclusión de que *en derecho mexicano sólo es comerciante individual, la persona que tenga capacidad de actuar como tal*, es decir, que tenga la facultad de contratar y obligarse por sí mismo (o por representante que *nombre*), o sea, la persona que tenga la llamada capacidad de ejercicio, que se manifiesta procesalmente en la facultad de reclamar el cumplimiento de los derechos (*legitimación activa*), o responder, directa y personalmente, del cumplimiento de las obligaciones (*legitimación pasiva*).

La capacidad de goce, la tienen todos en nuestro sistema, tanto los mayores de edad, como los menores e interdictos, e inclusive los aún no nacidos que sean viables [94] (artículos 22 y siguientes C. Civ.), en tanto que cualquiera de ellos puede ser titular de derechos y recibir por distintos medios (herencia, legado, donación, trasmisión onerosa) los beneficios de dichos actos jurídicos; en cambio, la capacidad para ejercer los derechos, para actuar y comparecer en juicio (artículo 424 C. Civ.), se adquiere con la mayoría de edad, al cumplir veintiún años (artículo 646). La regla general es, pues, que sólo el mayor de edad tiene capacidad de ejercicio y sólo él puede, consecuentemente, hacer del comercio su ocupación ordinaria.

Contrariamente, el menor es incapaz; [95] no puede ejercer el comercio, ni por tanto, ser comerciante o actuar como tal; para el ejercicio de sus derechos obra por y con la representación legal de sus padres o abuelos (*patria potestad*) (artículo 414) o de un tutor (*tutela*) (artículo 449).

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

Todas las personas que tienen incapacidad natural y legal, según establece el artículo 450, están sujetas a tutela (artículo 464), la que se confiere en un juicio de interdicción reglamentado en el Código de Procedimientos Civiles (artículos 902 y siguientes) y en el que se declara "el estado de incapacidad de la persona que va a quedar sujeto a ella

93 Arts. 5o. del C. Co. de 1854 y del de 1884; este último Ordenamiento es aún más claro: "Son comerciantes los individuos que teniendo capacidad para contratar, ejercen actos mercantiles haciendo de ellos su ocupación habitual..." y el art. 10 remacha: "El carácter de comerciante termina por... la interdicción..." En cambio, no exige tal requisito el art. 2o. Proyecto C. Co.

94 V. TENA, *cit.*, núm. 86, p. 197.

95 Menor de 21 años de acuerdo con el C. Civ. D. F., o menor de 18 años, de acuerdo con el C. Civ. Tamps., cfr. MANTILLA MOLINA, *cit.*, núm. 101, pp. 80 y 81 (4a. ed.).

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

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

Es cierto, como entre nosotros afirman Tena [96] y Mantilla Molina, [97] siguiendo las enseñanzas de Garrigues [98] en el derecho español y de Vivante [99] en el italiano, que claramente las normas (tanto la fracción I del artículo 3º, como el artículo 5º) se refieren, no a la capacidad de goce, sino a la de ejercicio; es decir, no a la capacidad para ser sujeto de derechos y obligaciones, a la capacidad jurídica general, que dice Garrigues, [100] sino a la capacidad para contratar y obligarse, para actuar en el comercio y obrar por sí o por medio de representante. [101]

Esta enseñanza se basa también en el concepto mismo del comerciante, el cual exige, además de la capacidad de obrar, la profesionalidad, es decir, la reiteración, el ejercicio activo, real, repetido de actos de comercio; implica, la profesión de comerciante, una actividad, o como dice su definición legal, que el individuo haga del comercio su ocupación ordinaria; por ello, cuando a capacidad se refiere, dicha definición tiene que aludir únicamente a la capacidad de obrar, de ejercer la actividad, de poder realizar los actos de comercio en que consiste la "ocupación ordinaria", la profesión del comerciante (véase supra número 11). Pero de aquí no se deriva, ni puede admitirse, la tesis de Garrigues, acogida entre nosotros por Mantilla Molina, que afirma que no refiriéndose la disposición legal a la capacidad jurídica general o capacidad

96 *Ob. cit., loc. últ. cit.*
97 *Ob. cit.*, núm. 99, pp. 77 y ss.
98 *Tratado..., cit.*, I, 1, núm. 170, pp. 328 y ss.
99 *Ob. cit.*, I, núm. 120, pp. 182 y ss.
100 *Ob. cit., loc. cit.*
101 El Proyecto C. Co., en su art. 6o. frac. I, expresamente lo indica: "Tendrán capacidad para ejercer el comercio: I. Las personas que tengan capacidad de ejercicio, según el derecho civil."

de goce, tampoco debe considerarse que exija o que fije requisito alguno para ser comerciante, sino sólo para *actuar como* comerciante; [102] por el contrario, la adquisición del carácter de comerciante, supone y requiere la posibilidad legal para actuar como tal; ser comerciante exige poder actuar como tal, y actuar como comerciante implica y supone el poder serlo; no se puede ser comerciante sin que se pueda actuar, y viceversa; el concepto de comerciante exige el ejercicio del comercio: no es, ni deviene comerciante, la persona que, activa o pasivamente, realiza un acto de comercio, o que es sujeto de uno o varios actos o negocios mercantiles, sino sólo aquella persona que hace del comercio su ocupación ordinaria; es decir, que realiza una actividad habitual, que ejerce la profesión.

Lo anterior no quiere decir, por supuesto, que el comerciante, no pueda valerse de un representante para ejercer su actividad profesional; todo lo contrario, la capacidad de ejercicio no excluye, sino que comprende, el derecho de que el titular nombre a un apoderado o a un factor para que lo represente, y que no sea el representante sino el representado a cuyo nombre se obra, el que adquiera o conserve la calidad, el *status* de tal. [103] Lo que sí quiere decir, en cambio, es que si el comerciante quiere actuar por representante, en cuanto al ejercicio ordinario o habitual del comercio, debe tener la capacidad de nombrarlo, es decir, que la representación sea convencional y proceda de apoderamiento expreso o del nombramiento de un cargo *ad-hoc* (verbigracia, gerentes y factores) ; inversamente, en cuanto la norma que define al comerciante, exige de éste la capacidad de ejercicio, se excluye, fatal e ineludiblemente, que el incapaz pueda ser o permanecer como comerciante, o sea, el menor de edad no emancipado, el interdicto, así tuviera éste que actuar por representante *legal* y necesario (no voluntario), como es el padre (artículo 414) o el tutor (artículo 449). [104]

En contra de esta tesis se puede argüir que, de acuerdo con la doctrina

[102] GARRIGUES, *ob. cit., loc. cit.* y MANTILLA MOLINA, *ibidem.*

[103] V. núm. 123 en relación con el concepto similar de empresario e infra núm. 16 por lo que toca al "obrar a nombre propio" que caracteriza al comerciante.

[104] El menor o el interdicto que para ejercer el comercio actuaran por representantes, no serían comerciantes por el hecho de que éstos obran a su nombre y por su cuenta —representación directa—, porque seguiría faltando el requisito esencial: capacidad legal para ejercer el comercio. Afirmamos que es comerciante el representado a cuyo nombre se obra, y no el representante, pero esto no quiere decir, que en todo caso de representación —voluntaria o legal— para el ejercicio de una actividad comercial, se atribuya el carácter de comerciante al representado. No es así, respecto al ejercicio de la representación por el tutor en el caso de que el menor herede una empresa, art. 556 C. Civ.; ni tampoco en el caso de que se mantenga la negociación de un mayor, con posterioridad a su declaración de interdicción; o cuando el menor, representado por su padre o tutor, forma parte de un grupo de personas (las otras, capaces), en calidad de co-titular de una empresa (co-empresario).

prevaleciente, el menor que hereda una negociación (artículo 556),[105] y que actúa en ella por la representación de su tutor es comerciante.[106] Esta afirmación, a pesar de lo extendido, no es sostenible y no lo compartimos, como a continuación hemos de ver; pero, además, nada concluye, porque la hipótesis a que se refiere el artículo 556 sería en todo caso excepcional. Decir que tanto es comerciante el mayor de edad, con capacidad de obrar, como el menor no emancipado y el interdicto que actúan por la representación de sus tutores, es suponer que estos representantes podrían legalmente ejercer el comercio a nombre y por cuenta de sus pupilos, y esto es falso, como se desprende de las limitaciones que el derecho civil fija a la actuación de los tutores (artículos 537, 540, 557 a 559, 561, 563, 565, etcétera), las cuales hacen imposible el ejercicio del comercio.

105 Esta norma establece: "Si el padre o la madre del menor ejercían algún comercio o industria, el juez, con informe de dos peritos, decidirá si ha de continuar o no la negociación..."

106 Sobre esta materia, v. CAZET, *Situación jurídica de los absolutamente incapaces que heredan un establecimiento comercial*, en "Rev. Uruguaya de Sociedades Anónimas", año XIV, núm. 154, pp. 111 y 117 y GÓMEZ MORÁN, *La situación jurídica del menor en el derecho comparado*, Madrid, s/f., pp. 305 y ss. En México, con excepción de PALLARES, *cit.*, núm. 309, pp. 827, 835 y ss., que parece inclinarse por considerar el caso del art. 513 C. Civ. de 1884 (que corresponde al 556 de la legislación vigente) comprendido en las autorizaciones para ejercer el comercio (v. infra núm. 13), y en el derecho comparado, VIVANTE, *Tratado...*, *cit.*, núm. 125, pp. 185 y ss.; BOLAFFIO, *cit.*, 2, II, pp. 60 y ss., la doctrina, desde la más antigua, es uniforme en atribuir al menor-empresario, carácter de comerciante, V., efectivamente, Pardo, *Tratado práctico de Comercio*, México, 1869, p. 3; TENA, *cit.*, I, núm. 86, p. 200; RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ, *Curso...*, *cit.*, I, p. 39; PUENTE y CALVO, *Derecho mercantil*, 4a. ed., México, 1950, núm. 40, p. 40; MANTILLA MOLINA, *cit.*, núm. 100, pp. 78 y ss.; DE PINA VARA, *cit.*, núm. 41, p. 34. Yo mismo, en el primer tomo de mi *Tratado*, núm. 130, p. 214, he afirmado esta tesis que ahora rectifico. La razón de esta postura, es la decidida influencia de los autores extranjeros; que VIVANTE, *Tratado...*, *cit.*, núm. 120, pp. 182 y ss. (este autor cita adeptos y opositores, entre éstos a VIDARI) o BOLAFFIO, *cit.*, 2, II, pp. 98 y ss., y ASCARELLI, *Appunti di Diritto Commerciale*, 2a. ed., Roma, 1933, p. 79, por ejemplo en el derecho italiano; que HAMEL, *Traité...*, *cit.*, núm. 349, p. 419, en el francés (en contra, negando carácter de comerciante al menor que hereda una negociación, THALLER, *Traité...*, *cit.*, núm. 93, p. 75; RIPERT, *Traité*, *cit.*, núm. 226, p. 92 y *Aspectos jurídicos del capitalismo moderno*, trad. esp., Buenos Aires, 1950, núm. 81, p. 192 y ESCARRA, *Principes...*, *cit.*, núm. 283, pp. 290 y ss.); o URIA, *Derecho Mercantil*, Madrid, 1958, núm. 89, p. 85 y LANGLE Y RUBIO, *cit.*, núm. 32, p. 306, en el derecho español, afirmen la calidad de comerciante que adquiere el menor que hereda una negociación, no impone que nosotros en México debamos llegar a igual solución; como ya dijimos, ni el derecho francés ni el italiano establecen, al definir al comerciante, que éste tenga la capacidad de ejercicio; y el C. Co. esp., que sí fija tal requisito, parece establecer una excepción a favor del menor en artículo inmediato posterior. Una razón topográfica, normalmente intrascendente, podría haber influido en los autores hispanos. Entre nosotros, en cambio, la disposición del art. 3o., frac. I, se repite en el 5º con mayor claridad; e inclusive el texto del art. 556 no establece, como sí lo hace el art. 5o. C. Co. esp., que sea el menor quien continúe (si bien a través de su representante) la negociación; ésta, ciertamente, continúa, pero la actividad la realizaría el tutor. Además, los antecedentes patrios de esta norma, nos llevan también a la conclusión indicada.

Aun admitiendo, como creemos que debe admitirse, que las limitaciones que fija el Capítulo X del Título Noveno del Libro Primero del Código Civil, para el desempeño de una tutela, no se aplican al caso del tutor que represente al menor-heredero (o legatario, o donatario, etcétera), [107] de una negociación, porque de aplicarse impedirían el ejercicio de la empresa, [108] subsiste la prohibición que se deriva de la fracción I del artículo 3º y del artículo 5º del Código de Comercio: si para ser comerciante se requiere la capacidad para ejercer el comercio, si el menor que hereda una negociación no tiene dicha capacidad, se sigue, lógica y necesariamente, que dicho menor no es ni puede ser comerciante.

La definición de la fracción I citada, excluye que el comerciante individual pueda estar representado por un tutor, porque dicha representación legal (no voluntaria) sólo se otorgaría para quienes carecen de la capacidad legal para ejercer el comercio, que es el requisito y el supuesto fijado por la norma; en cambio, dicha definición no excluye la representación voluntaria, que otorgue el propio comerciante (poder) porque ella se confiere, precisamente, por la persona capaz. [109]

[107] BOLAFFIO, *cit.*, 2, II, p. 99. En contra, RIPERT, *Aspectos jurídicos...*, *cit.*, *loc. cit.* Con MANTILLA MOLINA, *cit.*, núm. 100, p. 79, admitimos que el supuesto previsto en el art. 556, puede aplicarse a otros semejantes, por interpretación extensiva, como es el caso del menor o del interdicto que recibe por legado, o donación una empresa, o del menor que en vida de sus padres, la hereda, etcétera. En la doctrina, para un problema semejante, v. BOLAFFIO, *cit.*, 2, II, p. 100. No es óbice a esta interpretación extensiva, el carácter excepcional del art. 556, que supone que no se apliquen al representante del menor las limitaciones comprendidas en el capítulo X, porque cabe que las normas excepcionales y las singulares, se interpreten extensivamente, v. núm. 281.

[108] Así, por ejemplo, que el tutor tenga que imponer en segura hipoteca cualquier cantidad que exceda de dos mil pesos, de cualquier modo que se obtenga (arts. 557 y ss.); que no pueda vender valores comerciales por menor valor del que se cotice en plaza, o que tenga que acudir a subasta pública para la venta de bienes raíces (art. 563), o por último, que necesite contar con la autorización del juez para todos los gastos extraordinarios que sean de conservación (art. 565); o para recibir dinero en préstamo (art. 575); todo ello se explica en función de la protección del menor o del incapaz, pero no del ejercicio de la empresa: uno y otro conceptos se excluyen, el de la protección del incapaz que supone una actividad segura, firme, prudente y el concepto de empresa que supone en cambio, el ejercicio de una actividad aleatoria y arriesgada. De ahí que las restricciones que se apliquen al caso del art. 556 (aun cuando dicho artículo esté colocado en el mismo capítulo —razones topográficas intrascendentes—), porque de aplicarse, haría imposible, a su vez, la continuación, la subsistencia de la negociación, que es precisamente el requisito de dicho art. 556.

[109] El derecho francés excluye el ejercicio del comercio por representación, según RIPERT, *Traité..*, *cit.*, núm. 226, p. 92 y ESCARRA, *Principes...*, *cit.*, núm. 283, p. 292. El Proyecto C. Co., igualmente, impide la adquisición del *status* de comerciante al representante (así actúe u obre a nombre propio), puesto que la definición del art. 2o. exige que los comerciantes, personas físicas, realicen actos de comercio *por cuenta propia*; y como todo representante actúa por cuenta ajena (la de su representado), independientemente de que obre a nombre del representado (representación directa) o a nombre propio (representación indirecta), se sigue, que nunca el representante puede devenir comerciante. Como en otro lugar decimos (infra núm. 14) no podemos ya sostener esta tesis, que es contraria a nuestra tradición y cuyas ven-

Tampoco podemos admitir que el caso del menor-empresario del artículo 556, esté comprendido en la autorización para ejercer el comercio a que se refiere el artículo 6º C. Co.; porque, en efecto, ni la norma del derecho común plantea el supuesto de ejercicio personal de la empresa, por parte del menor, sino, contrariamente, ejercicio por el tutor, ni tampoco existe reglamentado (en el C. Civ. o en el C. Co.) procedimiento alguno de autorización, como exige dicho artículo 6º

Por último, es también insostenible afirmar que el menor que hereda una negociación, o que la recibe por cualquier otro título jurídico, "se considera como emancipado" [110] y que puede administrarla y convertirse en comerciante, en los términos del artículo 435 C. Civ.; porque, en efecto, el artículo 556 supone la administración del tutor, no la del menor, y además, los requisitos del artículo 435 (que el menor adquiera la administración por disposición de ley o por voluntad del padre) son ajenos a dicho artículo 556. [111]

Ahora bien, de que el menor que adquiere a título gratuito una empresa, no sea comerciante, no se sigue que no sea empresario (*Tratado*, número 123); lo uno no implica lo otro. Se puede ser empresario sin ser comerciante, [112] como sucede con ciertas sociedades de economía mixta, o con las instituciones descentralizadas como Pemex y Ferrocarriles; y se puede ser comerciante, sin ser empresario, como es el caso de todos los pequeños comerciantes (ambulantes, ruleteros, dueños de tendajones y misceláneas, etcétera).

La titularidad de la empresa no otorga ni confiere, en nuestro derecho, por sí misma, *status* de comerciante (véase número 120).

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

Nuestra legislación mercantil es omisa, porque en efecto, no somete a pena alguna al menor que ejerza el comercio; ni siquiera lo hace incurrir en quiebra; [112 bis] en cambio, por aplicación supletoria del

tajas no percibimos. El representante indirecto, en efecto, que debe ser un sujeto capaz, sería comerciante en los términos del art. 3o., frac. I, C. Co.

110 TENA, *cit.*, núm. 87, p. 205.

111 El propio TENA, que afirma el carácter de emancipado del menor, respecto a los bienes que administra, en páginas posteriores aclara (núm. 94, pp. 214 y ss.): "¿La capacidad civil que adquiere el hijo en cuanto a los bienes propios que administra, lo colocará bajo el amparo de los arts. 6o. y 7o. del C. Co., de modo de considerarlo con la capacidad absoluta de un mayor de edad...? En nuestra opinión la respuesta negativa no es dudosa."

112 Negamos pues, la validez de la afirmación de MANTILLA MOLINA, *cit.*, núm. 100, p. 79: "La explotación de una negociación mercantil implica necesariamente la existencia de un comerciante."

112 bis En contra, RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ, en sus *Concordancias y anotaciones a Ley de Quiebras y Suspensión de Pagos*, 2a. ed., México, 1952, p. 10: "los incapaces pueden

derecho común, se sanciona con una nulidad relativa (artículo 2223, en relación con los artículos 2226 y 2227 C. Civ.) a los actos (no a la actividad misma, que está privada de sanción) realizados por el incapaz, y concede al representante del menor, acción para demandar dicha nulidad, independientemente de la buena o mala fe de quien hubiera contratado con el incapaz.[113] Debe excluirse, para la procedencia de la acción de nulidad, el caso de que el propio menor hubiera actuado de mala fe, ocultando su incapacidad o engañando a terceros respecto a ella (artículo 640 C. Civ.).[114]

En este último caso, si dicho menor, además, aparentara ser comerciante, se reputaría como tal para todos los efectos (incluso la quiebra) —presunción que admite prueba en contrario, véase supra número 9—, en función de la apariencia (supra número 8) y en homenaje a la protección que debe concederse a los terceros, siempre que éstos sean de buena fe; es decir, siempre que racional y prudentemente puedan suponer que contrataban con un mayor de edad, o con un emancipado.[115]

El Proyecto C. Co. expresamente establece que, "los que se dediquen al comercio, sin capacidad para ello, no adquirirán la calidad de comerciantes" (artículo 14); y establece responsabilidad personal de padres o tutores por la actuación comercial de los pupilos, "si pudiendo impedirla no lo hicieren".

13. *Los menores emancipados*

La única excepción a la regla general que establece que no son comerciantes los menores de edad, por carecer de capacidad para ejercer el comercio, la constituye el caso de los menores de edad que se emancipan, en los términos del derecho mercantil, no así del derecho civil.[116] La emancipación mercantil no se otorga al menor para devenir comerciante sino, en general, para ejercer actos de comercio, el ejercicio habitual de

ser declarados en quiebra, cuando tengan la consideración legal de comerciantes"; sin embargo, nunca los incapaces tienen tal consideración, y el art. 102 LQ prevé y resuelve la situación del ejercicio del comercio por cuenta y a nombre de menores o incapacitados, por sus representantes, quienes serían los responsables en caso de quiebra culpable o fraudulenta.

113 Cfr. HAMEL, *Traité...*, *cit.*, núm. 349, p. 419.

114 HAMEL, *ibidem*; VIVANTE, *cit.*, núm. 135, p. 194.

115 En contra, DE SEMO, *cit.*, I, p. 368 y NAVARRINI, *Trattato...*, *cit.*, I, *núm.* 256, pp. 346 y ss., según el cual, si el menor viola la buena fe de los terceros, los actos son válidos, pero de ello no puede derivarse que adquiere la calidad de comerciante.

116 Estado de semi-incapacidad llama TENA, *cit.*, I, núm. 87, p. 205, al de los emancipados. La emancipación civil, como adelante veremos, no es suficiente para otorgar estado de comerciante; sí, en cambio, para realizar ciertos actos de comercio.

algunos de los cuales (los lucrativos) conferiría dicha calidad al menor emancipado.

La norma que establece la emancipación en el C. Co. (artículo 6º), habla también de la "habilitación de edad o autorización de aquéllos bajo cuya patria potestad o guarda estén", los menores de veintiún años, pero mayores de dieciocho. Ahora bien, nuestra legislación, tanto civil como mercantil, no conoce el régimen de autorización a que esta norma se refiere, ni nunca tampoco ha reconocido, ni reglamentado, la habilitación de edad. [117]

Por lo que toca a la autorización, parecería que al considerarla, el artículo 6º se refiere a la que exigían los artículos 8, 10 y 11 C. Co., [118] o sea, a la autorización expresa del marido para que la mujer pudiera ejercer el comercio; sin embargo, y aunque las discusiones relativas no tienen ya razón de ser, dado que un Decreto de 1954 derogó dichas disposiciones, el artículo 6º tampoco se refería a la autorización marital, ya que hablaba de patria potestad y de tutela, instituciones distintas a la potestad marital. [119] Tanto en el caso de la autorización como en el de la habilitación, nuestros legisladores copiaron los Códigos de Comercio extranjeros, [120] sin darse cuenta que ambas instituciones nos son ajenas. Se trata, pues, de figuras inaplicables cuya subsistencia sólo se justifica ante la posibilidad meramente teórica y remota de que algún Código Civil local reglamente dichas instituciones: la habilitación de edad o la autorización del padre o tutor para el ejercicio del comercio. [121]

Por emancipación se entiende el acto jurídico en virtud del cual el menor de edad se libera, total o parcialmente, de la patria potestad o de la tutela a que está sujeto, y adquiere capacidad para el ejercicio de sus derechos. [122]

Nuestro sistema jurídico reconoce y reglamenta tres clases de emancipación: la *mercantil* que se establece en el Código de Comercio (artículos 6º y 7º), la *emancipación por matrimonio*, regulada por el artículo

[117] El C. Co. de 1884, en forma más clara que el actual se refería a la habilitación (art. 18, inc. 2º), sin que ni los Códigos Civiles de 1870 o de 1884 reglamentaran tal institución. El C. Civ. esp. vigente, en cambio, sí la regula (arts. 322 y ss.), al lado de la emancipación (arts. 314 y ss., y las legislaciones francesa e italiana reglamentaban tanto la emancipación como la autorización (C. Civ. fr. arts. 476 y ss. y C. Co. fr. arts. 2º y 3º; C. Co. it. de 1882, arts. 9º, 12 y 15); en la doctrina francesa, véanse THALLER, *Traité...*, *cit.*, núm. 91, p. 72; ESCARRA, *Principes...*, *cit.*, núm. 284, p. 293; RIPERT, *Traité...*, *cit.*, núm. 229, p. 93.

[118] Actualmente derogados por Decreto de 6 de enero de 1954, que estableció la plena equiparación del hombre y de la mujer casados, y reformó el texto del art. 9º

[119] Para una crítica amplia y terminante de este requisito de autorización, v. Tena, *cit.*, I, núm. 91, pp. 212 y ss.

[120] Las concordancias de nuestro art. 6º con los Códigos españoles, franceses, belgas, italianos, en Antonio de J. LOZANO, *Código de Comercio de los Estados Unidos Mexicanos*, México, 1890, p. 5.

[121] En este último sentido, MANTILLA MOLINA, *cit.*, núm. 101, p. 81.

[122] BOLAFFIO, *cit.*, 2, II, p. 53.

641 Código Civil y la *emancipación civil de los mayores de 18 años* a que se refiere el artículo 642 del Código Civil. A virtud de la primera, el menor adquiere plena capacidad de obrar y, concretamente, "capacidad legal para ejercer el comercio y hacer de él su ocupación ordinaria" (artículo 3º, fracción I C. Co.), por lo que puede convertirse en comerciante; en cambio, a virtud de las dos formas citadas de emancipación civil, el menor necesita de un tutor para los negocios judiciales (artículo 643, fracción III C. Civ.),[123] por lo que no goza de la capacidad que requiere la persona física para ser comerciante, y no puede devenir tal aunque haga del comercio su ocupación ordinaria.

En efecto, el requisito de capacidad que para el comerciante exige la fracción I del artículo 3º se refiere, no sólo a la capacidad de goce, es decir, de adquirir derechos y obligaciones (la cual también corresponde, a los menores, a los interdictos e incluso a los concebidos y aún no nacidos, artículo 22 C. Civ.), sino principalmente a la de ejercicio, o sea, "la facultad de disponer libremente de su persona y de sus bienes" (artículos 24 y 647 *ib.*), así como poder demandar o ser demandado por el cumplimiento de sus derechos y obligaciones (legitimación activa y pasiva). Si no se puede hacer esto último personalmente o por medio de poder que se otorgue, sino que, por el contrario, se requiere un tutor, un representante legal, la persona carece de la capacidad legal para ejercer el comercio, que es nota que exige la definición legal del comerciante.

Por la razón anterior rechazamos la opinión de Mantilla Molina[124] que afirma que el "menor comerciante . . . no podrá comparecer en juicio sin la asistencia de un tutor *ad-hoc*". Para nosotros, independientemente de que los artículos 6º y 7º del Código de Comercio expresamente relevan al emancipado mercantil de las restricciones que el derecho común impone a la emancipación que él regula (volvemos sobre este asunto, en este mismo número), ser comerciante supone la capacidad plena de ejercicio, sin las limitaciones a dicha capacidad que se imponen a los menores e interdictos, y sin aquellas que corresponden a los emancipados civiles; por ello, sostenemos que no son comerciantes ni el menor que hereda o que en cualquier forma explota una negociación mercantil, ni el emancipado que necesita de un representante legal para asuntos judiciales.[125] Tanto aquél como éste, carecen de capacidad legal para

[123] No contiene el C. Civ. vigente en el D. F., la limitación contenida en el C. Civ. de 1884 (sistema que aún rige en Tlaxcala y Zacatecas), o sea, que la emancipación sólo surtirá efecto respecto de la persona del menor, pero no respecto de sus bienes, los que continuarán en la administración del que o de los que ejercen la patria potestad o del tutor en su caso. Esta restricción, obviamente, también equivale a negar al menor emancipado civilmente la capacidad legal necesaria para ser comerciante.

[124] *Ob. cit.*, núm. 101, p. 81.

[125] En contra, en ambos casos MANTILLA MOLINA, *cit.*, núm. 100, p. 78.

ejercer un comercio. Un comerciante que requiere de tutor para exigir judicialmente el pago de las obligaciones vencidas de sus deudores, o el cumplimiento o rescisión de los contratos de que es parte, o para solicitar suspensión de pagos o su quiebra, es inconcebible, e incluso no creemos que respecto a él pudiera predicarse plenamente la otra nota de la definición legal; hacer del comercio una ocupación ordinaria.

¿*Quid juris* por lo que se refiere a las otras limitaciones que el derecho común impone a los emancipados? A nuestro juicio, tampoco se aplican al emancipado mercantil las restricciones establecidas por la fracción II del mismo artículo 643, o sea, "autorización judicial para la enajenación, gravamen o hipoteca de bienes raíces"; sí, en cambio, aquella que fija la fracción I: "consentimiento del que emancipó, para contraer matrimonio".

No la primera, por disposición expresa de los artículos 6º y 7º del Código de Comercio. Aquél establece, "sin que el menor comerciante en ningún caso pueda gozar de los beneficios inherentes a la menor edad"; y el artículo 7º indica que los menores emancipados con arreglo a los términos del artículo 6º, "se considerarán, no obstante las disposiciones del derecho común, como mayores de edad". Consecuentemente, esta disposición de la fracción II, que supone un beneficio al menor de edad, y que evidentemente constituye una restricción a la capacidad de ejercicio del emancipado, no es aplicable al emancipado mercantil (tanto si éste adquiere la calidad de comerciante, como si no la adquiere por no hacer del comercio su ocupación habitual u ordinaria, o porque no realice aquellos actos de comercio en que esta ocupación consiste, sino otros distintos).

Mantilla Molina sostiene que "compete al derecho civil y no al mercantil... fijar la capacidad de las personas",[126] por lo que afirma que todas las restricciones del artículo 643 del Código Civil son aplicables a los emancipados mercantiles. No compartimos esta opinión. La capacidad del comerciante, o sea, aquella necesaria para realizar ciertos actos o determinada actividad mercantil es propia del derecho comercial, que puede imponer y en ocasiones impone limitaciones y restricciones,[127] como es esta misma del artículo 6º del Código de Comercio que para la emancipación mercantil fija la edad mínima de 18 años. De no existir esta limitación en materia mercantil, cualquiera de las dos formas de emancipación reguladas en el Código Civil del D. F., es decir, la emancipación por matrimonio y la emancipación civil, permitirían adquirir

[126] *Ob. cit.*, núm. 101, p. 81.

[127] Así, entre otros, el art. 1º del Reglamento de Corredores de la Plaza de México, de 1º de noviembre de 1891, que excluye a las mujeres de dicha profesión comercial; al art. 233 LGSM que limita la capacidad de las sociedades en liquidación a dichas tareas de terminación de las operaciones sociales.

la calidad de comerciante, aunque el menor, en aquélla, tuviera sólo 14 años si se tratara de mujer, o 16 si fuera varón, que son las edades mínimas que el Código Civil exige para contraer matrimonio.

Es cierto que cuando la ley comercial no establece requisitos de capacidad, o sólo exige la capacidad legal (como en el caso de la fracción I del artículo 3º), existe una implícita y clara remisión a las normas y a la regulación sobre capacidad del derecho común (mayoría de edad, interdicción, vicios del consentimiento, etcétera), que por ser tal es supletorio de la materia mercantil; pero nada obsta a que el derecho mercantil establezca reglas propias de capacidad y derogue o declare inaplicables algunas normas del derecho civil, como también sucede con este artículo 7º que comentamos, y como de manera expresa establece el artículo 81 del Código de Comercio: "Con las modificaciones y restricciones de este Código serán aplicadas a los actos mercantiles las disposiciones del derecho civil acerca de la capacidad de los contrayentes..." De igual manera pasa con la lesión que en materia civil puede invalidar los contratos civiles (artículo 17 del C. Civ.), pero no los mercantiles (artículo 385 del C. de Co.) y con el régimen de *capitis deminutio* a que somete nuestra LQ al fallido y al suspenso.

En suma, con la opinión de la doctrina mexicana prevaleciente [128] sostenemos que ni las limitaciones de la fracción III del artículo 643 ni las de la fracción II se aplican al emancipado mercantil.

En cambio, el requisito de la fracción I, o sea la autorización del padre, del ascendiente o del juez para que el menor emancipado contraiga matrimonio, también se aplica a la emancipación mercantil, ya que dicha autorización es ajena al derecho mercantil, no constituye limitación a la capacidad de ejercicio, ni afecta en manera alguna a la plena capacidad para ejercer el comercio del emancipado.

14. *Procedimiento de la emancipación*

¿Cómo se obtiene la emancipación? El artículo 6º del Código de Comercio, por lo que se refiere a la emancipación mercantil, indica que ella (así como la habilitación y la autorización) debe obtenerse conforme a la ley; si las formalidades que ésta exige no se cumplen, la emancipación no se efectúa, y el menor, por tanto, seguirá siendo un incapaz; [129] ahora bien, como la ley mercantil es omisa en cuanto a re-

[128] PALLARES, *cit.*, pp. 807 y ss.; TENA, *cit.*, I, núm. 88, p. 206; RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ, *Curso...*, *cit.*, p. 40; en el derecho extranjero, ESCARRA, *Principes...*, *cit.*, núm. 289, p. 296.

[129] Entre los requisitos esenciales no se comprende la inscripción del acta de emancipación en los Registros Civil o de Comercio, por el carácter meramente declarativo de ellos; así lo indica expresamente el art. 96 C. Civ. Sobre este punto v. BOLAFFIO, *cit.*, 2, II, p. 67.

quisitos, formalidades y procedimiento de emancipación, debe acudirse, en ausencia de usos y costumbres especiales, al derecho común. Éste, a su vez, respecto a la emancipación prevista en el artículo 642 exige tres requisitos, a saber: *a*) el consentimiento del padre o tutor, otorgado judicialmente; *b*) el del hijo o del pupilo, que también se manifestará ante un juez; y *c*) la resolución de éste, que debe ser inscrita en el Registro Civil (artículos 94, 641, 645 del C. Civ.)

Ahora bien, la emancipación del menor puede verificarse con la finalidad específica de que él se convierta en comerciante (artículos 6º y 7º C. Co.); en tal caso, subsistirán los requisitos antes señalados, que son los únicos exigidos por el derecho común, y que se aplican supletoriamente en materia mercantil, y a ellos sólo deberá agregarse, por una parte, la manifestación (del padre o tutor y del hijo o pupilo) al juez, de que el menor piensa dedicarse al ejercicio del comercio; por otra parte, la resolución judicial en este sentido, con el mandato de inscripción de la sentencia, se anota, no en el Registro Civil, sino en el de Comercio (artículo 21, fracción VIII).[130]

En derecho francés,[131] la falta de inscripción en el Registro de Comercio, está sancionada con la ineficacia absoluta; en el italiano derogado (artículos 9º, 10, 15 C. Co.), se establecía que antes de la transcripción "el menor no podría emprender el ejercicio del comercio" (artículo 9º, *in fine*), y Vivante afirma que si el menor ejerce el comercio, sin estar inscrita su emancipación, "no adquiere el carácter de comerciante y conserva los privilegios concedidos al menor por el derecho común".[132]

Ninguna de estas soluciones es aplicable entre nosotros, dado el carácter meramente declarativo que el Registro (tanto civil como mercantil) tiene en México. Para que se aceptara cualquiera de las situaciones indicadas, es decir, la del derecho francés o la del italiano, tendría que existir un precepto expreso como el artículo 9º del Código de Comercio Italiano, o que, como en el caso, por ejemplo, de la marca otorgara efectos constitutivos al registro, y tal precepto, lamentablemente, no existe. A falta de inscripción en el Registro de Comercio, el acto de emancipación "no podrá producir perjuicio a tercero, el cual sí podrá aprovecharlo en lo que le fuere favorable", según dispone el artículo 26 del Código de Comercio; o sea, que dicho menor no podría invocar su minoridad, pero el tercero podría negar carácter mercantil al acto realizado por el menor siempre que dicho carácter dependiera del

130 No deberá el juez autorizar al menor para ejercer un determinado comercio; se le debe autorizar para ejercer el comercio en general. v. BOLAFFIO, *cit.*, 2, II, p. 60.

131 HAMEL, *Traité...*, *cit.*, *núm.* 348, *pp.* 418 y ss.

132 *Tratado...*, *cit.*, I, p. 193, v. también NAVARRINI, *Trattato...*, *cit.*, I, núm. 253, p. 344; BOLAFFIO, *cit.*, 2, II, pp. 76 y ss.; DE SEMO, *cit.*, I, pp. 359 y 368, y NATTINI, *cit.*, pp. 150 y ss.

status de comerciante del menor (verbigracia, en el caso del transporte a que se refiere la fracción II del artículo 576 del C. de Co.).

De acuerdo con la organización de los tribunales civiles en el Distrito Federal, de la solicitud de la emancipación a que se refiere tanto el artículo 6º del Código de Comercio como el artículo 647 del Código Procesal civil,[133] conocerá el Juez Pupilar (artículos 901 del C. Proc. Civ. y 70 fracciones I y III de la Ley Orgánica de los Tribunales de Justicia del Fuero Común del Distrito y Territorios Federales), en un procedimiento incidental de jurisdicción voluntaria, "que habrá de seguirse con el Ministerio Público en todo caso", y oyendo también al padre o tutor (artículo 938, fracción II C. Proc. C.).[134] La resolución del juez es apelable (artículo 898), incluso por el Ministerio Público, por ejemplo, cuando pudiera acreditar que el padre o tutor procedió dolosamente al solicitar la emancipación, buscando su interés personal y no el del menor.[135]

Fuera del Distrito y Territorios, la organización judicial de cada Estado determina la existencia de jueces especiales que conocen de esta y de otras materias parecidas, o atribuyen competencia especial a los jueces de primera instancia; en todo caso, las disposiciones del Código de Procedimientos Civiles del Distrito y Territorios Federales, no se aplican supletoriamente en los Estados, según indica el artículo 1051 del Código de Comercio, que establece la supletoriedad de la ley de procedimientos local respectiva.

15. *La edad en la emancipación*

Respecto a la edad que sea necesaria para la emancipación, el Código de Comercio exige que el menor de edad sea mayor de dieciocho años, e igual requisito fija el artículo 642 del Código Civil. Sin embargo, respecto a la emancipación que se obtiene por matrimonio (artículo 641), el Código Civil del D. F., permite que ella se obtenga antes de dicha edad, en cuanto establece que para contraer matrimonio el hombre tenga dieciséis años cumplidos y la mujer catorce (artículo 148), aunque exija, en estos casos, el consentimiento de quienes ejerzan la patria potestad o la tutela (artículos 149 y 150).

Consecuencia de lo anterior es que un casado menor de dieciocho

133 No se comprende, consecuentemente, la emanicipación por matrimonio, porque ella se obtiene el pleno derecho al contraer dicho vínculo, según se desprende del art. 641 C. Civ.

134 Este artículo también reglamenta los casos de autorización judicial exigidos por las fracs. II y III del art. 643 C. Civ.

135 Cfr. ESCARRA, *Principes...*, *cit.*, núm. 287, pp. 294 y ss. y BOLAFFIO, *cit.*, 2. II. pp. 85 y ss.

años goce de capacidad para celebrar y ejecutar actos de comercio, uno o varios, esporádica o habitualmente, e incluso, que sea titular de una empresa mercantil (en el caso del artículo 556 del C. Civ.), pero no por ello adquirirá carácter de comerciante ya que carecería del requisito de capacidad legal que exige la fracción I del artículo 3º del Código de Comercio para el comerciante; es decir, la que corresponde al mayor de edad, o al emancipado mayor de dieciocho años. No basta, en efecto, ejercer el comercio y hacer de él ocupación ordinaria, sino que se exige también que se tenga capacidad, o mejor dicho, que se cumplan los requisitos de capacidad que el ordenamiento mercantil establece.

16. *Ejercicio del comercio a nombre propio*

La definición que ofrece la fracción I del artículo 3º, ciertamente exige la capacidad de ejercicio, como ya vimos (supra número 320), para ejercer el comercio y convertirse en comerciante; pero no impide que dicho ejercicio del comercio se haga por medio y a través de un representante, con lo que, quien adquiere el carácter de comerciante es el representado y no el representante.

Ahora bien, como también dijimos cuando hablamos del empresario (*Tratado,* número 124), es nota esencial y característica del comerciante el obrar a *nombre propio;* es decir, utilizar su nombre en el ejercicio del comercio, porque es en función del nombre comercial que el empresario se relaciona con la clientela, con los proveedores y con otros comerciantes (*Tratado,* números 160 y 166), y es también en función de dicho nombre, que el comerciante obtiene crédito y ofrece garantías a quienes se lo otorguen; [136] por ello, el derecho mercantil *siempre* ha exigido este requisito: *Qui nomine alieno exercet mercatura* —decía Ansaldo— *non comprehenditur sule statuto loquente de mercatoribus.* [137]

[136] Es unánime en la doctrina la opinión de que el comerciante debe obrar a nombre propio; v. en el derecho español, *Curia Philipica,* vol. II, cap. I, núm. 14, p. 263; GARRIGUES, *Tratado..., cit.,* I, 1, pp. 355 y ss.; LANGLE Y RUBIO, *cit.,* pp. 310 y ss.; en el derecho francés, RIPERT, *Traité..., cit.,* núm. 179, p. 76; ESCARRA, *Principes..., cit.,* núm. 172, pp. 186 y ss.; en el derecho italiano, VIVANTE, *Tratado..., cit.,* I, núms. 98 y 100, pp. 163, 164 y ss.; BOLAFFIO, *cit.,* 2, II, p. 4; AULETTA, *Il contratto..., cit.,* p. 64. Entre nosotros, la resolución de la Suprema Corte, en SJF, t. LXII, p. 1735, y entre nuestros tratadistas, PALLARES, *cit.,* pp. 913 y 914, lo admite (sobre todo al citar a LYON CAEN et RENAULT), pero en p. 915 lo niega, al admitir que sean comerciantes los factores y los gerentes; TENA, *cit.,* núms. 103 y ss., pp. 235 y ss.; MANTILLA MOLINA, *cit.,* núm. 114, p. 90, quien hace llegar demasiado lejos la regla al afirmar que "hace adquirir (el carácter de comerciante) a su representado el que obra en nombre ajeno: *así sucede tratándose de los incapacitados*"; porque ello va en contra de la definición y de los requisitos exigidos por el art. 3º, frac. I, C. Co.

[137] Cit. por GARRIGUES, *Tratado..., cit.,* I, p. 355, v. también MONTESSORI, *Il concetto di impresa negli atti di commercio,* en RDC, 1912, I, p. 410, que se refiere a Stracca y Scaccia.

Consecuencia de tal regla es, que ni el factor o gerente —actuando como tales—, ni el apoderado, el agente, el empleado del comerciante o el administrador de una sociedad adquieran esta calidad;[138] obran ellos por cuenta y a nombre del principal, y es éste quien obtiene y conserva el *status* de comerciante; lo mismo podemos decir del mandatario y del comisionista, que no oculten la representación (mi *Tratado*, número 124); e inversamente adquiere carácter de comerciante quien obra como representante indirecto, es decir, la persona que *obra a nombre propio* (artículos 2560 C. Civ. y 283 C. Co.), y oculta la representación, como el caso del asociante en la Asociación en Participación. Es éste también el caso de la llamada *gerencia-arrendamiento* de la empresa, que analiza la jurisprudencia francesa; en tal supuesto, en realidad, la negociación se da en arrendamiento al gerente, quien, por tanto, obra a nombre y por cuenta propia.[139]

Debe tenerse en cuenta, sin embargo, que para que el representado, a cuyo nombre se obra, adquiera o conserve el estado de comerciante, se requiere, además de que el representante haga del comercio ocupación ordinaria (como hemos definido esta nota en supra número 11), que tanto el representante como el representado gocen de la capacidad de ejercicio. En efecto, se requiere que el representante sea capaz, porque siendo él quien interviene y participa en la celebración y ejecución de los actos que realiza a nombre del representado, y siendo suya la voluntad y el consentimiento que manifiesta en dicha celebración, tiene que tener la capacidad que el derecho común exige para contratar y obligarse. El representado debe también ser capaz; porque así lo exige el artículo 3º, fracción I del Código de Comercio.

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

El proyecto del Código de Comercio (artículo 2º) y algunos autores exigen que el comerciante *obre por cuenta propia*,[140] lo que excluiría no sólo que el representante adquiera la calidad de comerciante, ya que siempre obra por cuenta ajena, es decir, por cuenta del representado, sino también, en general, de quien usando su nombre gestione un interés ajeno (verbigracia, el asociante en la Asociación en Participación, el

138 Así, de manera expresa, la *Curia Philipica*, p. 577, y la jurisprudencia francesa, según HERZOG, *Les représentants de commerce et les accidents du travail*, París, 1946, p. 121.

139 Sobre esta figura de la gerencia-arrendamiento o "gerencia-libre", v. RIPERT, *Aspectos jurídicos...*, *cit.*, núm. 82, p. 193.

140 Entre nosotros, RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ, *Curso...*, I, p. 39. En derecho extranjero, HAMEL, *Traité...*, *cit.*, núms. 335 y 342, pp. 402 y 412 y BOLAFFIO, *cit.*, 2, II, núm. 110, pp. 14 y ss. En contra, NAVARRINI, *Trattato...*, *cit.*, I, núm. 225, 305 y ss. y entre nosotros, ampliamente, TENA, *cit.*, núm. 104, pp. 236 y ss.

mandatario y el comisionista en los casos de los artículos 1590 del C. Civ. y 283 del C. de Co. antes citados). Esta posición, sostenida en el derecho francés, no la consideramos justificada, porque no vemos razón alguna para negar el *status* de comerciante al "representante" (*rectius*, gestor) de una persona, que obre a nombre propio y por cuenta de ésta, cuando el representado no quiera ostentarse como dueño del negocio o como interesado; por otra parte, el obrar por cuenta propia o por cuenta ajena es difícil y hasta imposible de determinar. Si el representante obra a nombre propio, se habrá de considerar que es el interesado directo y que, por tanto, obra también *a cuenta propia*, de donde, lo que importa es lo que manifiesta (obrar a nombre propio), y no aquello que se calla y que es indiferente normalmente en el negocio relativo que se celebre (obrar por cunta propia o ajena); e incluso, si llegara a conocerse la relación oculta de gestión (es decir, la llamada representación indirecta), no hay razón para negar al representante o gestor y atribuir al representado la calidad de comerciante, porque sería aquél y no éste el obligado directo en favor de las personas frente a las que hubiera actuado (artículos 2561 del C. Civ. y 284 del C. de Co.), y es esto lo que más importa en materia comercial.

17. *Prohibiciones e incompatibilidades para ejercer el comercio*

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

De prohibiciones se habla cuando las impone el derecho positivo como sanción por una conducta anterior desordenada, o para evitar una competencia a los nacionales, como es el caso de ciertos extranjeros (lo que tendería a evitar una conducta ilícita futura); en cambio, se habla de incompatibilidades cuando se plantea una situación inconciliable entre el ejercicio habitual del comercio, o sea, una actividad reiterada, permanente, lucrativa, y ciertas funciones, generalmente de derecho público, que exigen dedicación, desinterés, atención plena, imparcialidad. Distinguimos también las prohibiciones de las incompatibilidades, siguiendo a Mantilla Molina,[141] en cuanto éstas, "por derivar de la profesión de la persona, dependen de la voluntad de ésta hacerlas cesar... al paso que la prohibición se impone en virtud de circunstancias que no dependen del afectado hacer desaparecer".

Se diferencian, a su vez, las prohibiciones e incompatibilidades de las incapacidades, en varias notas: *a*) la incapacidad es un estado que tiende

[141] *Ob. cit.*, núm. 109, p. 88.

a proteger al menor o al interdicto, las prohibiciones e incompatibilidades se dan en protección fundamentalmente de los terceros que contratan con quienes las sufren; [142] *b*) en tanto que los actos realizados por el incapacitado están sujetos a la sanción de nulidad (salvo el caso del incapaz, previsto por el artículo 640 del C. Civ.), los actos que ejecutan aquellas personas que están sometidas a una prohibición o a una incompatibilidad, son válidos y no anulables, [143] aunque, en cambio, se sancione a la persona del infractor con penas de índole varia, como son la corporal (verbigracia, la pena de la quiebra fraudulenta, para los corredores), administrativa (privación del cargo para los notarios), o las de carácter fiscal (multa a los extranjeros), [144] e inclusive, sin que el sistema positivo fije sanciones especiales para ciertas prohibiciones de ejercer el comercio (infra número 19); *c*) por último, mientras el ejercicio habitual del comercio, realizado por el incapaz, no atribuye a éste el carácter de comerciante, el que realizaran los sujetos a una prohibición o a una incompatibilidad, les concedería la calidad de comerciantes anómalos, independientemente de las sanciones que procedieron (véase supra número 1, nota 1). [145]

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

142 En este sentido, RIPERT, *Traité...*, *cit.*, núm. 224, p. 92.

143 Cfr. entre nosotros, MANTILLA MOLINA, *cit.*, núm. 110, p. 88. En el derecho extranjero, GARRIGUES, *Tratado...*, *cit.*, I, 1, p. 340; ESCARRA, *Principes...*, *cit.*, núm. 277, p. 285; VIVANTE, *Tratado...*, *cit.*, núm. 107, p. 174 y BOLAFFIO, *cit.*, 2, II, p. 24.

144 En el derecho comparado, respecto a sanciones que no se refieren al acto, sino a la persona que lo ejecuta, v. GARRIGUES, *Tratado...*, *cit.*, p. 340; RIPERT, *Traité...*, *cit.*, núm. 232, p. 95; ASCARELLI, *Appunti...*, *cit.*, p. 82. Entre nosotros, MANTILLA MOLINA, *cit.*, núm. 108, pp. 86 y ss., y RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ, *Curso...*, *cit.*, I, pp. 41 y ss.

145 La opinión más generalizada en la doctrina atribuye calidad de comerciante a quienes, no obstante la prohibición o la incompatibilidad, "hacen del comercio su ocupación ordinaria". V. entre nosotros, RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ, *Curso...*, *cit.*, I, p. 41, y MANTILLA MOLINA, *cit.*, núms. 108 y 109, pp. 86 y ss.; y en el derecho extranjero, para Francia e Italia que tienen un sistema semejante: RIPERT, *Traité...*, *cit.*, núm. 232, p. 95; ESCARRA, *Principes...*, *cit.*, núm. 277, p. 285 y VIVANTE, *Tratado...*, *cit.*, núm. 107, p. 174. En el derecho español, GARRIGUES, *Tratado...*, *cit.*, I, 1, p. 340. En contra, por razones que a mi juicio han sido ampliamente rebatidas por MANTILLA MOLINA, v. TENA, *cit.*, núm. 95, pp. 216 y ss. (de la 2ª ed., que es la que venimos citando). Los derechos español, portugués, argentino, brasileño, son distintos al nuestro, en cuanto que establecen que ciertos individuos no pueden adquirir la calidad de comerciante, *cfr.* VIVANTE, *ibidem*.

las sufran puedan ser comerciantes en razón de otras actividades que sí puedan desarrollar. [146]

¿Qué prohibiciones y qué incompatibilidades fija nuestro derecho? Las únicas prohibiciones que establece nuestro derecho positivo son las indicadas por las fracciones II y III del artículo 12 y por el artículo 13 del Código de Comercio, o sea, las que pesan sobre los quebrados que no hayan sido rehabilitados, [147] sobre los condenados por delitos contra la propiedad, y sobre aquellos extranjeros que según las "leyes que arreglan (sus) derechos y obligaciones", tienen vedado el ejercicio del comercio. Debe también hacerse mención de las prohibiciones que fijaren a los súbditos —residentes en México por razón de puestos diplomáticos o consulares— sus respectivas leyes nacionales, y por otra parte, de las prohibiciones que decretaran a sus miembros las iglesias o comunidades religiosas, como la que establece el Canon 142 del Código del Derecho Canónico, respecto a los clérigos.

Ninguna de estas prohibiciones impide, como ya dijimos, que el infractor sea comerciante, si es persona capaz y del ejercicio del comercio hace su profesión ordinaria, ni tampoco ninguna de ellas impone sanción alguna al acto o a los actos (de comercio) ejecutados por el sujeto. Dichas prohibiciones comprendidas en el párrafo anterior, se distinguirían entre sí en que aquellas a que se refieren las fracciones II y III del artículo 12 y las del artículo 13 constituyen derecho vigente entre nosotros, en tanto que las demás, no sólo no están sancionadas, sino tampoco reconocidas. [148]

Las incompatibilidades son varias y están comprendidas en diferentes leyes; la primera, es la que la fracción I del artículo 12 del Código de Comercio establece con una profesión de carácter eminentemente comercial, a saber, con los corredores o mediadores; [149] la segunda, es la que

146 En la doctrina, considerando esas restricciones como incompatibilidades o prohibiciones para ejercer el comercio en general. V. LANGLE Y RUBIO, *cit.*, pp. 318 y 342 y NAVARRINI, *Trattato..., cit.*, núm. 245, p. 332.

147 V. *Curia Philipica*, p. 578. Para el derecho español, LANGLE Y RUBIO, *cit.*, pp. 339 y ss.

148 El caso de los Cónsules y Diplomáticos extranjeros, residentes en México, que ejerzan el comercio en la República, violando así las prohibiciones que a este efecto establecieran sus respectivos derechos nacionales, no está comprendido, obviamente, en el texto del art. 13 C. Co., que se limita a regular el caso de extranjeros que como inmigrantes o inmigrados vivan en México. Sobre estos casos, v. infra núm. 18.

149 Sin ser comerciantes, los corredores ejercen, efectivamente, una profesión eminentemente comercial; como corredores, no son comerciantes, porque las actividades que realizan son siempre a nombre de otros; asimismo, se les prohíbe comerciar por cuenta propia (art. 68 frac. I C. Co.) —lo que supone que siempre lo hacen por y a través de una representación directa, i. e., por cuenta y a nombre del principal— para evitar conflictos de intereses. En el derecho extranjero, la prohibición de que los agentes (corredores) no sean comerciantes, no siempre se acoge; v. por ejemplo VIVANTE, *Tratado..., cit.*, núm. 106, p. 172, para la jurisprudencia italiana, y entre nosotros, PALLARES, *cit.*, pp. 915 y ss.

fija el artículo 60 de la Ley del Notariado (D.O. del 23 de febrero de 1946) con las actividades de estos funcionarios: "Las funciones del notario son incompatibles, dice dicha norma, con . . . la de comerciante, agente de cambio. . ." [150]

Por lo que toca a los corredores, su incompatibilidad con la función y la esencia del comerciante, no es, ni con mucho, clara y general. En otros sistemas, en efecto, el corredor o mediador es comerciante; [151] y no es clara la incompatibilidad, porque a pesar de la expresa disposición de la fracción I del artículo 12 "no pueden ejercer el comercio los corredores", la fracción XIII del artículo 75 del mismo Ordenamiento, califica de actos de comercio las operaciones que realizan los corredores o mediadores en negocios mercantiles. Esta aparente contradicción se salva completando la incompatibilidad del artículo 12, con la que establece la fracción I del artículo 68 del Código de Comercio para comerciar por cuenta propia; o sea, que no todo ejercicio de comercio está vedado al corredor, sino sólo aquel que realice en interés propio; es decir, aquel que realice a su nombre y en su beneficio propio; y es ésta, precisamente, la razón de la incompatibilidad del corredor para ser comerciante, ya que mientras éste debe obrar a nombre propio, el corredor, debe obrar a nombre y por cuenta ajena.

Otras incompatibilidades con el ejercicio del comercio derivan de los usos y costumbres comerciales, y se plantean respecto a los más altos cargos del Poder Ejecutivo Federal (Presidente de la República, Ministros de Estado) y del Poder Ejecutivo de los Estados y Territorios (Gobernadores), así como respecto a los funcionarios del Poder Judicial Federal (Ministros de la Suprema Corte, Magistrados de Circuito, Jueces de Distrito) y a los jueces locales y Magistrados de los Tribunales de Justicia del Distrito Federal y de los Estados de la Unión. Esta categoría no debe despreciarse, aunque resulte difícil probar en cada caso la costumbre respectiva: se basa en razones de dignidad de los cargos respectivos, de imparcialidad de las funciones que éstos exigen y de dedicación plena a las altas investiduras que dichos puestos confieren, características todas que mal se concilian con el ejercicio habitual del comercio, con el carácter de mercader y con las obligaciones y derechos de éstos (*status* de comerciante). [152]

[150] MANTILLA MOLINA, *cit.*, núm. 106, pp. 84 y ss., cita otros casos de incompatibilidades que existieron en el derecho colonial.

[151] Así sucede, por ejemplo, en el derecho argentino (art. 8, inciso 3 C. Co. arg.) y en el italiano derogado, v. BOLAFFIO, *cit.*, 2, II, núm. 178, pp. 424 y ss.

[152] Con BOLAFFIO, *cit.*, 2, II, p. 22 agregaríamos: Se trata de "funciones que son inconciliables con el ejercicio del comercio, por exigencias de orden público". En la *Curia Philipica* p. 578, leemos:" Se prohíbe el ejercicio de la profesión mercantil por incompatibilidad de estado. 1º A las corporaciones eclesiásticas... 2º A los magistrados, civiles y jueces en el territorio donde ejercen autoridad y jurisdicción. 3º A los empleados en la recaudación y administración de las rentas en los pueblos, partidos

Por último, es también incompatible la calidad de comerciante con los titulares de las empresas de Estado; esta incompatibilidad se basa en el carácter *jus-privatista* del *status* de comerciante, frente a la función y a la naturaleza eminentemente pública de estas empresas (de Estado y algunas de economía mixta).[153]

Los agentes aduaneros, sin ser corredores o mediadores de negocios mercantiles y, en consecuencia, sin que pese sobre ellos prohibición alguna para el ejercicio del comercio, no adquieren la calidad de comerciantes, porque, como agentes, obran a nombre y por cuenta del principal.[154] Por su función de agentes aduaneros les corresponde categoría, no de corredores o mediadores, sino de gestores, o sea, mandatarios o comisionistas,[155] e incluso, pueden actuar a nombre propio (no ya como agentes), como deriva del texto citado del artículo 702, que permite que figuren como consignatarios, en los contratos de transporte de las mercancías en cuya importación o exportación intervengan, en cuyo caso se daría una representación indirecta y sí podrían adquirir el carácter de comerciantes.

18. *Los extranjeros comerciantes*

La equiparación del nacional y del extranjero, que como dice Escarra "es hoy una regla común a todas las naciones civilizadas",[156] se reconoce tanto en la Constitución Federal (artículo 33), como en el artículo 13 del Código de Comercio: "Los extranjeros serán libres para ejercer el comercio." No obstante, como también se admite en la doctrina extranjera,[157] dicho principio general admite restricciones, tanto respecto a la situación personal que el extranjero guarda en relación con los requisitos de entrada al país o de permanencia en él (*situación migratoria*),

y provincias a donde se extiende el ejercicio de sus funciones, a menos que obtengan dispensa. 4º A los corredores..."

153 Sobre estos tópicos, sin admitir del todo la opinión del texto v. VIVANTE, *Tratado...*, *cit.*, núm. 108, p. 174.

154 MANTILLA MOLINA, *cit.*, núm. 106, p. 84.

155 Así, expresamente, el art. 702 del Código Aduanero, que dice: "Los agentes aduanales efectuarán las operaciones de su ejercicio como consignatarios o mandatarios"; v. también el tercer párrafo del mismo art. 702, y los arts. 705, 706 y 722 tercer párrafo, del mismo Ordenamiento, que emplean expresiones muy claras: "sustituir el mandato", "comitentes". Que no son corredores o mediadores lo prueba el que su función no quede comprendida en la definición que da el art. 51 C. Co. de los corredores, y el que no estén comprendidos en la enumeración del art. 52 C. Co.

156 *Principes...*, *cit.*, núm. 347, pp. 344 y ss. En la Edad Media, el extranjero era un sujeto privado de derechos; v. GOLDSCHMIDT, *Storia Universale del Diritto Commerciale*, trad. it., Turín, 1913, p. 99.

157 El mismo ESCARRA, *ibidem*; RIPERT, *Traité...*, *cit.*, núm. 236, p. 96; y el art. 16 de las Disposiciones Preliminares del C. Civ. it.

como respecto a ciertas actividades restringidas a favor de los nacionales, o sea, vedadas a los extranjeros y, por último, respecto a tratados internacionales que pudieran existir.[158]

No nos habremos de referir a estas últimas actividades, porque fueron ya consideradas anteriormente (véase mi *Tratado*, número 128); en cambio, sí diremos algo sobre la situación migratoria de los extranjeros, o sea, de la facultad que tienen para ejercer el comercio y actuar como comerciantes.

Al ingresar en el país, los extranjeros lo hacen como inmigrantes o como no inmigrantes (artículo 42 de la LP); aquéllos, según el artículo 43, se internan con el propósito de radicarse en México; los no inmigrantes, en cambio, se internan sólo temporalmente (artículo 50). Al radicarse definitivamente en el país, ya sea que se naturalice o que permanezca como extranjero, el inmigrante adquiere la calidad de *inmigrado* (artículo 64).

Pues bien, el inmigrado puede dedicarse a cualquier actividad lícita, con las limitaciones que imponga la Secretaría de Gobernación de acuerdo con el Reglamento de la LP (artículo 66); el Reglamento (D.O. de 3 de mayo de 1962), a su vez, concede facultades discrecionales al Ejecutivo para establecer limitaciones respecto a las actividades que el inmigrado puede desarrollar (artículo 67, fracción I).[159] Salvo estas restricciones, puede, pues, el extranjero-inmigrado ejercer el comercio en México y ser comerciante.

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

[158] El art. 13 C. Co. se refiere a la primera y a la tercera de estas restricciones: "Los extranjeros serán libres para ejercer el comercio, según lo que se hubiere convenido en los Tratados con sus respectivas naciones, y lo que dispusieren las leyes que arreglen los derechos y obligaciones de los extranjeros."

[159] Estas facultades discrecionales, para no convertirse en arbitrarias o caprichosas deberán ser prudentemente ejercidas y debidamente justificadas, en las resoluciones pertinentes; de no admitirse esto, se podría colocar al extranjero en situaciones francas de denegación de justicia, impidiéndole, después de la permanencia mínima de cinco años que la Ley exige para que se convierta en inmigrado, la continuación de una actividad previa, o el ejercicio de una profesión como el comercio, que puede ser la única que el extranjero pueda o quiera ejercer. V. infra núm. 19.

tación"; y las demás fracciones de este artículo, al igual que la práctica administrativa, suponen e implican que la inversión de capitales se restringe a contratos de aportación como socios de sociedades (que no sean por acciones, según establece la fracción II del artículo 48 de la Ley y siempre que "en el contrato social respectivo se estipule esta obligación" —artículo 56, fracción VI del Reglamento—), o de mutuo o concesión de créditos en cualquiera de sus manifestaciones; imponiéndose, inclusive, la obligación de manifestar en su solicitud de internación como inmigrante, "la inversión que pretenda hacer y el lugar donde va a establecerse".

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

Respecto a la categoría de los no inmigrantes, ni los turistas, ni los transmigrantes, ni los asilados políticos, a que respectivamente se refieren las fracciones I, II y IV del artículo 50 LP, podrán ejercer el comercio y, por ende, ser comerciantes. En cambio, los visitantes a que alude la fracción III, que se dediquen, de manera habitual u ordinaria, a negocios lucrativos sí pueden ser comerciantes, a pesar de que su permanencia en México, sea sólo de seis meses, "prorrogables una sola vez por igual temporalidad" (artículo 51).[160]

19. *Sanciones en los casos de prohibiciones e incompatibilidades*

La prohibición que establece la fracción II del artículo 12 del Código de Comercio no tiene señalada sanción alguna para casos de violación; porque, en efecto, respecto a los quebrados aún no rehabilitados, ni el Código de Comercio ni la Ley de Quiebras en el capítulo de responsabilidad penal en la quiebra (artículos 91 a 114), o en aquel de la rehabilitación (artículo 380 a 393), fijan sanción alguna en los casos de que el fallido realice actividades antes que "cesen todas las interdicciones legales que produce la declaración de quiebra" (artículo 392 LQ).

Contrariamente, la prohibición contenida en la fracción III del mismo

[160] Como en todos los casos, la actividad del visitante está sujeta al permiso de Gobernación, en los términos de la frac. II del art. 71 del Reglamento: "La Secretaría fijará a los extranjeros a quienes se les conceda esta característica migratoria, las actividades a que podrán dedicarse y, cuando lo estime necesario, el lugar de su residencia."

artículo 12, o sea, la que pesa sobre los condenados o sentenciados por delitos contra la propiedad, incluyendo falsedad, peculado, cohecho y concusión sí está sancionada en caso de ser violada. En efecto, nuestra legislación penal prevé de manera expresa una sanción para el caso de que un reo,[161] que en virtud de sentencia haya sido suspendido en su profesión u oficio (de comerciante), o inhabilitado para ejercerlo (el comercio), quebrante su condena y ejerza el comercio; dicha sanción es pecuniaria (veinte a mil pesos), pero en caso de reincidencia, puede ser además corporal (prisión de uno a seis años).

Ahora bien, se requiere que el reo haya sido expresamente condenado en la sentencia a no ejercer el comercio, prohibición que si bien no está expresamente incluida en la enumeración del artículo 24 del Código Penal, que contiene una lista de las penas y medidas de seguridad,[162] sí lo está en el artículo 12, fracción III del Código de Comercio, y por ende, comprendida en la última parte de dicho artículo 24 del Código Penal.[163]

Si el juez, indebidamente, omitiera —como generalmente se omite— establecer expresamente esta sanción en la condena que dictare, no cabría la aplicación del artículo 159 del Código Penal, que supone el quebrantamiento y la violación de una pena impuesta expresamente; en otras palabras, la mera prohibición contenida en la norma que comentamos del Código de Comercio, no sería suficiente para imponer las sanciones que establece el artículo 159, sino que para ello se requiere que la sentencia expresamente imponga esta sanción.[164]

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

[161] Que tratándose de lo dispuesto en la norma que comentamos, sería reo de un delito patrimonial, o de cualquiera de los otros enumerados por ella.

[162] No creemos que el supuesto que examinamos pudiera comprenderse en la frac. 13 que se refiere a "inhabilitación, destitución o suspensión de funciones o empleos", porque estos términos, "funciones", "empleos", parecen referirse a cargos y actividades para cuyo ejercicio se requiera nombramiento o designación, que no es el caso del comerciante, ni menos del ejercicio del comercio sin obtener dicho *status;* sin embargo, esta sanción de la frac. 13, como aquella otra de la frac. 5 —prohibición de ir a lugar determinado— permite afirmar que la pena o medida de seguridad puede consistir en la imposición de una abstención, como el no ejercicio del comercio a que alude la frac. III del art. 12 C. Co.

[163] Art. 24 "Las penas y medidas de seguridad son: 1. Prisión... 17. Medidas tutelares para menores. *Y las demás que fijen las leyes;*" entre estas leyes, obviamente, está el C. Co.

[164] Los únicos casos de penas que se aplican de pleno derecho, "como consecuencia de la sanción" de suspensión de derechos, son los comprendidos en el art. 46 LP, entre los que no está comprendido ni el ser comerciante, ni el ejercicio del Comercio.

Penal, si dicha prohibición se hubiera incluido expresamente en la sentencia respectiva. [165]

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

Ahora bien, ¿qué es lo que constituye para el extranjero una actividad ilícita? Creemos que por tal debe considerarse solamente la que de manera expresa se prohíba al extranjero por la ley penal; o sea, por lo que respecta al ejercicio del comercio que se indica en el artículo 13 del Código de Comercio, éste constituiría una actividad ilícita (prohibida por ende al extranjero y sancionada su violación en los términos del artículo 95, fracción III de la LP), sólo para aquellos inmigrantes y no inmigrantes cuyo *status* legal les impida tal ejercicio, como sería el caso de los profesionistas (artículo 58, Reglamento de la LP), de quienes se internan para desempeñar cargos de confianza (artículo 60 *ib.*), familiares (artículo 62); turistas, trasmigrantes (artículo 69 y 70 *ib.*).

En cambio, sí pueden ejercer el comercio y, por tanto, a ellos no les es aplicable la prohibición del artículo 13 del Código de Comercio, [166] los inversionistas, quienes, sin poder ser comerciantes porque no pueden hacer del comercio su ocupación ordinaria, sí ejercen el comercio, es decir, ejecutan ciertos y determinados actos de comercio con fines especulativos, como son aquellos de inversión en la industria o el comercio de exportación (artículo 56, fracción I *ib.*), o la inversión de valores

[165] En contra de esta interpretación, MANTILLA MOLINA, *cit.*, núm. 108, pp. 87 y ss., al criticar la opinión de Pallares, según la cual sí cabría imponer la sanción de quebrantamiento de sanción en el caso de violar la prohibición del art. 12, frac. III. Mantilla Molina, sin razón a mi juicio, limita el alcance de la sanción establecida por el art. 159 a las profesiones que requieran título para su ejercicio; creo que se aplica a cualquier profesión y a cualquier oficio, y no sólo a los que exijan título. En efecto, cuando el CP quiere restringir la imposición de sanciones a las profesiones que exijan título, así lo establece expresamente (v. gr. arts. 250, fracs. II y III y 376).

[166] Dicha prohibición no es sólo para ser comerciante, sino, en general, para ejercer el comercio; ya que no todo ejercicio de éste impone calidad de comerciante, sino sólo aquel realizado por persona capaz, de actos especulativos y con carácter profesional (en el sentido que a esta expresión hemos dado en supra 10); a todos los extranjeros (inmigrantes, no inmigrantes y hasta inmigrados), con excepción de aquellos visitantes a que se refiere el art. 50, frac. III LP —supra núm. 19—, les está o puede estarles prohibido el ser comerciantes; no obstante, ni a los inversionistas ni a dichos visitantes del art. 50, frac. III, se les prohíbe el ejercicio de actividades comerciales que en la LP o en el Reglamento se indica.

(artículo 57, fracciones I y II *ib.*). Igualmente, sí pueden ejercerlo —y ser comerciantes— los visitantes autorizados a "dedicarse al ejercicio de alguna actividad lucrativa" (artículo 50, fracción III de la LP y 71, fracción II del Reglamento), asilados políticos si para ello estuvieran autorizados (artículo 72-B, fracción I del Reglamento).

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

Además de tales sanciones, la Constitución Federal concede una discreción amplísima al Ejecutivo de la Unión para "hacer abandonar el territorio nacional, inmediatamente y sin necesidad de juicio previo, a todo extranjero cuya permanencia juzgue inconveniente" (artículo 33).[167]

Contra los corredores que a pesar de lo dispuesto en la fracción I del artículo 12, ejerzan el comercio y más concretamente, comercien por cuenta propia (artículo 68, fracción I del C. Co.), se aplica la destitución (artículos 70, fracción II y 49, fracción I del Reglamento de Corredores para la Plaza de México, de 10 de noviembre de 1891); y la quiebra en que incurren "se reputará fraudulenta cuando se justifique que hicieron por su cuenta, en nombre propio o ajeno, algún acto u operación de comercio distintos de los de su profesión, aun cuando el motivo de la quiebra no proceda de estos hechos" (artículo 97 LQ y véase también artículo 69 del C. Co.); además, según dispone el artículo 70 *in fine* del Código de Comercio: "los corredores destituidos no podrán en caso alguno ser rehabilitados".

Por último, contra los notarios del Distrito y Territorios Federales, que no obstante la incompatibilidad que fija el artículo 60 de la Ley del Notariado "hagan del comercio su ocupación ordinaria", la propia ley impone las siguientes sanciones: I. Amonestación por oficio; II. Multas de cinco a cinco mil pesos; III. Suspensión del cargo hasta por un año y, IV. Separación definitiva.[168]

[167] En relación con esta facultad tan amplia, el art. 99 LP, considera como medida de orden público, las de deportación y las medidas de aseguramiento que dictare la Secretaría de Gobernación en contra de extranjeros; y el art. 100 agrega lo siguiente que constituye una absoluta y expresa denegación de justicia, que da lugar y que con frecuencia ha dado lugar a abusos del Ejecutivo de la Unión contra los extranjeros (inmigrantes, inmigrados y no inmigrantes); "Los arraigos de extranjeros decretados por las autoridades judiciales (v. gr. suspensión en un juicio de amparo) o administrativas, no impedirán la ejecución de las órdenes de expulsión que la Secretaría de Gobernación dicte contra los mismos, con fundamento en esta Ley o su Reglamento."

[168] Art. 85, que agrega: "Para aplicar a los notarios la sanción administrativa que establece la frac. II de este artículo, el gobierno del Distrito Federal o el del

20. *Pequeños comerciantes*

A pesar de que en nuestro derecho, como en el español y en el francés, "el concepto de comerciante es único e indivisible", [169] *tradicionalmente* se ha distinguido entre el comerciante grande, que explota una negociación o empresa y aquel pequeño, ambulante, que personal y directamente realiza actividades de intermediación y de lucro. [170]

El Código de Comercio de 1854, expresamente dispensaba de la matrícula "a los que giraren cantidades tan cortas, que los negocios que de ordinario puedan ofrecérseles en el orden judicial, no deban decidirse por el tribunal de comercio por su corto monto" (artículo 19); [171] y aun el Código de Comercio de 1884, sometía a sanciones fiscales más leves al "comerciante al menudeo", respecto al "por mayor" (artículo 82); nuestro código vigente, en cambio, al no hacer distinción alguna, equipara ambas figuras.

Sin embargo, como también sucede en Francia y España, nuestras costumbres, y las necesidades de la práctica que siempre se imponen a cualquier solución normativa, colocan al comerciante pequeño en situación diversa del grande, por lo que respecta a las obligaciones de uno y de otro, e inclusive, *de hecho,* no somete a aquél al procedimiento complicado y rígido de las quiebras, que en la actualidad se limita a grandes comerciantes por lo gravoso que resulta; [172] en la práctica, los pequeños

Territorio Federal, ordenará que se practique una investigación con cuyo resultado, y tomando además en cuenta la gravedad y demás circunstancias que concurran en el caso de que se trate, dictará la resolución que estime procedente." V. también art. 86.

169 GARRIGUES, *Tratado..., cit.*, I, 1, pp. 323 y ss., y LANGLE Y RUBIO, *cit.*, p. 316, para el derecho español, y para el francés ESCARRA, *Principes..., cit.*, núm. 182, p. 195; legislativamente no está definida en Francia la noción del pequeño comerciante, ello ha sido labor de la jurisprudencia.

170 Cfr. *Curia Philipica,* p. 582, con referencia a los "mercaderes o comerciantes por menor", para quienes se dictare normas especiales de contabilidad; y PALLARES, *cit.*, p. 917 y ss., quien *niega que los comerciantes pequeños tengan las obligaciones* de los grandes. El concepto del pequeño comerciante-intermediario, no corresponde al del artesano, que ya precisamos (v. supra núm. 122). V., en Francia, RIPERT, *Traité.., cit.*, núms. 186 y ss.; ESCARRA, *Principes..., cit.*, núms. 176 y ss., pp. 190 y ss.; en el derecho español, GARRIGUES, *Tratado..., cit.*, I, 1, pp.361 y ss. Su importancia entre nosotros es enorme; piénsese en los últimos casos de personas que manejan tendajones, misceláneas, talleres, comedores, mesones, casas de huéspedes, etcétera, en las que por parte existe el trabajo directo y personal de comerciante, por la otra, la ayuda de los miembros de la familia, y también, en el caso de actividades industriales, la acumulación de materias primas necesarias para las funciones manufactureras. Estos talleres, siempre o casi siempre, funcionan al margen del crédito del Estado o de los bancos, y constituyen víctimas propicias para el agio y la usura.

171 V. también art. 20. El Proyecto C. Co. 1869 también proponía la distinción entre grandes y pequeños comerciantes, arts. 44 y 45.

172 En la doctrina extranjera, sobre la "dulcificación" de las obligaciones de los comerciantes, respecto a los pequeños, v. GARRIGUES, *ibidem*; LANGLE Y RUBIO, *ob. ult.*

comerciantes no llevan los libros de contabilidad ni menos acuden a los medios de publicidad prescritos por el Código de Comercio.

La distinción entre ambas categorías está reconocida legalmente en la Ley de las Cámaras de Comercio y de las de Industria,[173] que establece la obligación de inscripción en toda la República con excepción de aquellos comerciantes (e industriales) que tengan y manifiesten un capital menor de dos mil quinientos pesos (artículo 50); pero la propia ley faculta a la Secretaría de Industria y Comercio, para aprobar "el funcionamiento de una cámara de pequeños comerciantes, que deberá estar integrada por los que conforme a las leyes fiscales federales, no estarán obligados a llevar libros de contabilidad" (artículo 10).

Por otra parte, en relación con los ingresos de los comerciantes, el artículo 17 LIR califica como "causantes menores" a los contribuyentes cuyas percepciones acumulables fueren hasta ciento cincuenta mil pesos; y respecto a ellos, el artículo 47 los obliga a llevar el registro *simplificado* de sus operaciones que determine la Secretaría de Hacienda, y les permite no llevar la contabilidad prescrita en la propia LIR en la inteligencia de que sí la llevaren "quedarán sujetos al régimen de causantes mayores (artículo 43 *in fine*).

El Reglamento LIR establece que los causantes con ingresos menores sólo "llevarán un libro de ingresos y egresos" (artículo 57, fracción I), y no, como establece la fracción II respecto a los demás causantes "los libros de contabilidad que previenen la LIR y el Código de Comercio, y además, en su caso, los diarios de compras y de venta a que se refiere el artículo 58".

A su vez, otra ley fiscal federal, la LIM, contiene también normas aplicables a los pequeños comerciantes. El párrafo 2º del artículo 10, impone a los comerciantes ambulantes una absurda e irrealizable obligación: la de "presentar *diariamente* una declaración de los ingresos gravables percibidos el día anterior, ante la oficina receptora dentro de cuya jurisdicción hayan operado".

La propia LIM declara exentos de su gravamen a los ingresos obtenidos en puestos ubicados en la vía pública (artículo 18, fracción II), a los talleres de manufactura, reposición o compostura ubicados en puestos semifijos o fijos en el interior o exterior de los mercados" (fracción III); a los ingresos que obtengan ciertos vendedores ambulantes (fracción V).

cit.; *loc. cit.*; RIPERT, *Traité...*, *cit.*, núm. 197, p. 82. El derecho alemán, desde el C. Co. 1865, ha reglamentado ambas categorías, v. ENDEMANN, *cit.*, p. 127, y lo mismo el derecho italiano. V. no para el comerciante pequeño, sino para el pequeño empresario, conceptos que son semejantes pero no iguales. RAVA, *La nozione giuridica di impresa*, Milán, 1949, p. 57; BIGIAVI, *Il piccolo imprenditore, passim*; MOSSA, *Trattato...*, *cit...*, I, p. 236.

173 Publicada en el D. O. de 26 de agosto de 1941, reformada por el Decreto de 16 de enero de 1960.

Respecto a todas estas hipótesis, el artículo 31 LIM expresamente exime de la obligación de empadronamiento.

Finalmente, a semejanza del Reglamento LIR, el artículo 46 LIM exime a los causantes menores llevar los libros de inventarios y balances, diario y mayor o de cuentas corrientes (fracción III), obligándolos a llevar el de "ingresos y egresos debidamente autorizado" (fracción IV).

21. *Conflictos de leyes en relación al comerciante*

Los diferentes sistemas jurídicos que regulan la situación del comerciante, ya sea en función de su matriculación (derechos argentino y alemán) o del ejercicio libre (derechos francés y mexicano), ya en relación a los problemas de capacidad,[174] e inclusive a la forma y requisitos de emancipación,[175] pueden ser fuente de conflictos de leyes, de solución intrincada y difícil la mayoría de las veces.[176]

Sobre el estado mismo de comerciante, su capacidad, los requisitos y formas de emancipación, rige para la solución de los conflictos que llegaran a plantearse, el principio de la ley nacional de la persona, la que determinará cuándo ésta es capaz; sin embargo, si un incapaz, de acuerdo con su ley nacional, es capaz en México, y aquí celebra el acto, éste es válido porque nuestro derecho considera a tal persona como hábil (*lex loci actus*). Es ésta la solución indicada por el artículo 12 del Código Civil.[177]

Sobre el concepto y la amplitud del ejercicio del comercio, se aplicará la ley del domicilio del comerciante para determinar qué requisitos de forma debe cumplir la persona (es decir, matriculación, publicidad, inscripción obligatoria y esencial en Cámaras de Comercio)[178] y qué es lo que se entiende por ejercer el comercio, es decir, la ejecución habitual,

174 El derecho belga, por ejemplo, exige 23 años para la mayoría de edad; y también exigió dicha edad el derecho español (art. 320 C. Civ.), hasta la reforma de 1943 que estableció la mayoría de edad, a los veintiún años.

175 En Bélgica, como en México, basta la emancipación, sin ningún requisito adicional de habilitación de edad, como en cambio, sucede en Francia; v. HAMEL, *Traité ..., cit.*, I, núm. 354, p. 424.

176 Sobre estos problemas, en derecho comparado, v. RABEL, *The Conflict of Laws*, Chicago, 1945, I, pp. 170 y ss.

177 En la doctrina, conforme, Arrigo CAVAGLIERI, *Il diritto internazionale commerciale*, Padua, 1936, pp. 117 y ss., y 85 y ss., con el análisis detenido de las diversas soluciones en derecho comparado, las resoluciones del Instituto de Derecho Internacional en sus diversas reuniones y el análisis del precedente del actual art. 17 C. Civ. it., 1942, que también propone la "situación alternativa" a que se refiere el texto. V. también HAMEL, *Traité..., cit.*, núm. 354, p. 425 y ESCARRA, *Principes ..., cit.*, I, núm. 186, p. 198, quien, sin embargo, sólo declara aplicable la *lex fori* si está involucrado un principio de orden público.

178 CAVAGLIERI, *cit.*, pp. 132 y ss.

reiterada, constante, etcétera, de actos de comercio; [179] pero regirá la ley de celebración (*lex loci contractus*), para determinar el carácter civil o comercial de los actos que se realicen, [180] así como respecto a los requisitos de forma de tales actos y sus efectos y condiciones, [181] según preceptúa claramente el artículo 15 del Código Civil.

Regirá la *lex fori*, por lo que respecta al régimen de sanciones, ya sea en relación a los actos celebrados (verbigracia, falsedad de un documento), [182] o bien, en relación al régimen de quiebras aplicable al comerciante. [183]

179 En este sentido, para el derecho italiano CAVAGLIERI, *cit.*, p. 106.

180 RABEL, *cit.*, p. 172. Es ésta la solución de la Convención Internacional de Derecho Comercial de Montevideo, de 1889, según HAMEL, *Traité...*, *cit.*, núm. 345, p. 415.

181 HAMEL, *Traité...*, *cit.*, núm. 194, p. 231.

182 V. HAMEL, *ob. cit.*, *loc. cit.*

183 ESCARRA, *Principes...*, *cit.*, I, núm. 186, p. 198; CAVAGLIERI, *cit.*, pp. 116 y ss. y 136 y ss.