

REVISTA DE REVISTAS

Derecho mercantil	1152
-----------------------------	------

DERECHO MERCANTIL

ARCE GARGOLLO, Javier, "Notas sobre el pacto de exclusiva", *Revista de Investigaciones Jurídicas*, México, núm. 9, 1985, pp. 61-69.

El autor hace aquí un análisis de la naturaleza jurídica y efectos del pacto o cláusula de exclusiva, que suele formar parte de contratos mercantiles, como el de suministro, transferencia de tecnología, distribución, así como en las figuras de comisión y mediación mercantil.

Primero define este pacto como un acuerdo "accesorio" a un contrato principal, que genera una obligación de no hacer. Ésta consiste en no realizar determinados contratos más que con el beneficiario de la exclusiva, por ejemplo, no comprar o no vender determinado producto. El pacto, añade, puede ser esencial, natural o accidental, según sea indispensable para la existencia del contrato principal, un pacto que no necesita ser convenido expresamente pero que, sin embargo, puede ser renunciado, o un pacto que requiere ser expresamente convenido.

El pacto puede ser convenido en favor de una de las partes (exclusividad "simple"), o de ambas (exclusividad de "doble signo"). En todo caso, como es propio de las obligaciones de no hacer, debe estar limitado en cuanto al tiempo (duración de la exclusiva), espacio (lugar donde se hará efectiva) y objeto (actos jurídicos y cosas respecto de los que se da). El autor proporciona algunos criterios generales para interpretar estas limitaciones.

Finalmente, analiza los efectos que se siguen por incumplimiento del pacto de exclusiva. Indica que los actos realizados en contravención de dicho pacto no son nulos, porque los terceros no pueden ser perjudicados por lo que convinieron las partes.

Es interesante la lectura de este artículo porque proporciona, en forma inteligente y breve (doblemente buena), una visión clara de las características y efectos de ese pacto de tan extendido uso hoy. Sólo quiero agregar dos observaciones que podrían contribuir a mejorarlo.

Me parece que calificar el pacto como "accesorio" no es adecuado, porque hace pensar que el pacto, como las cosas "accesorias", es algo independiente, que subsiste por sí mismo, que luego se añade en forma inseparable a un contrato principal. Se dice, haciendo a un lado las connotaciones relativas a la forma de adquisición de la propiedad por accesión, que la fianza o la prenda son contratos accesorios a una obligación principal; aquí la accesoriedad significa que la prenda o la fianza dependen de la existencia de la obligación principal, pero, en cierto modo, dichos contratos son independientes porque generan obligaciones

distintas de la principal, como la de pagar por el deudor o devolver la prenda, y no simplemente modifican o precisan el contenido de la obligación principal.

El pacto de exclusiva, en cambio, parece ser una parte o cláusula de un contrato, que precisa el contenido de la obligación principal; así, en un contrato de distribución, el distribuidor se obliga a comprar del fabricante ciertos productos (obligación principal), y a no comprarlos más que a él (pacto de exclusiva).

La idea de que el pacto de exclusiva es algo independiente, aunque accesorio, del contrato principal, condujo, en mi opinión, a que el autor incurriera en un error en el tema de los efectos por incumplimiento del pacto de exclusiva. Dice él que el incumplimiento de este pacto, "como el incumplimiento general de cualquier contrato bilateral" da lugar a la parte perjudicada para pedir "el pago de daños y perjuicios y el cumplimiento forzoso o la rescisión del contrato".

Según esta doctrina, incumplir el pacto de exclusividad implica el incumplimiento de un "contrato". Ahora bien, ¿cuál es ese "contrato", el pacto de exclusiva o el contrato principal? Si se responde que el pacto de exclusiva, se implica el reconocimiento de éste como un contrato independiente, que puede ser incumplido, aunque no lo sea el principal. Esta doctrina impediría la consideración del pacto de exclusiva como un elemento esencial de ciertos contratos. Así mismo aparejaría la necesidad de ejercitar dos acciones, en caso de incumplimiento de un contrato principal y del pacto de exclusiva. En conclusión, esta doctrina complicaría innecesariamente el régimen de esta figura jurídica.

Si se responde que el contrato principal, entonces se considera el pacto de exclusiva como un elemento siempre esencial, cuyo incumplimiento implica el incumplimiento del principal. Esta doctrina produciría muchos inconvenientes prácticos, pues hay relaciones en que las partes no conceden tal importancia al pacto de exclusiva.

La solución está en considerar el pacto de exclusiva simplemente como un pacto que forma parte de un contrato. Por lo tanto, su incumplimiento da lugar sólo a una indemnización por daños y perjuicios (quizá preconstituida en forma de pena convencional), si no es considerado elemento esencial del contrato; si lo fuera, entonces daría lugar, además de la indemnización, a la acción de cumplimiento forzoso o a la de rescisión del contrato.

BAYLLOD, Raymonde, "Le droit de repentir", *Revue Trimestrielle de Droit Civil*, París, núm. 2, abril-junio de 1984, pp. 227-254.

En todos los tiempos, los mercaderes han empleado técnicas destinadas a promover sus ventas y a ensanchar su clientela. En años recientes ello se obtenía mediante el procedimiento denominado "tentación al consumidor" que consistía en ofrecer al público una gran variedad de mercaderías, muchas veces superfluas o innecesarias, que eran adquiridas por los consumidores cuando concurrían a los comercios a surtirse de los elementos indispensables para el consumo familiar.

Es necesario, decía un técnico en promoción de ventas, "incitar a los consumidores, en especial a las mujeres, seduciéndolas con el más variado hacinamiento de mercaderías". Se lograba con ello presionar psicológicamente al consumidor, alterando su voluntad "hasta el enloquecimiento".

Posteriormente las técnicas de "tentación" fueron ampliamente perfeccionadas por los nuevos métodos de ventas y de publicidad.

Hoy día surge el crédito como nuevo factor de seducción al consumidor pues le permite la satisfacción instantánea de necesidades y apetitos, sin que sea necesario economizar como antes. El crédito oculta o disimula las consecuencias del carácter gravoso del gasto y diluye en el tiempo su aspecto oneroso.

El crédito engendra mayor tentación, que se acrecienta con la acción publicitaria científicamente orquestada, influyendo decisivamente en la voluntad del consumidor, dejándole expuesto a dificultades y riesgos inmediatos o futuros, en especial cuando se trata de "crédito a domicilio", por la insuficiente información del cliente que le impide comparar los precios y las calidades de los productos que se le ofrecen, y en los contratos de adhesión donde la voluntad del consumidor queda supeditada a las condiciones, a veces abusivas, que le impone el contrato impreso.

La generalización del crédito después de la Segunda Guerra Mundial señala el punto de partida de una verdadera revolución en el consumo. El crédito entra en las costumbres de los particulares y se convierte en el "nervio del comercio".

Con los nuevos procedimientos, las teorías clásicas sobre la formación del consentimiento han quedado fuera del alcance de los compradores y el poder público se ha visto obligado a adoptar nuevas modalidades en la formación del consentimiento, con el fin de proteger al consumidor de los abusos que emanan de esta creciente desigualdad entre las partes, tales como procedimientos precontractuales de información,

exigencias de formalidades, reglamentación adecuada, revisión por la autoridad del contenido de los contratos, en especial los de adhesión; plazos imperativos de reflexión, previos a la firma del contrato y por fin el derecho de "arrepentimiento" o de "retractación".

Las leyes que han consagrado el derecho a la retractación, dice el autor, constituyen verdaderas prerrogativas "categoriales" destinadas a crear un verdadero derecho del consumidor. Por las dificultades que ello conlleva, el mecanismo del derecho de retractación significa, en el hecho, el abandono de un contrato en vías de formación o el aniquilamiento de un contrato ya formado.

La fuente principal de este derecho se encuentra en las leyes de protección al consumidor que enumera el autor. Las principales de ellas serían las siguientes: a) Ley del 3 de enero de 1972, número 72-6 relativa a las colocaciones financieras y a las operaciones de seguros, que en su artículo 21 consagra el derecho de retractación en beneficio de personas que han suscrito operaciones en valores mobiliarios sin la presencia del agente colocador de valores; b) Ley número 72-1137 de 22 de diciembre de 1972 relativa a la protección de los consumidores en las ventas a domicilio. El artículo 3 de esta ley autoriza al comprador para dejar sin efecto el convenio mediante un aviso por carta certificada que debe ser enviada dentro de los siete días contados desde la convención; c) Ley número 78-22 de 10 de enero de 1978 relativa a la información y a la protección de los consumidores en ciertas operaciones de crédito. El artículo 7 de esta ley otorga un derecho de retractación respecto de contratos de préstamos, y d) Ley número 81-5 de 7 de enero de 1981 relativa al contrato de seguros y a operaciones de capitalización. Dispone esta ley: "toda persona física que ha firmado una proposición de seguro o una póliza tiene la facultad de renunciar a ella por carta certificada, dentro del plazo de treinta días contados desde el primer abono".

Algunos autores opinan que el derecho de retractación no es sino una simple resolución del contrato, mecanismo ya contemplado por la legislación tradicional en las donaciones entre cónyuges. Sin embargo, ésta sería una modalidad excepcional, insuficiente para justificar el derecho de retractación o arrepentimiento en el derecho moderno.

Otros autores opinan que se trata de un consentimiento imperfecto que se encuentra en proceso de formación. Agregan que podrían considerarse dos etapas en la formación del consentimiento: una inicial, que se manifiesta en el momento de la concertación del contrato y una posterior que se exterioriza después de un determinado plazo. La formación del consentimiento del titular del derecho de retractación se

ampliaría al tiempo de reflexión que le acuerde la ley. Su consentimiento no se consideraría definitivo sino una vez transcurrido el plazo de reflexión que se le hubiere acordado, después del cual ya no podría arrepentirse.

No obstante lo anterior, se presentan dudas, en cuanto a determinar si en el curso del primer consentimiento no existiría vínculo contractual alguno, o si el consentimiento quedaría en un estado embrionario en curso de gestación. De aceptarse tal cosa, la conclusión del contrato no sería instantánea sino progresiva.

Como el derecho de retractación introduce un elemento de dilación en la conclusión ordinariamente instantánea del contrato, aparecería el derecho de retractación, como generador de incertidumbres contractuales.

Las opiniones sobre este derecho son variadas: algunos juristas lo consideran como una "prerrogativa jurídica"; otros, como un derecho de resciliación unilateral y otros como un simple contrato condicional.

En cuanto a determinar si el derecho de retractación pertenece a la categoría de los derechos "controlados" o "discrecionales", la doctrina se encuentra dividida.

Las principales características de este derecho serían las siguientes:

- a) Su origen sólo debe encontrarse en la ley y no en la voluntad de las partes, para no caer dentro del dominio de las condiciones potestativas;
- b) El derecho sería irrenunciable y transmisible a los herederos;
- c) Podría considerarse abusivo su ejercicio, cuando se ejerce sin razón, y
- d) El derecho de retractación destruiría el dogma de la fuerza obligatoria de los contratos.

La facultad de dejar sin efecto el contrato se fundamentaría en el supuesto de que el consumidor, bajo los efectos de la tentación, no habría actuado razonablemente. La desigualdad de los contratantes sería manifiesta y para corregir en cierta medida los abusos inherentes al desequilibrio, debe recurrirse a los principios de la justicia contractual. El advenimiento de la sociedad de consumo ha revelado la necesidad de proteger ciertas categorías de contratos, especialmente vulnerables. Razones económicas y sociales lo justificarían.

Los autores consideran que para evitar la inseguridad jurídica que este derecho trae consigo, sería necesario ponerle trabas o límites, como plazos breves o su reemplazo por otras técnicas legales, tales como "el formalismo informativo" o el plazo imperativo de reflexión, previo a la concertación de la obligación. Estas técnicas, afirman, presentan me-

no objeciones y no atentan en contra de la fuerza obligatoria de los contratos; tienen, no obstante inconvenientes, pues retardan las transacciones.

Lisandro CRUZ PONCE

GARAIZÁBAL ALONSO, José María, "Seguro de crédito a la exportación", *Revista Aduanas*, Madrid, núm. 347, enero de 1985, pp. 51-57.

En el marco de la legislación regulatoria del comercio internacional, los seguros, en sus diversas modalidades, constituyen una vertiente de enorme importancia que ha obligado a los gobiernos a establecer entes públicos especializados en garantizar los riesgos de todo tipo que corren los exportadores en el campo de los intercambios entre países y regiones.

Garaizábal Alonso desarrolla en este interesante artículo un cuadro comparativo de diversos sistemas que rigen en los principales países comerciantes de diversas latitudes. Al efecto y a manera de síntesis pasamos a reseñar los sistemas de seguros de Alemania, Estados Unidos, Gran Bretaña, Francia y Japón descritos por el autor, para concluir con la COMESEC de México.

a) *Caso alemán*

En el sistema oficial de seguro de crédito a la exportación alemán, el gobierno, a través de un consorcio, garantiza tanto los riesgos políticos como los comerciales. El comercio, que actúa en nombre del Estado, se compone de una sociedad pública (Treuarbeit) que no negocia directamente con los exportadores ni con los compradores, y una compañía de seguros privada (Hermes) que dirige el consorcio. La evaluación de los riesgos la realiza Hermes siempre que los mismos no sobrepasen individualmente los dos millones de marcos, correspondiendo a una comisión interministerial tomar las decisiones de aquellos riesgos que sobrepasen dicha cantidad.

Los siniestros son cubiertos con recursos presupuestarios, además de con las primas recaudadas y las sumas recuperadas en virtud de siniestros pagados. El límite de los riesgos que el consorcio puede cubrir anualmente queda fijado por el Parlamento.

b) *Caso Estados Unidos*

El Foreign Credit Insurance Association (FCIA) es un consorcio que agrupa a más de cincuenta compañías de seguros privadas coordinadas por el Export-Import Bank.

El FCIA cubre por cuenta propia los riesgos comerciales de falta de pago, debiendo reasegurar con el Eximbank aquellas operaciones que superen los 46 millones de dólares por póliza. Los riesgos políticos son cubiertos por el FCIA por cuenta del Eximbank.

c) *Caso británico*

El sistema oficial de seguro de crédito a la exportación en Gran Bretaña gira en torno a la ECDG, servicio gubernamental dependiente de la Secretaría de Estado de Comercio. Funcionalmente la ECDG debe someter todas sus operaciones a la aprobación del tesoro.

Existe además una comisión formada por banqueros y hombres de negocios relevantes, nombrados por el secretario de Estado de Comercio, que informan técnicamente sobre la oportunidad o no de los distintos riesgos a cubrir.

Las coberturas de ECDG pueden llegar al ciento por ciento del riesgo tanto político como comercial.

Desde el punto de vista de su financiación, la ECDG funciona desde el principio del equilibrio financiero, de forma que su actuación se debe desarrollar de tal manera que no suponga costo adicional a los fondos públicos. Al tratarse de un servicio gubernamental, la ECDG devuelve anualmente sus ingresos al Ministerio de Hacienda, que a su vez realiza los desembolsos.

d) *Caso francés*

El seguro público a la exportación se estructura en Francia a través de la Compagnie Française d'Assurance pour le Commerce Extérieur (COFACE), de carácter semipúblico y que garantiza por cuenta propia los riesgos comerciales a corto plazo y por cuenta del Estado los riesgos comerciales a medio y largo plazo, así como el riesgo político.

e) *Caso japonés*

Una sección del Ministerio de Comercio Exterior e Industria japonés, el EID, garantiza de forma oficial y por cuenta del Estado los ries-

gos comerciales derivados de las operaciones de crédito a la exportación a corto plazo, así como los riesgos de naturaleza política. El EID dispone de dotaciones estatales para atender sus necesidades financieras, y el importe de las mismas es pagado anualmente por el Parlamento.

En resumen, se puede afirmar que en todos los sistemas actualmente en vigor dentro del área de la OCDE, el Estado asume directa o indirectamente los riesgos que trae consigo la concesión de créditos a la exportación. Como se desprende a lo largo del anterior análisis, en todos estos países existen organismos públicos o bien que actúan en nombre del Estado cuyas coberturas, en lo referente a créditos a la exportación, son similares. Estos organismos son miembros de la Unión de Berna en cuyo marco intercambian información sobre la solvencia de los compradores y tratan de armonizar sus políticas generales en lo relativo a seguros al crédito y a las inversiones.

España pertenece a dicha institución a través de la compañía de seguros de carácter mixto CESCE y cuyo modelo de estructura y funcionamiento es muy similar al francés.

f) *Compañía Mexicana de Seguros de Crédito, S. A. (Comesec)*

Al establecerse el Fomex, una de sus facultades iniciales era otorgar garantías de crédito contra riesgos políticos en auxilio del exportador. En respuesta a reiteradas solicitudes del sector privado, el fideicomiso fue ampliando sus coberturas de riesgos, pero el seguro para cubrir las contingencias de carácter comercial —después de realizar los estudios pertinentes— fue encomendado por el Estado a una empresa aseguradora privada, que se estableció a mediados de 1970, denominada Compañía Mexicana de Seguros de Crédito, S. A. (Comesec). Ambas instituciones han compartido el propósito de complementarse para tratar de ofrecer al exportador los seguros y garantías que necesite a fin de situarlo en un plano de igualdad frente a sus competidores en los mercados internacionales.

El seguro de crédito a la exportación protege al vendedor mediante una indemnización contra los riesgos de carácter comercial, originados por la incapacidad financiera del importador para cubrir sus adeudos. Esta insolvencia, de acuerdo con las reglas del Comesec, tiene cinco connotaciones principales: a) insolvencia legal; cuando hay una declaración judicial de quiebra o de suspensión de pagos; b) insolvencia de hecho; cuando existen "evidencias" de que la situación económica del deudor es tal que no será posible recuperar el crédito; c) presunción de insolvencia o mora prolongada; hasta 1976 se fijaron doce meses y desde

1977 se aplicaron 180 días, plazo último para indemnizar si no se hubiera podido cobrar un crédito después de su vencimiento o prórroga, a pesar de las gestiones efectuadas; *d*) imposibilidad económica del importador para tomar posesión de las mercancías, y *e*) cuando se detienen los envíos en tránsito o se suspende la entrega de las mercancías por la inminente insolvencia del importador. Estos conceptos de riesgos que asegura la Comesecc, si bien son los más comunes en el comercio internacional, son los mismos desde que se estableció hasta finales de 1982, no obstante que estudiaría la magnitud de las necesidades de los empresarios exportadores, tomando en cuenta el seguro de crédito de exportación que aplican otros países y que se fueran adoptando paulatinamente. . . "a fin de ofrecer el servicio más completo posible al sector exportador de México".

La compañía ofrece dos tipos de pólizas: la global y la específica. La primera cubre créditos a las exportaciones de productos primarios y manufacturas que se venden a plazos hasta de un año; se llama global porque pretende incluir todas las operaciones que realice un exportador dentro de ese término a fin de diversificar riesgos y pagar primas más bajas por su seguro. La duración anual es renovable automáticamente. La suma asegurada comprende el valor de la factura e incluye intereses ordinarios, el pago de transportes y otros gastos adicionales. La póliza específica se aplica a las exportaciones que van acompañadas de créditos hasta de cinco años (o más previo estudio), que normalmente se refieren a bienes de capital, con una cobertura contratada individualmente; esta póliza puede también utilizarse, aunque no es común, para asegurar algunas operaciones de corto plazo.

En la actualidad Comesecc se encuentra en un proceso de reorganización estructural, pues parte de las empresas privadas que la constituyeron, por ser parte del patrimonio de los bancos privados, han pasado a ser del gobierno federal, de tal suerte que su carácter de empresa privada está en entredicho. De todas maneras, el análisis expuesto precedentemente respecto a los sistemas que operan en el mundo al respecto, puede ayudar un tanto a redefinir el tipo de organización que Comesecc debe asumir en un futuro inmediato para apoyar al exportador mexicano en esta hora decisiva para el país.

Jorge WITKER

GARCÍA AMIGO, Manuel, "La defensa de los consumidores desde el derecho privado", *Revista de Derecho Privado*, Madrid, mayo de 1985, pp. 395-413.

Considera el autor que la defensa del consumidor no sólo debe ser obra del legislador sino del consumidor mismo, ya sea integrándose a asociaciones de consumidores para contrarrestar las fuertes posiciones de las empresas, o propiciando la competencia, en el marco de una economía de mercado.

Al derecho privado le corresponde, dice, un rol fundamental en la defensa y promoción del consumidor, sin desconocer que el tema desborda este derecho, cuando entran en juego el derecho mercantil, el administrativo, el penal, el procesal, etcétera.

Al derecho civil le corresponde garantizar la libertad y la justicia en las relaciones de los consumidores con las empresas o con los prestadores de servicios, entabando la libre contratación, para impedir las cláusulas abusivas y las limitativas de responsabilidad, por defectos del bien adquirido o del servicio prestado.

Hace después un interesante estudio histórico de las políticas seguidas en los diversos países para la defensa de los consumidores y usuarios.

En Francia, dice, surge con los contratos de adhesión, y en el mundo anglosajón, con los contratos *standard* y con el informe Molony, rendido por una comisión oficial, designada al respecto.

En Estados Unidos, en 1962, el presidente Kennedy envió un mensaje especial al Congreso sobre la protección a los consumidores. En Japón, en 1968, se dictó una ley para favorecerlos.

Los países europeos, en el Consejo de Europa y del Mercado Común, aprueban la carta y programa de defensa de los consumidores, y el acuerdo del 17 de mayo de 1973 enumera los aspectos que debe contener este programa y que son los siguientes:

A. El derecho de los consumidores a la protección y asistencia comprende: *a)* la protección contra los daños físicos debido a los productos peligrosos, y *b)* la protección contra los daños a los intereses legítimos de los consumidores;

B. El derecho a la reparación de los daños;

C. El derecho de los consumidores a la información;

D. El derecho a la educación de los consumidores, y

E. El derecho a la representación (asociaciones) y audiencia (consultas).

Dice el autor que cada país dicta sus leyes en defensa de los consu-

midores de acuerdo con sus modalidades, pero el rasgo común se encuentra en estos acuerdos.

Hace el autor un detenido estudio de la actual legislación de diversos países sobre esta materia.

En Inglaterra, con base en el informe Molony, se creó en 1972 el Ministerio de Consumo; en Estados Unidos, después del mensaje de Kennedy, se han dictado varias leyes federales sobre protección a los consumidores. La más importante es la dictada en 1979 sobre responsabilidad de los empresarios por daños ocasionados por defectos de fabricación de los productos, o defectos de diseño de los mismos, los aspectos de inseguridad, su vida útil y por fin la ley "diseña un sistema de responsabilidades estrictas, eliminando las cláusulas de exención de responsabilidad".

En Francia se han dictado varias leyes al respecto. En 1972 se promulgó una ley sobre ventas a domicilio; en 1974 otra sobre publicidad engañosa, y en 1978 la ley de protección al consumidor que consta de cinco capítulos. El primero se refiere a la salud y seguridad de los consumidores; el segundo, a la represión de los fraudes y falsificaciones de productos; el tercero, a la cualificación de los productos; el cuarto, a la protección contra las cláusulas abusivas, declarándolas no escritas, y el quinto a la publicidad falsa y engañosa.

En 1983 se creó un Consejo Nacional del Consumo, como organismo consultivo del ministerio encargado del consumo.

En Alemania Occidental, en Japón y en Portugal se han dictado varias leyes sobre la materia, las cuales se enumeran en el trabajo que comentamos, y que por falta de espacio no estudiamos. Por las mismas razones no nos detenemos en los aspectos de carácter internacional relativos a esta materia.

El autor comenta la legislación española y analiza la ley de 1984 sobre protección a los consumidores.

Hace el autor una exposición sintética de esta ley y de las técnicas utilizadas. Dice que el artículo 1º introdujo el concepto de "destinatarios finales" en su apartado segundo que dice:

A los efectos de esta ley, son consumidores y usuarios las personas físicas o jurídicas que adquieren, utilizan o disfrutan como destinatarios finales, bienes, productos, servicios, actividades o funciones, cualquiera que sea la naturaleza pública o privada individual o colectiva de quienes las producen, facilitan, distribuyen o expenden.

Los destinatarios finales serían quienes "en última instancia consu-

men el bien o el servicio y no los que intervienen en la cadena de producción, distribución o comercialización de bienes o servicios”.

El texto legal contiene disposiciones sobre la protección de los legítimos intereses económicos y sociales de los consumidores y usuarios; sobre la renuncia de derechos y el fraude de la ley; la buena fe como fuente de integración del contrato. Existen también disposiciones sobre responsabilidad, arbitraje, asociaciones de consumidores y usuarios.

En el comentario final, el autor dice que esta ley es “aceptable en su contenido jurídico-privado, pero tiene importantes lagunas, como la de la responsabilidad contractual”.

Lisandro CRUZ PONCE

RUIZ QUIROZ, Humberto, “Los contratos a favor de tercero” (tercera parte, sobre la fianza), *Revista de Investigaciones Jurídicas*, México, núm. 9, 1985, pp. 327-360.

El autor ha ido publicando en la misma revista (números 7 y 8) un ensayo general sobre los contratos a favor de tercero. En esta parte se ocupa de analizar la fianza de empresa a favor de tercero, como un caso típico de contrato a favor de tercero. Anuncia que en la siguiente parte de su trabajo estudiará, bajo la misma perspectiva, el contrato de seguro.

El trabajo se centra en la discusión de la naturaleza jurídica de la fianza, cuando se conviene entre deudor y fiador, sin intervención del acreedor, como sucede en la llamada fianza de empresa. La importancia práctica de esta discusión está en que resuelve el problema de si el fiador puede o no puede oponer al acreedor las excepciones que tuviera contra el deudor principal, derivadas del convenio que dio lugar a la fianza.

Anota que según la doctrina del Comité de Instituciones de Fianzas, emitida en 1946, se producen dos actos jurídicos. Uno es el contrato celebrado entre el deudor y la compañía afianzadora, por el cual ésta se obliga a prestar la garantía, a cambio del pago de una cantidad (“prima”) por el deudor. El otro es un acto unilateral realizado por la afianzadora, mediante el cual asume la responsabilidad de pagar la deuda al acreedor; acto que se concreta en la expedición de una póliza. De acuerdo con esto, la obligación de la afianzadora frente al acreedor se genera por el acto de expedición de la póliza y, por lo tanto, la ac-

ción que tiene el acreedor contra la afianzadora es independiente del convenio entre ésta y el deudor; en consecuencia, no son oponibles al acreedor las excepciones de la afianzadora contra el deudor.

El autor, después de criticar la doctrina anterior, sostiene, siguiendo la opinión de Ruiz Rueda, que la fianza es un contrato a favor de tercero. Las objeciones que se hacen a esta doctrina, consistentes en que las disposiciones del Código Civil que se refieren a la estipulación a favor de terceros (aa. 1869-1872) no son aplicables a la fianza de empresa, las resuelve diciendo que ésta es un contrato típico que requiere un tratamiento especial.

Ruiz Rueda, dice, consideraba que siendo la fianza un contrato a favor de tercero, la afianzadora sí podía oponer al acreedor las excepciones que tuviera contra el fiado, tal como lo prevé el artículo 1872 del Código Civil. Ruiz Quiroz, en cambio, opina que esa disposición no es aplicable a la fianza, porque va en contra de su naturaleza de acto de garantía; considera que el artículo 1796 del Código Civil, que dispone que los contratos obligan a lo pactado y también "a las consecuencias que, según su naturaleza, son conformes a la buena fe, al uso o a la ley", es base suficiente para hacer inoperante el artículo 1872 respecto de la fianza. Por consiguiente, concluye que se puede reconocer la fianza como un contrato a favor de tercero y excluir la oponibilidad al acreedor de las excepciones que tuviera la afianzadora contra el deudor.

El trabajo está hecho con cuidado. El autor examina prolijamente las obras monográficas mexicanas sobre el contrato de fianza. La solución que propone es original, en tanto que la produce después de haber asimilado la doctrina mexicana pertinente. Es interesante la posición que toma de estudiar la fianza como un contrato típico, independientemente de la doctrina general (que en este, como en otros casos, es más bien estorbo que ayuda) sobre la estipulación a favor de tercero.

La tesis, sin embargo, no me parece del todo convincente; se echa de menos el análisis de monografías extranjeras, y una justificación de la tesis propuesta con base en argumentos extraídos de la Ley Federal de Instituciones de Fianzas, su interpretación judicial y doctrinal. También habría que analizar si la acción del acreedor contra la afianzadora corresponde a la naturaleza de una acción contractual o no.

Jorge ADAME GODDARD

SOTO BORJA, Ignacio, "Sociedades mercantiles especializadas", *Revista de Derecho Notarial*, México, año XXVIII, abril de 1984, pp. 37-68.

Tema de gran actualidad es el abordado por el autor, quien bajo el título de "Sociedades mercantiles especializadas" estudia diversos aspectos de las sociedades anónimas sujetas a normas especiales.

Se trata de un trabajo que, desarrollado en cinco puntos, expuestos a continuación, plantea una serie de problemas y respuestas, si bien no con la profundidad esperada, sí con la experiencia del autor.

Debemos advertir, sin embargo, que el título no corresponde a la gama de sociedades sujetas a una regulación especial, pues omite, *v. gr.* a las sociedades de autores, a las sociedades de responsabilidad limitada de interés público y a las sociedades controladoras, entre otras; entes sociales a quienes Barrera Graf (*Las sociedades en derecho mexicano*, México, UNAM, 1983, pp. 149 y ss.) califica como especiales y distingue de las que él mismo denomina formas anómalas como la sociedad unimembre o hetarapénica y no tienen una regulación específica pero cuya creación y funcionamiento no están prohibidos por el derecho.

Como señalamos anteriormente, Soto Borja sólo se ocupa de las sociedades anónimas sujetas a normas especiales; después de hacer un breve análisis de la legislación mercantil, nos explica lo que en su opinión son las sociedades mercantiles especializadas. Para ello, clasifica a la sociedad anónima en cinco subtipos, a saber: 1. Las unipersonales, que para Barrera Graf son formas anómalas de sociedades (*op. cit.*, p. 149). 2. Las que responden al espíritu del legislador, creadas conforme a la ley. 3. Las sociedades que ofrecen sus acciones al público. 4. Las empresas paraestatales que adoptan la forma de sociedad anónima, y 5. Los organismos de Estado.

Aunque el trabajo se refiere a los elementos previos, concomitantes y posteriores a la constitución de esas sociedades, no pasa por alto aspectos tan importantes como el relativo a lo que el mismo Soto Borja denomina "sociedades de derecho económico", para encuadrar a las sociedades de solidaridad social, a las sociedades de producción rural, y a las sociedades nacionales de crédito, que en su opinión excluyen por su naturaleza a las disposiciones mercantiles como posibles normas supletorias.

Por lo que se refiere a los elementos previos a la constitución, el autor destaca y cuestiona el permiso de la Secretaría de Relaciones Exteriores que se requiere para dicha constitución, así como las concesiones o autorizaciones para dedicarse a determinadas actividades, y por último a las garantías que, como en el caso de las agencias de viaje, se requieren para autorizar su constitución.

En cuanto a los elementos de constitución, enfatiza el relativo a la nacionalidad de la sociedad y sugiere que entre los requisitos de constitución se mencione expresamente dicha nacionalidad. Creo que ello sería plausible, independientemente de que la Ley de Nacionalidad y Naturalización determine quiénes son mexicanos, sobre todo porque sería de gran utilidad para quienes entran en relación con dichas personas morales.

La denominación de esas "sociedades especializadas", dice el autor, está relacionada con el objeto social, de suerte que algunas como las que incluyen "seguros", "aseguradoras", "afianzadoras", sólo están permitidas para aquellos entes sociales autorizados para ese objeto, asegurar u otorgar fianzas.

Dentro de los elementos de constitución de esas sociedades, Soto Borja explica el régimen especial a que están sujetas en cuanto al objeto social, la duración, el capital social, las reservas legales, la tenencia de acciones, su transferencia mediante asientos contables, así como su administración y órgano de vigilancia.

En cuanto a este último, el órgano de vigilancia censura de "omisión inexplicable" el que en el artículo 165 de la Ley General de Sociedades no excluya a los cónyuges, parientes civiles y compadres de los administradores para el cargo de comisarios. Ello, porque considera que dicho precepto (que establece quiénes están inhabilitados para desempeñar el cargo) contiene una norma prohibitiva que sólo admite una interpretación restrictiva y que, por tanto, no es posible aplicar por analogía o por mayoría de razón, consideración que nos parece plausible toda vez que pretende asegurar la independencia del órgano de vigilancia respecto al de administración.

Refiérese este punto a la homologación judicial necesaria para el registro de las sociedades, requisito no necesario en varias sociedades especiales, aspecto en el que el autor se limita a mencionar los diversos registros en los que dichos entes sociales deben inscribirse.

Para concluir su trabajo, el autor elabora una serie de conclusiones de las que destacan: su preocupación por que la Ley General de Sociedades Mercantiles se adecue a la realidad, mediante el reconocimiento de la obsolescencia de algunas sociedades y, en su opinión, su eliminación, conclusión discutible; y el reconocimiento de "subespecies" de sociedades anónimas, que implicaría, de acuerdo con Soto Borja, agregar en la denominación social, y según el caso: Sociedad Anónima Unipersonal, o sus siglas "S.A.U.", Sociedad Anónima de Ahorro Público o "S.A. de A.P.", Sociedad Anónima Especial o S.A.E., Sociedad Anónima de Participación Estatal o "S.A. de P.E.", propuesta que de ser acep-

tada, si bien sería conveniente, volvería muy complicada la denominación social, sobre todo si a ellas había que añadir, si fuera el caso, "de Capital Variable" o sus abreviaturas de "C.V.", y que además nos obligaría a crear tantas "subespecies" de sociedades anónimas como objetos sociales se dieran.

Soyla H. LEÓN TOVAR

DERECHO PENAL

DOUGLAS, Gillian, "Dealing with prisoner's grievances", *British Journal of Criminology*, London, England, vol. 24, núm. 2, abril de 1984, pp. 150-168.

La autora de este artículo visitó dos países escandinavos con objeto de estudiar sus sistemas penitenciarios y compararlos con el de su propio país, escogiendo a Suecia y Dinamarca por tener políticas penales más progresistas que las del sistema británico.

En dos grandes temas puede dividirse el artículo. El primero está relacionado con la información a que puede tener acceso un preso, y el segundo, con los mecanismos de queja que cada país ofrece a sus detenidos. Resumimos la situación que a este respecto sucede en los tres países, comentando su efectividad y disponibilidad.

INGLATERRA. En este país el preso no puede tener acceso a su expediente, así como tampoco se le explican las razones para haber tomado la decisión con que el sujeto no está de acuerdo, ya que dichos asuntos son considerados como información confidencial. Puede enviar sus quejas a cualquier persona u organización, excepto si a juicio de las autoridades el escrito representa una amenaza seria y verdadera para la seguridad y el buen orden en la prisión.

El sistema inglés ha instituido un órgano independiente que se encarga de revisar las decisiones de las autoridades. Cada prisión tiene su junta de visitantes, formada por representantes de la comunidad, voluntarios cuyo deber consiste en visitar las prisiones, interrogando tanto al personal como a los presos, además de tener acceso a todas las áreas de la prisión.

La realidad es que los presos no tienen confianza en la efectividad de la junta, pues su función se concreta a elevar informes de su visita y a formular recomendaciones para el director de la prisión.